



REVISTA GENERAL DE DERECHO DIGITAL 1944 - 2001



REVISTA GENERAL DE DERECHO

Revista General de Derecho

VALENCIA
Julio-agosto de 1996
PUBLICACIÓN MENSUAL
Año LII - Núms. 622-623
Depósito legal: V. 79 - 1958
ISSN (International Standard
Serial Number): 0210-0401

Inscrita en el Ministerio de Cultura como Empresa Periodística, al número 89

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN:

Un año: 93.000 pesetas. Número suelto: 10.000 pesetas. Extranjero: 150.000 pesetas. IVA (4%) aparte.

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Calle Colón, 48 - 46004 VALENCIA
Teléfono 351 71 00

SUMARIO

	<i>Pág.</i>		<i>Pág.</i>
Sección Doctrinal		«La pretendida lesión extracontractual del crédito por el deudor a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo», por <i>Ángela Fernández Arévalo</i>	8121
«Las detenciones ilegales», por <i>Eduardo Moner Muñoz</i>	7937	«El seguro de crédito: el riesgo asegurado y el objeto de la indemnización (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de noviembre de 1995)», por <i>Margarita Fuente Noriega</i>	8161
«Protección de la intimidad corporal: Aspectos penales y procesales», por <i>Ángel Gil Hernández</i>	7949	«Valoración jurídica de los protocolos médicos», por <i>Julio César Galán Cortés</i> y <i>Rafael Hinojal Fonseca</i> ...	8171
«La adopción internacional», por <i>Isabel López Orellana</i>	8027	«Jurisprudencia matrimonial canónica», por <i>Antonio Pérez Ramos</i>	8183
«Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional», por <i>Eloy Miguel Rodríguez Gayán</i>	8069		
Sección Práctica		Sección de Derecho Constitucional , dirigida por <i>José M.^a Martínez Val</i> .	
«El "caso Bosman": sus consecuencias», por <i>Juan de Dios Crespo Pérez</i>	8093	I. Estudios doctrinales y prácticos:	

La REVISTA GENERAL DE DERECHO no se identifica con las apreciaciones y opiniones que hagan los autores en sus estudios o trabajos en esta publicación.

	<u>Pág.</u>		<u>Pág.</u>
«Administración de Justicia. Derecho de acceso a la justicia, a la independencia del sistema jurídico, defensa de los abogados y jueces en caso de ataque de aquélla», por <i>Celsa Picó Lorenzo</i>	8191	Sección de Derechos Humanos y Convención Europea , dirigida por <i>Vicent Franch i Ferrer</i> .	
II. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:		I. Sentencias del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).	
«El Tribunal Constitucional declara la nulidad del régimen de la LOTT sobre transporte urbano, dejando un vacío legal», por <i>Francisco José Sánchez-Gamborino</i>	8207	A) Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 28 de octubre de 1994 (Murray contra el Reino Unido), por <i>Juan Antonio Elipe Songel</i>	8387
III. Jurisprudencia constitucional, por <i>Francisco Blasco, Antonio Puertes, Mario Clemente, Lorenzo Prats, M.ª Teresa Martín Morón y Ernesto J. Vidal Gil</i>	8215	B) Sentencia de 28 de octubre de 1994 (Murray contra el Reino Unido), por <i>Juan Antonio Elipe Songel</i>	8395
Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo , coordinada por <i>Celestino A. Cano Tello, Enrique Ruiz Vadillo y José Díaz Delgado</i> .		Sección de Derecho de Sociedades , dirigida por <i>Francisco Vicent Chuliá</i> .	
I. Sala de lo Civil:		I. Presentación, por <i>Francisco Vicent Chuliá</i>	8427
1. Derecho civil	8239	II. Estudios doctrinales:	
2. Derecho procesal civil	8315	«Grupos y capital social», por <i>B. Portale</i>	8431
II. Sala de lo Penal:		«Notas sobre el control conjunto», por <i>Marco Lamandini</i>	8461
1. Parte general	8317	«El voto en el Derecho societario español», por <i>Aránzazu Pérez Moriones</i>	8495
2. Parte especial	8333	«Aplicación de resultados y defensa del capital social. De nuevo sobre la crisis (presunta) de la noción de capital social», por <i>Luis Fernández del Pozo</i>	8543
3. Parte procesal penal	8354	III. Crónica jurisprudencial:	
III. Sala de lo Contencioso-Administrativo:		1. Comentarios:	
1. Impuestos, tasas y contribuciones especiales	8375		
2. Procedimiento y proceso contencioso-administrativo	8379		

	<u>Pág.</u>		<u>Pág.</u>
«Falta de adaptación estatutaria a la cifra de capital mínimo, disolución social de pleno derecho y reactivación», por <i>Fernando Cerdá Albero</i>	8589	«El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», por <i>Francisco Vicent Chuliá</i>	8729
«Régimen actual de la incorporación obligatoria a las Mutualidades Generales de Previsión Social», por <i>Jesús Olavarría Iglesia</i>	8607	V. Reseña de legislación en materia de sociedades, por <i>María Victoria Petit Lavall</i>	8735
2. Notas:		Sección de Jurisprudencia Territorial , dirigida por <i>Antonio Puertes Martí</i> y <i>José Díaz Delgado</i> .	
A) «Denominación social», por <i>Francisco Vicent Chuliá</i>	8633	AUDIENCIA NACIONAL	
B) «Objeto social», por <i>Javier Pallerés</i>	8636	Sala de lo Contencioso-Administrativo:	
C) «Junta general de sociedad anónima», por <i>María del Carmen Salvador Jovaní</i> y <i>María Victoria Petit Lavall</i>	8639	I. Administración corporativa	8741
D) «Administradores de sociedades anónimas y limitadas», por <i>Javier Viciano</i> , <i>José Ramón Salelles</i> y <i>Ricardo García López</i>	8645	II. Contratación administrativa	8742
E) «Modificación de estatutos», por <i>Anna Maria Sala i Andrés</i>	8660	III. Derechos fundamentales	8745
F) «Sociedad Limitada», por <i>Aránzazu Pérez Moriones</i> , <i>Felipe Palau Ramírez</i> , <i>Anna Maria Sala i Andrés</i> e <i>Inmaculada González López</i>	8669	IV. Derechos reales, dominio público y bienes patrimoniales de la Administración	8747
G) «Reactivación indirecta de sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo mediante absorción», por <i>Carlos Salinas</i>	8689	V. Funcionarios	8752
H) «Calificación registral y recursos», por <i>Ricardo García López</i> y <i>Francisco Vicent Chuliá</i>	8696	VI. Impuestos, tasas y contribuciones especiales	8786
IV. Crónica legislativa:		AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID	
«Novedades legislativas acerca de la empresa pública española», por <i>Javier Viciano Pastor</i>	8703	I. Derecho civil	8798
«Última hora: los primeros "Reales Decretos Leyes del Gobierno Aznar"», por <i>Francisco Vicent Chuliá</i>	8727	II. Derecho mercantil	8835
		III. Derecho procesal civil	8843
		IV. Derecho penal	8866
		V. Derecho procesal penal	8883
		TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID	
		Sala de lo Contencioso-Administrativo:	
		I. Acción administrativa	8889
		II. Administración estatal	8896
		III. Administración laboral	8897
		IV. Administración local	8900
		V. Derechos fundamentales	8901
		VI. Expropiación forzosa	8906
		VII. Funcionarios	8910
		VIII. Impuestos, tasas y contribuciones especiales	8912
		IX. Procedimiento y proceso contencioso-administrativo	8916

	<u>Pág.</u>		<u>Pág.</u>
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA Sala de lo Civil y lo Penal:		AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA	
I. Derecho civil	8923	I. Derecho civil	9173
II. Derecho procesal civil	8925	II. Derecho mercantil	9183
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA		III. Derecho procesal civil	9193
I. Derecho civil	8928	IV. Derecho procesal penal	9218
II. Derecho mercantil	8952	AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA	
III. Derecho procesal civil	8966	I. Derecho civil	9221
IV. Derecho penal	8988	II. Derecho mercantil	9260
V. Derecho procesal penal	9011	III. Derecho procesal civil	9285
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA Sala de lo Contencioso-Administrativo:		AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA	
I. Acción administrativa	9023	I. Derecho civil	9319
II. Administración laboral	9029	II. Derecho mercantil	9333
III. Administración local	9031	III. Derecho procesal civil	9335
IV. Derechos fundamentales	9035	TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sala con sede en Sevilla) Sala de lo Contencioso-Administrativo:	
V. Derechos reales, dominio público y bienes patrimoniales de la Administración	9047	I. Acción administrativa	9363
VI. Funcionarios	9049	II. Administración corporativa	9398
VII. Impuestos, tasas y contribuciones especiales	9054	III. Administración estatal	9401
VIII. Procedimientos y proceso contencioso-administrativo	9062	IV. Administración laboral	9404
IX. Urbanismo	9067	V. Administración local	9410
AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA		VI. Contratación administrativa	9415
I. Derecho civil	9074	VII. Derechos fundamentales	9431
II. Derecho mercantil	9098	VIII. Derechos reales, dominio público y bienes patrimoniales de la Administración	9444
III. Derecho procesal civil	9102	IX. Expropiación forzosa	9446
IV. Derecho penal	9116	X. Funcionarios	9474
V. Derecho procesal penal	9133	XI. Impuestos, tasas y contribuciones especiales	9520
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA Sala de lo Contencioso-Administrativo:		XII. Procedimientos y proceso contencioso-administrativo	9566
I. Derechos reales, dominio público y bienes patrimoniales de la Administración	9148	XIII. Propiedad industrial	9573
II. Expropiación forzosa	9149	XIV. Urbanismo	9574
III. Impuestos, tasas y contribuciones especiales	9151	Sección Informativa	
IV. Urbanismo	9163	Índice legislativo	9627
		Revista de Revistas	9629
		Notas bibliográficas	9633
		Fe de erratas	9637
		Guía de Procuradores	9639

Revista General de Derecho

VALENCIA
Junio 2001
PUBLICACIÓN MENSUAL
Año LVII – Núm. 681
Depósito legal: V. 79 - 1958
ISSN (International Standard
Serial Number): 0210-0401

Inscrita en el Ministerio de Cultura como Empresa Periodística, al número 89

REDACCION Y ADMINISTRACION
Calle Colón, 48 - 46004 Valencia
Teléfono 96 351 71 00 - Fax 96 351 16 08
e-mail informacion@rgid.com
http: \\www.rgid.com

SUMARIO

	<u>Pág.</u>		<u>Pág.</u>
Sección Doctrinal		Sección de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, dirigida por Vicente Garrido Mayol y Manuel Martínez Sospedra	4965
«El desarrollo legislativo de la ordenación farmacéutica a nivel estatal y en las comunidades autónomas. Su problemática», por <i>M^a del Carmen Vidal Casero</i>	4881	I. Estudios	
«Aproximación al estudio de la tutela procesal penal del medio ambiente. (La investigación de los delitos medioambientales)», por <i>Manuel M. Gómez del Castillo</i>	4905	««El derecho a saber de los hijos adoptivos (Contenido y límites)», por <i>Isabel María Artero Molino</i>	4967
«Delitos contra el patrimonio cultural: análisis desde una perspectiva formalista». por <i>Jose Antonio Cruz Astorga</i> ...	4917	II. Tribunal Constitucional	
		A) Jurisprudencia constitucional, por <i>Margarita Soler Sánchez, Ana Marrades Puig, Joaquín Martín Cubas y Alexandre H. Català Bas</i>	4991
Sección Práctica		III. Tribunal europeo de derechos humanos	
«Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: Prueba y perfección del contrato», por <i>Javier Prada Alonso</i>	4939	A) Comentario a la sentencia del TEDH «Libertad de expresión y derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo. Su defensa por medios pacíficos». A propósito de la STEDH OKÇUOGLU contra Turquía de 8 de julio de 1999, por <i>Alexandre H. Català Bas</i>	5117
«Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual», por <i>María Dolores Cervilla Garzon</i>	4947	B) Jurisprudencia del TEDH.....	5131
Sección de Novedades Jurisprudenciales		Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, coordinada por <i>Rafael Manzana Laguarda y Manuel-Jesús Dolz Lago</i>	5141
«Auto nº 106/2001, de 1 de junio, de la audiencia provincial de valencia, "interpretación judicial de la disposición transitoria única de la ley orgánica 5/2000, sobre responsabilidad penal del menor"»	4963	I. Sala de lo Civil	
		1. Derecho civil.....	5143
		2. Derecho mercantil.....	5201

La REVISTA GENERAL DE DERECHO no se identifica con las apreciaciones y opiniones que hagan los autores en sus estudios o trabajos en esta publicación.

	<u>Pág.</u>
AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA	
I. Derecho civil.....	6372
II. Derecho mercantil.....	6402
III. Derecho procesal civil.....	6406
AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA	
I. Derecho civil.....	6434
II. Derecho mercantil.....	6485
III. Derecho procesal civil.....	6491
AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA	
I. Derecho civil.....	6506
II. Derecho mercantil.....	6527
III. Derecho procesal civil.....	6534
Sección Informativa	
Índice legislativo.....	6565
Revista de Revistas.....	6567

	<u>Pág.</u>
INDICE MENSUAL	
Alfabético por materias:	
A) Derecho constitucional.....	6573
B) Derecho civil.....	6575
C) Derecho mercantil.....	6579
D) Derecho procesal-civil.....	5681
E) Derecho penal.....	6583
F) Derecho procesal-penal.....	6585
G) Derecho contencioso-administrativo.....	6587
H) Derecho económico-administrativo.....	6591
I) Derecho registral.....	6593
J) Derecho laboral.....	6591
K) Derecho procesal-laboral.....	6593
Sistemático por textos legales y artículos.....	6595
Guía de Procuradores.....	6609
Ediciones Revista General de Derecho.....	6611

Sección Doctrinal

Las detenciones ilegales

POR

EDUARDO MONER MUÑOZ
Magistrado del Tribunal Supremo (Sala 2.ª)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.—III. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.—IV. NOVEDADES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995.—V. CUESTIONES QUE PLANTEA EL NUEVO TEXTO LEGAL.—VI. LOS DISTINTOS TIPOS DE DETENCIÓN ILEGAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. A) Tipo básico. a) *Modalidades comisivas*. b) *Sujetos activo y pasivo del delito*. c) *Culpabilidad*. d) *Formas imperfectas de ejecución*. B) Tipos privilegiados. C) Tipos cualificados. D) Resoluciones manifestadas.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Se pretende proteger en estos delitos la libertad en su modalidad de libertad ambulatoria, es decir la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico. La libertad ambulatoria se protege ya en el artículo 17 de la Constitución española, en donde no sólo se limita la privación a los casos taxativos expresados en la Ley, sino que se establecen además garantías precisas para el que se encuentra privado de libertad, en los supuestos de detención preventiva, fijándose un lapso máximo de tiempo que aquélla pueda dudar hasta que se ponga al detenido a disposición judicial, y así mismo se establece el mandato constitucional de regular legalmente un procedimiento de *habeas corpus*, por lo que se pondría inmediatamente a disposición del Juez a toda persona detenida ilegalmente.

También en el artículo 19 de la Constitución española se protege la libertad ambulatoria en su manifestación como libertad de elección de su residencia y de circulación por el territorio del Estado, incluidas la entrada y salida del mismo.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En nuestro Código Penal vigente hasta el 25 de mayo de 1996, la protección de la libertad individual, a diferencia de lo que ocurría en los Códigos sustantivos penales de

otros países europeos, se hallaba escindida, ya que en los artículos 184 y siguientes, se contemplan una serie de supuestos de detención ilegítima como delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, y en los artículos 480 y siguientes, bajo la rúbrica del Capítulo primero del Título XII, entre los delitos contra la libertad y seguridad, se articulan las detenciones ilegales de particulares.

Esta peculiaridad del tratamiento de los delitos de detención planteaba, dice Vives Antón, el problema de la identidad o diversidad de los bienes jurídicos protegidos en los distintos preceptos. No vamos a exponer ahora los varios criterios seguidos en la doctrina científica para explicar dicha cuestión, y así, desde Quintano que trató de establecer una diferencia cualitativa entre ambas especies de delitos, entendiendo que en los artículos 480 y siguientes, se protegía la libertad natural, mientras que en los artículos 184 y siguientes, se tutelaba la libertad política, hasta Vives Antón que afirmaba que en los primeros se hallaba tutelada la libertad de movimientos en sí mismo considerada, como valor objetivo, mientras que en los últimos, se protegía dicha libertad como derecho de resistencia frente al Estado, porque tal problema se halla hoy superado, como veremos más adelante, en el nuevo Código Penal de 1995.

III. SUJETO PASIVO DEL DELITO

Respecto al sujeto activo, éste debía ser un particular para el tipo del artículo 480, y si la conducta era realizada por un funcionario público, habría que aplicar un principio el artículo 184 del Código Penal. Muñoz Conde afirmaba que la razón de la diferenciación estribada en que el delito del funcionario, se protegía la función pública. Mas si esto fuera así, dice Vives Antón, el artículo 184 habría de recoger un tipo pluriofensivo y prever, por tanto una pena superior a la del delito común. Este era un problema que afectaba, en general, a los delitos de los funcionarios públicos, y que resolvía muy defectuosamente el artículo 204.bis a) del Código Penal, porque si dicho precepto pretendía resolver el problema de la sorprendente minoración de las penas en los delitos de los funcionarios públicos que contenía el Código Penal, la solución se concebía muy mal con la afirmación que efectuaba el artículo 480 citado, pues el propio tipo exige que el sujeto activo del delito fuese un particular. Por eso, la mayoría de la doctrina científica, así Bustos, afirma que después de la reforma de 1983, y con la introducción del artículo 204.bis a) del Código Penal, habría de interpretarse necesariamente la posibilidad de aplicar el delito de detenciones ilegales también al funcionario público. Para Córdoba Roda, esta posibilidad depende de como actúe el sujeto activo: si lo efectúa en su calidad de funcionario público, se estaría ante la presencia del delito especial; si por el contrario, su actuación excede tal ámbito, el delito aplicable sería el común del artículo 480.

Así, lo proclama una reiterada doctrina jurisprudencial.

La sentencia de 25 de junio de 1990, expresa claramente la posición del Tribunal Supremo, y dice: «1) El artículo 184 del Código Penal delimita una figura especial de la que solamente pueden ser sujetos activos quienes ostentando la condición de funcio-

narios públicos tengan facultad para ordenarla o practicarla. 2) El artículo 480 se aplicará cuando, se trate de particulares o siendo funcionarios públicos, éstos, en su iniciación o en su desarrollo hayan actuado de tal modo que la detención ilegal desborde las notas que la caracterizan para integrarse en un supuesto que el Código penal contempla con carácter general como lo es el indicado artículo 480. La Ley Penal en el artículo 184 lleva a cabo un proceso de selección de las conductas integradoras de este delito en base a la condición de funcionario público autorizado para llevar a cabo este acto (elemento objetivo) y que persiga un fin público (elemento teleológico). Cualquiera de ellos puede desaparecer o modificarse en los actos siguientes a la detención propiamente dicha, ya que ésta comprende no sólo el acto de detener, sino aquéllos otros de mantenimiento o prolongación. De tal manera que cuando en su comienzo o en su desarrollo dejen de concurrir las exigencias del artículo 184 será de aplicación el 480 y siguientes.» En el mismo sentido sentencias del Tribunal Supremo, 30 de noviembre y 2 de febrero de 1995, 8 de febrero de 1994, 3 de marzo de 1993 y 15 de marzo de 1991.

Vives Antón, propugnaba *de lege ferenda*, que el régimen de la detención ilegal no tendría que ser divergente de la del resto de los delitos de los funcionarios públicos, aplicándose entonces las reglas del concurso a las conductas que además de efectuar a la libertad del movimiento, se lesiona esa libertad como «derecho de resistencia frente al Estado».

Tal cuestión ha sido abordada y resulta en el nuevo Código Penal, en cuya exposición de motivos, aunque muy breves, se hace mención de tal problema, y así se afirma: «En cuarto lugar y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados.»

El debate parlamentario recogió las tradicionales críticas doctrinales al privilegio de los funcionarios en delitos contra la libertad expresando la voluntad legislativa de terminar con dicho tratamiento desigual —Grupo Socialista.

IV. NOVEDADES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

En el Capítulo I del Título VI del Libro II, dentro de la rúbrica «Delitos contra la libertad», se regulan las detenciones ilegales. Un primer cambio se ha producido en la misma denominación del Título, al desaparecer, como había propugnado la doctrina científica, la referencia al vocablo «seguridad», que no expresaba con claridad lo que había de entenderse por ella.

En el mismo, pueden destacarse las siguientes novedades respecto al Código derogado, según Conde Pumpido:

Sección Práctica

El «caso Bosman»: Sus consecuencias

POR

JUAN DE DIOS CRESPO PÉREZ

Abogado. Bufete Ruiz Huerta. Valencia

SUMARIO: I. EL FÚTBOL EUROPEO ANTES DE LA SENTENCIA BOSMAN. A. Preámbulo. B. El cambio de club por jugadores al finalizar sus contratos: la indemnización por transferencia. a) *Dentro del ámbito de la Unión Europea.* b) *En el resto del mundo (UEFA/FIFA).* C. Restricciones por nacionalidad. D. Situación jurídico-deportiva de los jugadores de la Unión Europea.—II. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR EL JUGADOR BOSMAN.—III. LA RESOLUCIÓN PREVIA DEL ABOGADO GENERAL CARL-OTTO LENZ.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. A. Preámbulo. B. Las cuestiones prejudiciales planteadas. 1. *Las compensaciones por transferencia.* 2. *Las cláusulas restrictivas por razón de la nacionalidad.* C. La aplicabilidad inmediata de la sentencia del Tribunal de Justicia.—V. LAS CONSECUENCIAS DIRECTAS EN EL MUNDO DEL FÚTBOL. A. En la Unión Europea. B. En los demás países afiliados a la UEFA. C. En el resto del mundo futbolístico (FIFA).—VI. LAS CONSECUENCIAS INDIRECTAS O MENOS EVIDENTES DE LA SENTENCIA BOSMAN.—VII. LAS DERIVACIONES EN OTROS DEPORTES. A. Deportes profesionales. B. Deportes aficionados.—VIII. REFLEXIONES DE UN AFICIONADO Y JURISTA.—IX. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. EL FÚTBOL EUROPEO ANTES DE LA SENTENCIA BOSMAN

A) Preámbulo

El jugador belga Jean-Marc Bosman, un oscuro trabajador del balompié, ha sido el impulsor, gracias a su arriesgada apuesta personal, de lo que podríamos calificar como la mayor de las revoluciones en el mundo del fútbol, y por ende en todo el deporte profesional de nuestro continente.

Sin perjuicio de que, en el lugar oportuno, se haga referencia a las diversas demandas planteadas por el jugador de fútbol profesional Bosman, de la que la última, finalmente, ha devenido en la tan famosa como controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos, en primer lugar, de referirnos a la prehistoria de esta problemática.

Así, debemos recordar que el Caso Bosman ha tenido precursores, que han llevado ante el Tribunal de Justicia la debatida cuestión de la libre circulación de los deportistas profesionales; en ese sentido, los casos *Walrave*, referente al ciclismo (caso 36/74, sen-

tencia de 12 de diciembre de 1974) y *Donà*, relativo al fútbol (caso 13/76, sentencia de 14 de julio de 1976). Ésta última resolución es quizá la que contiene el primer eslabón de la cadena, ya que juzgó incompatible con el Derecho Comunitario que se reservara únicamente a los ciudadanos de un país miembro, la posibilidad de que se participase en competiciones profesionales o semi-profesionales. Con ello se hizo posible, en Italia, la modificación de los reglamentos futbolísticos respecto de los jugadores profesionales.

Pero, desde esas lejanas fechas del año 1976, nada ni nadie había intentado despertar la bestia dormida, si bien la incómoda situación de las restricciones por nacionalidad, en las competiciones deportivas profesionales, respecto del Tratado de la Unión Europea (artículos 48, 85 y 86) ha hecho que, durante algún tiempo, tanto la Comisión como la UEFA hayan librado batallas parciales, que derivaron en la firma de un *gentlemen's agreement*, o acuerdo informal, en el año 1991, pero con entrada en vigor el 1 de julio de 1992, que, por su carácter no vinculante jurídicamente no obligaba a las partes firmantes.

Por lo tanto, nos encontramos con un asunto de ya lejanas raíces, que ha tenido en vilo a los dirigentes del fútbol europeo así como a la Comisión, pero que, hasta la firme postura de Jean-Marc Bosman, ha sido prácticamente un tema tabú, en el que ha prevalecido en mayor medida el parche, aunque se le adhiriese el epíteto de caballero, que la solución jurídica, si bien ésta ha sido, finalmente, muy dolorosa, quizá por la seguridad y la impunidad en la que se creían encontrar las cabezas pensantes de la UEFA, respecto del Derecho Comunitario.

Aunque aquí, y para la pequeña historia, hay que reconocer el talento de un fino Abogado y estratega del mundo del poder futbolístico, antiguo Presidente de la Real Federación Española de Fútbol, don Pablo Porta, quien, a la cabeza de una delegación de la UEFA, consiguió, año tras año, que se retrasara lo inevitable, con la idea de que el fútbol estuviera preparado para lo que preveía iba a ser, como así lo ha sido, una auténtica revolución. Sin embargo, sus advertencias no fueron escuchadas, y, parapetado en su posición de privilegio, creyéndose invencible, el poder del fútbol no pudo hacer su especial transición.

No obstante, a pesar de todos los esfuerzos por dilatar lo inevitable, los organismos europeos tenían bien claras las ideas y, en ese sentido, cabe recalcar que el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre «Libertad de circulación de los futbolistas profesionales en la CEE», el 11 de abril de 1989, considerando a éstos como trabajadores y que deberían gozar de las mismas garantías y derechos que todos los demás, reconocidos por el Tratado de la Unión, acerca de la libre circulación y la no discriminación. Ello dio pie al ya mencionado acuerdo de abril de 1991, «entre caballeros», en vigor hasta la sentencia del Tribunal de Justicia, que aquí estudiamos.

B) El cambio de club por jugadores al finalizar sus contratos: la indemnización por transferencia

Los reglamentos de la UEFA posibilitaban (*ante Bosman*) que, al finalizar el contrato de un club con un jugador profesional, aquél obtuviera una cantidad, denominada transferencia, del nuevo club con el que dicho jugador fuera a comprometerse. Siendo ésta una obligación derivada de las reglas impuestas por el organismo rector del fútbol europeo, se aplicaba a los cambios de jugadores surgidos entre clubes europeos de

distintas federaciones nacionales, aunque en algunos Estados también se aplicaba de una forma u otra esa transferencia, en forma interna.

Estas sumas a pagar por un club a otro, incluso habiendo finalizado la relación contractual del jugador con el primero de ellos, tenían cierta cobertura moral, ya que se pretendía con ello la protección de los clubes más débiles, respecto de los de mayor poderío económico, y en evitación de que los que cuidaban la cantera de jugadores se vieran expoliados, sin ninguna compensación, de sus mejores atletas. Esto, que puede parecer digno de elogio, ha devenido no obstante, con el transcurso del tiempo, en una forma de desorbitar la economía futbolística. Así, un jugador fichado de su club original a los 18 años podía ser sometido, durante su vida profesional, en distintas ocasiones a la figura de la transferencia, con el consiguiente encarecimiento del mercado. De esa guisa, la fórmula proteccionista de los clubes pequeños devino en una forma de lucrarse por otros, no tan necesitados.

Recogida, siquiera someramente, la figura de la transferencia, hemos de adentrarnos en la situación jurídica de la misma, existente en las distintas áreas geopolítico-deportivas.

a) *Dentro del ámbito de la Unión Europea*

Analizaremos algunas legislaciones de Estados miembros en forma breve:

- Alemania: Existen distintas categorías de indemnizaciones internas, como en el caso de un jugador amateur que contrata con un club de primera división (*Bundesliga*), este último debe abonar una cantidad a repartir entre los clubes a los que ha pertenecido el primero, en los últimos siete años. Respecto de un fichaje hacia un club extranjero existía la *indemnización de formación y promoción*, recogiendo el reglamento UEFA en ese sentido.
- Austria: Se regula la *compensación* al club de origen por el nuevo club firmante del jugador, en el orden interno, remitiéndose en caso de que la transferencia sea hacia un equipo foráneo, a las reglas de la UEFA y la FIFA.
- Bélgica: La reglamentación belga distingue varios tipos de transferencia, según se sea amateur o profesional, pero en definitiva la figura de la *indemnización por formación* es exigida. Justamente por ello, al ser obligada también para los cambios de jugadores hacia el extranjero, propinó el comienzo del asunto Bosman, que relataremos con mayor profundidad más adelante.
- Dinamarca: Solamente se contempla el pago de una suma por transferencia en caso de cambio de club entre los de primera división danesa o a un club extranjero.
- España: El Real Decreto 1.006/85 de 26 de junio, que regula la relación laboral de los deportistas profesionales en nuestro país, contiene, en su artículo 14.1 lo que denomina *compensación por preparación o formación*, que deberá abonar el nuevo club al de procedencia, a la finalización del contrato del jugador, aunque con la mención de que ello deberá estipularse en un convenio colectivo. El último firmado indica que los jugadores de más de 25 años no debían pagar ese transfer, por lo que en España, sólo existe para los menores de esa

Legado de usufructo sucesivo o sustitución fideicomisaria. Llamamientos sucesivos: el segundo grado. Derecho de representación en la sucesión testada. Interpretación de la voluntad de la testadora. Institución condicional (de nuevo sobre la sentencia del Tribunal Supremo —Sala 1ª— de 17 de julio de 1991)

POR

CARMEN LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA
Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València.

En el número 568-569 (enero-febrero 1992) de esta Revista comenté la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1991, que se reproduce en las páginas 231-247.

Entonces encontré acertada la decisión del Tribunal Supremo y los fundamentos jurídicos en que se apoyó. Sin embargo, la negación de los derechos sucesorios que los tataranietos de la testadora interesaban, se debió a una circunstancia desgraciada: sus progenitores, biznietos de la testadora, murieron con anterioridad a una de las nietas y el legado cuestionado quedó, según decisión del Tribunal Supremo, para los biznietos que la sobrevivieron. La solución no acabó de parecerme equitativa, por ello medité con más detenimiento, para llegar a concluir que no faltan argumentos para rebatir la tesis mantenida por el Alto Tribunal, rectificando ahora mis consideraciones iniciales.

La ley, teniendo en cuenta la injusticia que supone la regla según la cual el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, quien tras la desgracia de perder a su padre o madre se ve privado de la herencia a consecuencia de tal pérdida, previene una importante excepción mediante el llamado «derecho de representación». En nuestro caso se trata de una sucesión testada, por lo tanto no cabe acudir al derecho de representación, pero la exclusión de los parientes más remotos, por premoriencia de los más próximos, no parece haber sido la voluntad de la testadora que llamó a suceder a sus descendientes y ésta es la cuestión.

En resumen los hechos fueron los siguientes: doña S. M. B., que tenía dos

hijas, a quienes llamaremos M. e I., otorgó su última voluntad a través de un testamento ológrafo de 4 de julio de 1883, codicilo ológrafo de 11 de julio de 1885 y una memoria testamentaria ológrafa de 7 de julio de 1887, que fueron protocolizados debidamente. La testadora falleció antes de hallarse en vigor el Código Civil, por lo tanto el codicilo y la memoria testamentaria eran eficaces, conforme a lo dispuesto en la legislación anterior, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 12 del propio Código.

En la cláusula sexta del testamento dispuso lo siguiente: «Lego el sobrante el quinto y constituyo mejora del tercio de todos mis bienes derechos y acciones en favor de mi hija M., los hijos de la misma y nietos, debiendo hacerse el pago de sus importes en fincas de elección de los mejorados.. » bajo las siguientes condiciones: «*Primera.*-Que la mejorada y legataria ha de poseer los bienes de estas mandas, esto es, su importe con las circunstancias referidas, sólo en usufructo, reservando la nuda propiedad para sus hijos y nietos. De no tenerlos para sus sobrinos carnales o hijos de éstos con derecho de acrecer entre todos en sus respectivos lugares. *Segunda.*-Que los bienes del legado y mejora ha de administrarlos precisamente la repetida, mi hija M., con prohibición de entregarlos para tal efecto a su marido y si contraviniese a este particular se entenderían revocados el legado y mejora. Los productos de los bienes de que se trata, cuando lleguen a ser de mis nietos, formarán capital para entregárselos con éste, cuando salgan de la patria potestad».

En el codicilo, con respecto a la cláusula sexta dijo: «Por la cláusula sexta del citado testamento tengo dispuesto que el sobrante del quinto y mejora que constituí del tercio sean para doña M., los hijos de la misma y nietos. Reproduzco mi voluntad en esta parte, adicionando que si las tres generaciones falleciesen sin sucesión, los bienes en que consistan el tercio y sobrante del quinto pasen a los descendientes de mi hija I. Las expresadas mandas del sobrante del quinto y mejora del tercio se han de entender sólo en usufructo, así para mi hija como para los suyos, esto es mis nietos, y la nuda propiedad queda reservada para mis biznietos. El pago del importe de unos y otros se hará precisamente en inmuebles y si no hubiera bastantes.... La administración de los bienes, aunque sea repetirlo, del sobrante del quinto y mejora del tercio no podrá tomarla mi hija M. ni darla a su marido y para librarla de compromisos dispongo que dicha administración a cargo del Patronato indicado de la Fundación Benéfica antes referida, pues como entidad jurídica puede recibir y aceptar el encargo que por esta cláusula le confiero. Entregará el Patronato los productos líquidos de la Administración a mi hija M. a medida de las necesidades de ésta y sus hijos; mas si quedase viuda, la misma se haría cargo de la administración de los repetidos bienes. Si el usufructo correspondiese a mis nietos y fueran menores de edad también el Patronato tendría a su cargo la Administración...

Queda pues sustituido todo lo demás de la cláusula sexta del testamento con lo que ahora determino».

En la memoria testamentaria se hace constar que queda en su integridad todo lo que estableció en aquella cláusula del codicilo.

Doña M. recibió, en pago de este legado, el usufructo de varias fincas. Cuando falleció le sobrevivieron dos hijas P. y N. y había premuerto su hijo A., quien dejó dos hijos naturales T. y A., únicos biznietos de la testadora por la línea de su hija M. Estos biznietos, descendencia ilegítima según la legislación entonces vigente, interpusieron demanda de juicio declarativo de mayor cuantía en que recayó sentencia conforme a sus pretensiones, declarándoles únicos nietos de doña M. y, por lo tanto nudos propietarios de los bienes, objeto del legado cuestionado, cuya sentencia obligó a los descendientes legítimos de la testadora (“legítimos” entonces, hoy serían simplemente “matrimoniales”) a interponer demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra los hijos naturales de A., que concluyó con la transacción formalizada el 5 de julio de 1946, en cuya virtud los descendientes de I., (entre ellos los biznietos demandados y los biznietos progenitores de los tataranietos demandantes en el pleito que ahora nos ocupa) entregaron a los citados hijos de A. una cantidad de dinero, especificándose, en escritura autorizada, que éstos últimos vendían sus respectivos derechos en distintos solares radicados en M., procedentes del legado sobrante del quinto y la mejora del tercio. Desde ese momento, no se discuten ya los derechos sucesorios de los únicos biznietos de la testadora por la línea de su hija M.

Entre tanto, los bienes objeto de nuestro legado fueron usufructuados por las dos hijas de M., a quienes llamaremos P. y N. Al fallecimiento de P. su porción acreció a N., que según parece tuvo una larga vida, pues mientras duró el usufructo fueron muriendo los demás nietos de la testadora y alguno de los biznietos por la rama de su hija I.

N. fue la última descendiente “«legítima» de la testadora por la línea de su hija M. No se discute que los destinatarios finales de los bienes, objeto del tan repetido legado, son los descendientes de la testadora por la línea de su otra hija (I.). La discusión se entabla entre los tataranietos de la testadora, hijos de sus biznietos (nietos de I.) que premurieron a N. y los biznietos (nietos de I.) que sobrevivieron a N.

En fecha 27 de noviembre de 1986, los biznietos de la testadora (por la línea de su hija I.) que sobrevivieron a N. otorgaron escritura pública de determinación de herederos y consolidación del dominio de los bienes integrantes del legado a que nos venimos refiriendo, excluyendo a los tataranietos, hijos de los biznietos que premurieron a N. Estos tataranietos formularon demanda de juicio de menor cuantía, solicitando, entre otras, la nulidad de aquella escritura y el otorgamiento de nueva escritura de determinación de herederos y consolidación del dominio de los bienes integrantes del legado, que les incluyera. En suma, los tataranietos solicitaron que se declarase su derecho sobre los bienes integrantes del llamado legado del sobrante del quinto de mejora del tercio,

otorgado por su tatarabuela doña S., con los pronunciamientos correspondientes para la efectividad de aquel derecho.

Los tataranietos obtuvieron Sentencia favorable en primera instancia y en apelación, pero el Tribunal Supremo casó y anuló la Sentencia recurrida, desestimando la demanda, sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

En una primera lectura de la Sentencia, la solución adoptada por el Tribunal Supremo me pareció acertada, en cuanto sostuvo lo siguiente: *a)* que los tataranietos no podían representar a sus padres, biznietos de la testadora, pues la representación en nuestro Derecho no tiene lugar en la sucesión testada (con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 814.5º del Código Civil, que no era aplicable a este caso); *b)* que no podía entenderse, en este supuesto, implícita la sustitución fideicomisaria en la sustitución vulgar; *c)* que el llamamiento a la nuda propiedad, efectuado en favor de los biznietos, era condicional y la condición consistía en que existieran y estuvieran vivos al fallecimiento de la última de las usufructuarias, por lo tanto el biznieto que murió antes que la usufructuaria ningún derecho transmitió a sus herederos (artículo 759 del Código Civil) y la porción que le hubiera correspondido acreció a los restantes biznietos.

Pero, profundizando en el asunto, aquellos argumentos no resuelven el concreto problema que aquí se planteó, pues ni se trata de representación en la sucesión testada, ni de sustitución vulgar, ni parece que el llamamiento a los biznietos estuviera condicionado a su supervivencia a la última usufructuaria.

En definitiva, el núcleo del problema radica en la interpretación de la voluntad de la testadora, tutelada en el artículo 675 del Código Civil, que según el Supremo no prevaleció en la sentencia recurrida. Sin embargo, esta tesis del Tribunal Supremo es discutible, por las siguientes razones:

a) Son numerosísimas las decisiones jurisprudenciales en las que se afirma que la interpretación del testamento es incumbencia de los Tribunales de instancia, debiendo prevalecer su criterio en casación, a menos que resulte manifiestamente erróneo. Así la sentencia de 31 de mayo 1965 (y otras muchas), según la cual la apreciación del tribunal *a quo* sólo puede ser corregida cuando se trate de un error patente, contrariando de modo expreso, manifiesto y ostensible la voluntad del testador. Mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición, dice la Sentencia de 8 de junio de 1982. «Ha de resultar muy manifiesto el error interpretativo para que pueda ser combatido con éxito en casación», el recurso sólo puede prosperar ante «lo arbitrario», el «muy manifiesto error» dice constante jurisprudencia, como la sentencia de 29 de enero de 1985; «error inequívoco y ostensible» (sentencia 29 de febrero de 1984); ante la «exégesis violenta, arbitraria o fuera del criterio racional y lógico» (sentencia 1 de julio de 1985). Entre muchas, la reciente sentencia de 7 de mayo de 1990, con cita de otras varias, dice que «la interpretación de los testamentos es fun-

El seguro de crédito: el riesgo asegurado y el objeto de la indemnización (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de noviembre de 1995)

POR

MARGARITA FUENTE NORIEGA
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Y

RAMÓN FERNÁNDEZ-MIJARES SÁNCHEZ
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. COMENTARIO.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El seguro de crédito aparece regulado en la vigente Ley de Contrato de Seguro de 1980, artículos 69 a 72, siendo definido por el primero de los artículos citados en los siguientes términos: «Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores (1).»

(1) Dicha definición concuerda con la elaborada anteriormente por la doctrina española bajo la égida del profesor GARRIGUES, el cual definió el seguro de crédito como «el seguro que bajo distintas formas, tiende a indemnizar al asegurado de las pérdidas patrimoniales que sufra por consecuencia de la insolvencia del deudor» en su obra *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1973, página 386, tal como cita TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBADALEJO, tomo XXIV, Ley de Contrato de Seguro, vol. 2.º, arts. 45 a 79 comentados por SÁNCHEZ CALERO F. y TIRADO SUÁREZ, F. J., Edersa 1985, pág. 446.

Dos notas iniciales interesa destacar de la misma: la primera es el riesgo contractualmente asegurado por el asegurador, cual es la insolvencia definitiva del deudor del asegurado, insolvencia que como bien manifiesta OLIVENCIA (2) «no es el puro incumplimiento ni la falta transitoria de medios de pago, sino la impotencia o incapacidad del patrimonio del deudor para cubrir sus deudas, un estado objetivo del patrimonio que se manifiesta o exterioriza a través de signos o síntomas» y que la propia ley delimita en sus artículo 70 en los términos que se verán. La segunda hace referencia a la indemnización que en esta modalidad de seguro no se dirige a la reparación de un bien concreto y material, ni tampoco al lucro cesante. Lo que se persigue es la reparación de la PÉRDIDAS FINALES que experimente el patrimonio del asegurado. Hacemos especial hincapié en esta última idea por cuanto no se trata de asumir el pago de una deuda impagada, es decir, no se trata de que el asegurador asuma la obligación de pagar por el deudor del asegurado, cuando éste no lo hace a causa de su insolvencia, sino de reparar las pérdidas finales sufridas por el asegurado como consecuencia de la imposibilidad de aquél para hacer frente a sus deudas y cuya cuantía no necesariamente coincide con el importe del crédito como también tendremos ocasión de señalar.

Destacamos estas dos notas porque son los puntos en los que queremos centrar nuestro comentario y ello porque la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 29 de septiembre de 1994 realiza al respecto una serie de afirmaciones, que desde ahora manifestamos no compartir, y que condujeron a un resultado que de generalizarse puede reportar serios perjuicios para los asegurados, además de incurrir en graves errores de concepto. Es nuestra intención, pues, no realizar un estudio generalizado o completo de esta modalidad de seguro, sino sólo de ciertos aspectos cuales son el riesgo cubierto por el seguro y el objeto y cuantía de la indemnización.

II. ANTECEDENTES

Comencemos por hacer una referencia a los hechos que dieron lugar a la mencionada sentencia. La entidad demandante C. S. Coop. Ltda., que tenía a su vez concertada una póliza de seguro de crédito, interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra la entidad F. O., S.A.L., por impago de ciertas mercancías que previamente les habían sido servidas, tras el pedido correspondiente. Llegado el momento de vencimiento de la factura, la entidad demandada no pagó el importe debido, por lo que la parte demandante envía a la compañía aseguradora el correspondiente aviso de insolvencia provisional abonando ésta a su asegurado el 50 % de la indemnización en concepto de insolvencia provisional y a cuenta de aquélla, a tenor del condicionado de la póliza y de lo que marca en el artículo 70 último párrafo a cuyo tenor: «no obstante cuanto antecede, transcurridos seis meses desde el aviso del asegurado al asegurador del impago del crédito, éste abonará a aquél el 50 % de la cobertura pactada, con carácter provisional y a cuenta de ulterior liquidación definitiva».

(2) Citado por TIRADO SUÁREZ, F. J., en *ob. cit.* pág. 446.

En primera instancia se admite en su integridad la demanda condenando al demandado al pago íntegro del crédito debido. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por la parte demandada, ésta manifiesta literalmente lo siguiente en su fundamento primero: «...es un hecho debidamente probado el contenido y alcance de las relaciones comerciales mantenidas entre ambas partes litigantes. Ahora bien, de la documentación aportada a lo largo del pleito, y de las propias manifestaciones de la actora, se desprende que una deuda que al día 1 de marzo de 1994, empezó al parecer siendo de 11.934.348 pesetas (debemos matizar que la cantidad reclamada era la de 8.019.954, al haberse producido pagos parciales por el deudor), se redujo a la cantidad de 5.153.762 pesetas tras el cobro por la demandante de 3.000.000 pesetas de la compañía de seguros ... y la consiguiente imputación del débito, perdiendo de esa forma y desde ese momento la actora interés o acción para reclamar la totalidad, dado que se produjo antes de interponerse la demanda, sin afectarle por tanto el principio de la *perpetuatio iuris dictionis* que obliga a atender en sentencia al estado de la pretensión al momento de formular aquélla ante el órgano judicial, con exclusión de hechos posteriores que agraven o disminuyan el estado de cosas existente configurador de la pretensión deducible, constitutiva del objeto del litigio».

En suma, la Audiencia estima satisfecha, y en consecuencia extinguida, parte de la deuda al imputar a la misma la cantidad pagada por la aseguradora a su asegurado en concepto de insolvencia provisional y a cuenta de la indemnización definitiva considerando que la actora y asegurada no tiene ya acción para reclamar la totalidad y de este modo condena sólo al pago de la cantidad restante. Sin embargo, este razonamiento adolece, a nuestro entender, de varios y graves errores de concepto y configuración de esta modalidad de seguro, cual es el seguro de crédito.

III. COMENTARIO

En efecto, por este seguro, como hemos manifestado ya y como define la propia Ley de Contrato de Seguro en su artículo 69 se persigue *indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores*. (3) Por tanto, la noción de insolvencia definitiva deviene fundamental por cuanto constituye el riesgo contractualmente asumido por el asegurador y marca el

(3) Esta definición responde a las orientaciones doctrinales más autorizadas en la materia y a la praxis aseguradora anterior a la Ley. Así son significativas las palabras del profesor BASTIN, Jean en su obra *el seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Editorial MAPFRE, Madrid, 1980, pág. 49, cuando afirma lo siguiente: «...el seguro de crédito no constituye una garantía contra la falta de pago al vencimiento de una deuda, sino la cobertura de la pérdida patrimonial representada por la desaparición del crédito del activo del acreedor, a causa de su incobrabilidad definitiva. La mora en el pago del crédito no es más que un incidente de la obligación y no modifica su valor o sustancia y, por ende, no afecta en nada la integridad patrimonial del acreedor asegurado; es una amenaza de pérdida pero no una pérdida».

Del mismo autor es la obra *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*, Editorial MAPFRE, Madrid, 1993, donde se hace un estudio general y de Derecho comparado sobre esta modalidad de seguro.

II. COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional declara la nulidad del régimen de la LOTT sobre transporte urbano, dejando un vacío legal

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional
número 118/1996, de 27 de junio)

POR

FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ-GAMBORINO
Abogado (Madrid)
Miembro de la Comisión Jurídica Internacional de IRU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PROCEDIMIENTO.—III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.—IV. EL FALLO.—V. NORMAS QUE LA SENTENCIA DECLARA NULAS.—VI. ALCANCE DE LA SENTENCIA.—VII. NUESTRA CRÍTICA DE LA SENTENCIA. DUDAS QUE PLANTEA.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional número 118/1996 de 27 de junio de 1996 (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de julio —suplemento— páginas 32 y siguientes) estima en parte los cinco recursos de inconstitucionalidad siguientes:

- Recurso 1.191/1987 (que denominaremos número 1), interpuesto por el *Gobierno de España* (y en su representación, el Abogado del Estado) *contra la Ley Catalana* de transporte de viajeros por carretera número 12/1987 de 25 de mayo (antecedente 1, página 33).
- Recurso 1.390/1987 (que denominaremos número 2), interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de *Cataluña contra la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres* o *Ley 16/1987* de 30 de julio, sobre Ordenación de los

Transportes Terrestres (en adelante, sólo «LOTT», para abreviar), (antecedente 16, página 42).

- Recurso 1.391/1987 (que denominaremos número 3), interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de *Cataluña contra la Ley de Delegaciones* del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de transportes terrestres número 5/1987 de 30 de julio (antecedente 20, página 42).
- Recurso 1.392/1987 (que denominaremos número 4), interpuesto por el Parlamento de *Cataluña contra la LOTT* (antecedente 26, página 44).
- Recurso 1.393/1987 (que denominaremos número 5) del Parlamento de *Cataluña contra la Ley de Delegaciones* del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de transportes terrestres número 5/1987 de 30 de julio (antecedente 32, página 46).

Es de observar que los recursos planteados por Cataluña se multiplican: obsérvese que *dos recursos proceden del Consejo Ejecutivo* o Gobierno («Consell Executiu») —los que hemos llamado números 2 y 3, respectivamente, contra la LOTT y contra la Ley de Delegaciones—, y *otros dos recursos proceden del Parlamento* u Órgano Legislativo («Parlament») —los que hemos denominado números 4 y 5, también respectivamente, contra la LOTT y contra la Ley de Delegaciones.

Probablemente, esta duplicidad de recurrente se ha hecho *ad cautelam*, para alejar un posible fracaso por falta de legitimación activa (del uno o del otro).

Según la Ley aplicable a los recursos de inconstitucionalidad (a diferencia de lo que sucede en los recursos de amparo) *no se oye al Ministerio Fiscal*.

II. PROCEDIMIENTO

Como era previsible, *los cinco recursos de inconstitucionalidad fueron acumulados*: por auto de 19 de abril de 1988 (antecedentes 39 y 42, páginas 47 y 54).

El Abogado del Estado presentó sus *alegaciones finales* en 2 de febrero de 1988 (antecedente 40, página 47) ampliando las iniciales.

Las de las demás partes figuran en las páginas del Boletín Oficial del Estado que hemos referido respecto de cada recurso de inconstitucionalidad.

Se señaló el 27 de junio de 1996 para debate y aprobación de la sentencia (antecedente 43, página 54).

Que se pronunció en 27 de junio de 1996 (Boletín Oficial del Estado de 29 de julio).

El Ponente fue el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, que expresa el parecer del Tribunal (encabezamiento, página 33).

Hay un Voto Particular del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga (tras el Fallo, página 77).

Sección de Derecho Constitucional

Dirigida por

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

I. ESTUDIOS DOCTRINALES Y PRÁCTICOS

Administración de Justicia Derecho de acceso a la justicia, a la independencia del sistema jurídico, defensa de los abogados y jueces en caso de ataque de aquélla *

POR

CELSA PICÓ LORENZO

Magistrado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y DE LOS ABOGADOS.—III. ALGUNOS OBSTÁCULOS A LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y AL ACCESO A LA JUSTICIA. MEDIDAS PARA GARANTIZAR AQUELLA INDEPENDENCIA.—IV. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

1. El Poder Judicial al que nos vamos a referir es el que se enmarca en la ya lejana concepción kelseniana de la justicia, la de la libertad, la de la paz, la de la democracia, la de la tolerancia (1). En fin, el Poder Judicial que pretende dar efectividad al derecho sin usurpar las atribuciones de los otros poderes más con capacidad para defenderse cuando sienta estorbado su ejercicio. Se trata de lograr una auténtica prevalencia y respeto de los derechos fundamentales de las personas considerándolos una de las metas de la justicia. En tal fin deben coincidir, desde sus respectivos roles, Jueces y Abogados, así como, en su caso, los jurados.

Ha de obtenerse un mínimo común denominador que desemboque en la fijación de los *standard minimum* por los que se debe luchar desde cada específica perspectiva nacional al igual que ha acontecido en el ámbito de los Derechos Humanos.

* Ponencia presentada en XIV Congreso de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas: Democracia en legislación interna e internacional celebrado en Ciudad del Cabo del 31 marzo al 7 abril 1995.

(1) Kelsen, H., *Qué es justicia*, Barcelona, 1982, pág. 63, traducción de *What is justice?*, Berkeley, 1971.

En razón a las diferentes situaciones existentes de unos Estados a otros, incluso en el mismo continente, así como a los distintos sistemas y concepciones jurídicas imperantes, no cabe, en este breve marco, hacer una exposición unitaria. Mencionaremos algunas loables previsiones legales que comparten un cierto número de Estados. No dejaremos de lado cierta realidad material que reviste mayor complejidad.

Reseñaremos aquellos aspectos que la experiencia ha demostrado como positivos en nuestro ámbito más próximo, Europa continental, sin dejar de resaltar su anverso con eventuales efectos perversos. Mas poniendo de relieve, como ha dicho el relato especial SINGHVI en el Informe sobre la independencia del Poder Judicial para Naciones Unidas, que no se puede ni se necesita imponer en el mundo un modelo único de organización, poderes y funciones judiciales para garantizar la independencia del Poder Judicial, los Jurados y Asesores y la independencia de los Abogados (2).

La protección jurisdiccional de los derechos, individuales y colectivos, de los ciudadanos goza de rango constitucional en la plenitud de los Estados de todos los continentes que se desenvuelven bajo principios democráticos. Es significativo el incremento en la utilización de las vías judiciales para la resolución de conflictos en aquellos Estados que, tras haber tenido cercenadas sus libertades, han pasado a engrosar las filas de los Estados democráticos. Por el contrario, ante situaciones totalitarias, la escasa confianza en las instancias judiciales hace decaer el número de sujetos que demandan protección a los jueces. Resulta obvio que ningún régimen autoritario facilita el control jurisdiccional de sus actos, sean actuaciones en el ámbito administrativo, sean actividades encaminadas a la privación de derechos fundamentales o civiles de sus ciudadanos (derecho a la libertad personal, derecho a la libertad de expresión, etc.). Mas, no debe bajarse la guardia, por el hecho de que en los Estados democráticos la legalidad actúe como límite al poder establecido.

Es menester un Poder Judicial claramente independiente frente a los otros poderes del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo. No sólo para una adecuada aplicación de las normas internacionales en materia de Derechos Humanos que, en ocasiones, el poder ejecutivo se muestra renuente a aceptar. También en el ámbito de la legislación nacional donde la ley, como esencia misma de la democracia, constituye instrumento adecuado para articular las libertades de todos entre sí. En el orden interno se incrementan las cuestiones de naturaleza o consecuencia política sobre las que tienen que decidir los jueces. Las vicisitudes del Derecho Administrativo, y su tema central del control de la discrecionalidad, son en nuestro tiempo el ejemplo más vivo de ello. Tales aspectos se debaten en dos alejados continentes, Europa y en los U.S.A. Así en los U.S.A. el profesor EDLEY afirma no sólo que la política está al acecho en casi toda decisión administrativa sino también que la evolución del estado intervencionista ha hecho que sea cada vez más importante la armonía entre el derecho y la política (3).

(2) «Informe sobre la administración de justicia y derechos humanos de los detenidos, la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados elaborado en el seno de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías de la Comisión de Derechos Humanos, en el seno del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas», E/CN.4, Sub. 2/1985/18/Add. 1, 22 de julio de 1985.

(3) EDLEY, Jr., Ch., *Derecho administrativo. Reconocer el control judicial de la administración pública*, M.A.P., Madrid, 1994, pág. 203.

Sin embargo la incidencia política, por acción o por omisión, de las actuaciones judiciales en otros ámbitos, como el penal, son significativas actualmente en la vieja Europa. Así en bastantes Estados democráticos los problemas derivados de la creciente corrupción política, con la paralela irregular financiación de los partidos políticos, constituye un distorsionante factor relevante. Incluso, en algún Estado, ha dado lugar a la amnistía de los sujetos políticos implicados.

Se ha afirmado por ELY en los U.S.A. que es precisamente el fracaso de los procesos normales de gobernación lo que crea la ocasión y la necesidad de la intervención judicial (4). Paralelamente por WOEHRLING se ha constatado un profundo movimiento de reforma del control jurisdiccional de la administración desde hace aproximadamente veinte años en todos los países europeos que se ha intensificado al constitucionalizarse reforzando la legitimidad de sus intervenciones (5). Como recuerda el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (6) a través de los recursos contra los actos de la administración los ciudadanos ejercitan una libertad básica, la de no obedecer sino a la ley en lugar de a las ocurrencias de los administradores. Resulta absolutamente trasnochada la afirmación de que la jurisdicción está prevista básicamente para resolver conflictos entre particulares (7). Se hace, pues, inevitable la exposición de los jueces a los ataques políticos. Tal situación tiene su origen en que la justicia no se desarrolla en un ámbito aséptico. Sin embargo ello no excluye mantener el norte de la necesaria realizabilidad de los valores y principios proclamados constitucionalmente con la ineludible prevalencia del principio de legalidad.

El respeto al principio de la independencia judicial se muestra absolutamente necesario en cualquier Estado moderno, sea cual sea su desarrollo socioeconómico. Constituye el eje sobre el que ha de girar una Administración de Justicia democrática. Es, pues, el núcleo duro de la función sobre la que no puede haber debilitamiento alguno sea cual sea el sistema jurídico. No basta con su reconocimiento como valor consustancial a todas las sociedades democráticas. Debemos intentar su plena efectividad. Resulta significativo que los operadores económicos transnacionales valoren tal condición como prioritaria a la hora de realizar inversiones en Estados distintos a los de su origen. También lo es que se acuda a la justicia internacional para el enjuiciamiento de recientes desafueros producidos en África (Ruanda) y Europa (ex Yugoslavia).

2. Debe potenciarse el ejercicio digno de la Abogacía entendida como profesión, autónomamente organizada, que desarrolla la función de asesorar y representar a sus clientes ante los tribunales de justicia. Entendemos, que desde un plano progresista, su función ha de sujetarse no sólo al principio de la buena fe sino que ha de engarzarse con el espíritu del servicio público de la justicia. Resulta obligado que el ejercicio del derecho de defensa encomendado a los abogados pueda desarrollarse sin impedimento alguno incluido el económico.

(4) Citado en nota 82, pág. 299 en EDLEY, op. cit.

(5) WOEHRLING, J. M., «Le controle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest», *Revue Européenne de Droit public*, vol. 6, n.º 2, hiver, 1995, pág. 353 y ss.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 63.

(7) SIMON, D., *La independencia del juez*, Ariel, Barcelona, 1995, prólogo de Miguel Ángel Aparicio, pág. XVIII.

Sección de Derecho Constitucional

Dirigida por

JOSE MARIA MARTINEZ VAL

Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

I. ESTUDIOS DOCTRINALES Y PRACTICOS

La disolución de los Parlamentos Autónomos y el recorte del juego parlamentario

POR

VICENT FRANCH I FERRER

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universitat de València-Estudi General
Magistrado (supl.) de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

El enunciado propuesto parece sugerir que ese sea un tema sobre el que hay que volver por olvidado. Pero no es así puesto que la doctrina ha tratado con bastante amplitud el conjunto de problemas que han presentado la variedad de fórmulas adoptadas en los Estatutos de Autonomía para resolver las modalidades de disolución de las correspondientes Asambleas Legislativas. En efecto, y con anterioridad a la reciente reforma tanto de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (1) como de determinados preceptos de un grupo de Estatutos de las llamadas Comunidades Autónomas de «vía lenta» (2), «autonomía menos plena» o, simplemente, de los Estatutos tramitados en su día por la vía menor del artículo 143 de la Constitución española han sido numerosas las aportaciones al contencioso de la disolución de los parlamentos autónomos; unas veces porque urgía resolver determinados sinsentidos (3), otras porque algunos llamé-

(1) La Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

(2) Modificados por Ley Orgánica 1/1991 (Murcia), 2/1991 (Madrid), 3/1991 (Asturias), 4/1991 (Comunidad Valenciana), 5/1991 (Extremadura), 6/1991 (Castilla-La Mancha) y 7/1991 (Cantabria), todas ellas de fecha 13 de marzo.

(3) Especialmente LASARTE, Javier: «Convocatoria anticipada de elecciones y disolución del parlamento. El caso de Andalucía». *Revista de las Cortes Generales*, 19, 1990, pp. 163-197, que adelanta posibles soluciones al problema de fechas de realización de las elecciones autonómicas andaluzas planteado al término del segundo mandato del Parlamento andaluz.

mosles olvidos estatutarios podían encontrar remiendo y acomodo en leyes ordinarias de las Comunidades Autónomas (4), y otras, en fin, porque las posiciones sobre un conjunto de interrogantes que afectan a la materia no son coincidentes. Ni siquiera podríamos afirmar que las posiciones doctrinales sobre el papel y significación de la llamada facultad de disolución anticipada del Parlamento presenten homogeneidad hasta el punto de permitir tomar dicha facultad como paradigmática de la calificación que pueda merecernos un determinado régimen parlamentario (5). De entrada, pues, es necesario posicionarse sobre el verdadero alcance de dicha facultad y sobre su idoneidad para prospectar en qué medida y para el caso que nos ocupa las relaciones entre gobierno y parlamento demandan de la existencia de dicha facultad para que, en todo caso, no quede desvirtuado el parlamentarismo.

Es evidente, pues, que en la medida que nuestra Constitución ha querido sugerir-trazar el diseño de un Estado descentralizado políticamente y en tanto y en cuanto las previsiones constitucionales a propósito del derecho a la Autonomía de las Nacionalidades y Regiones, concretan un esquema de mínimos para el ejercicio del autogobierno no puede resultar ocioso recordar que aquel derecho y este esquema responden, en el marco de las competencias que asumen las Comunidades Autónomas a criterios asimilables con el parlamentarismo que la Constitución española establece para el diseño del parlamentarismo estatal. Una organización institucional autonómica basada en

«...una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo

(4) En efecto, desde la promulgación de las leyes de gobierno de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Galicia y Andalucía, la necesidad de obviar el silencio estatutario sobre la modalidad de la disolución discrecional obligó a las tres Comunidades Autónomas a iniciar procesos de reforma de las respectivas leyes propias con el fin de incluir dicha modalidad. Por su parte el País Vasco la incluyó en la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno. Cataluña la incluyó en la Ley 8/1985, de 24 de mayo, de modificación de la Ley 3/1982, de 25 de marzo, del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. Galicia, en la Ley 12/1989, de 4 de octubre, que deroga la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Junta y su Presidente, redactada según Ley/1988, de 20 de octubre, que la modifica. Finalmente, Andalucía, por Ley 1/1990, de 30 de enero, por la que se modifica la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía. No obstante la solución adoptada por estas Comunidades Autónomas la doctrina no es unánime en cuanto a la ubicación que se ha dado a la inclusión de la disolución discrecional. Si bien es cierto que una expresa reforma de los Estatutos habría colocado el instrumento en el lugar adecuado, no es menos cierto que la aceptación pacífica de que fuera en leyes propias de las Comunidades Autónomas abría expectativas en aquellas otras donde el Estatuto no hacía referencia alguna a la modalidad, que es el caso de los Estatutos citados.

(5) En ese sentido conviene tener en cuenta la detallada exposición que sobre la naturaleza del derecho de disolución hace FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco en su glosa al artículo 115 de la Constitución española, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. Madrid: *Edesa*, 1987.- Tomo IX: p. 166-227., especialmente las páginas 168-185.

de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla...»

donde, además, «...El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea», (artículo 152.1 de la Constitución española) y que ha venido a ser asumida por la totalidad de los Estatutos, y no sólo por aquellos para los que al parecer se había previsto en un principio (los aprobados por el procedimiento del artículo 151 de la Constitución española) es susceptible de admitir un análisis de contenido con el fin de indagar si las precisiones apuntadas responden a un modelo que, en lo tocante a las «relaciones del Gobierno con el Parlamento», por asumir el enunciado del Título V de la Constitución española donde se disponen los mecanismos *ad hoc* merecen el calificativo de *régimen parlamentario*, por más que continúe en la incertidumbre si la facultad de disolver anticipadamente el Parlamento por parte del Presidente (la llamada facultad de disolución *discrecional*) antes de la expiración del mandato de aquél es argumento de autoridad y correlato lógico de la apelación obligada al cuerpo electoral ante crisis irresolubles, tentaciones de inestabilidad crónica, desgobierno o simple bloqueo de la institución legislativa (aunque haya de introducirse la matización de que en nuestro ordenamiento constitucional el Presidente del Gobierno *propone* la disolución al Rey, que es quien la decreta, sin que pueda oponerse a la propuesta). Me inclino a pensar que lo es y creo acertados los argumentos del profesor MARTÍNEZ SOSPEDRA cuando recuerda que la disolución «forma parte esencial de la forma parlamentaria de gobierno consagrada por la Constitución» (6). Si convenimos que dicha facultad dota al juego de ambos poderes de una certeza indiscutible (remite a la ciudadanía la decisión), y además observamos que la totalidad de Estatutos de Autonomía han adoptado (a tenor de lo establecido en el artículo 152 de la Constitución española) un régimen parlamentario asimilable al de la propia Constitución, resulta chocante pero no inaudito que en lo concerniente a las modalidades de disolución de los diferentes Parlamentos Autónomos se hayan escenificado tantas ambigüedades y se den incluso contradicciones notorias.

Así, pues, puede afirmarse que cuanto se contiene en el Título V del texto constitucional viene a constituirse en el modelo que las Comunidades Autónomas asumirán en sus respectivos Estatutos, con las salvedades obvias referentes a competencias concretas en materia de declaración de estados excepcionales, etc., es decir, la responsabilidad política del Gobierno ante el Congreso de los

(6) MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *El Estatuto Valenciano*. Universidad Literaria de Valencia, 1983 pp. 160-161.

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

P O R

**ANTONIO PUERTES, MARIO CLEMENTE, LORENZO PRATS,
FRANCISCO BLASCO y M^a TERESA MARTIN MORON**

Profesores de Derecho civil de la Facultad de Derecho. Universitat de València

y ERNESTO J. VIDAL GIL

Profesor de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho. Universitat de València

Sentencia de 21 de febrero de 1989

Número 46

(Sala Segunda del Tribunal Constitucional)

Recurso de amparo número 74/1987

(«B.O.E.» de 14 de marzo de 1989)

Ponente: Doña Gloria Begué Cantón

Recurso de amparo contra sentencia de 22 de diciembre de 1986 de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete que declaró mal interpuesto y admitido el recurso de apelación contra la dictada el 21 de julio de 1986 por el Juzgado de distrito de Hellín en autos de desahucio y, consecuentemente, la firmeza de dicha resolución: inadmisión de la apelación por falta de consignación de las rentas pendientes, como exige el artículo 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: improcedente denegación del derecho a los recursos establecidos en la Ley. Vulneración del derecho fundamental a

obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Se otorga el amparo solicitado.

DOCTRINA: Como ha declarado en numerosas ocasiones este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución española, no exige que la misma se configure de una forma determinada —siempre que se respete el contenido esencial del derecho—, pero cuando el legislador ha establecido un cierto sistema de recursos, configurando así la tutela judicial de un determinado modo, el derecho reconocido en el mencionado precepto constitucional comprende también el de hacer uso de esos instrumentos procesales.

De otra parte, viene reiterando que el contenido del artículo 24.1 de la Constitución española no se agota en el acceso al recurso, sino que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, que normalmente versará sobre el fondo del asunto, pero que puede limitarse a declarar la inadmisión del recurso en el caso

El apartado de «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», de la «Sección de Derecho Constitucional» comprende la continuación de las sentencias que venían publicándose, a efecto de que el lector pueda disponer de forma completa de la referida colección jurisprudencial, y, además, las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional, desde la página 4038, para tener el acceso más inmediato posible a la capital doctrina del mismo.

de que no se den los requisitos legalmente establecidos. Ahora bien, aunque el legislador goce de un amplio margen de libertad en esta materia, tales requisitos, que constituyen una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia.

Por la misma razón, las normas que los contienen han de ser interpretadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerlos, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que el Juez ordinario ha de examinar de oficio el cumplimiento de los requisitos procesales, ya que son de orden público y poseen carácter imperativo, pero debe asimismo ponderar la entidad real del vicio advertido y la diligencia procesal de las partes, a efectos de determinar si es o no subsanable el defecto en cuestión.

Esta doctrina constitucional encuentra en la actualidad natural acogida en el mandato establecido en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que viene a desarrollar el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española en este punto.

Debe prevalecer una interpretación teleológica o finalista que tenga presente el sentido de las formas en el proceso y no convierta en obstáculo insalvable el incumplimiento involuntario y no malicioso de requisitos formales, siempre y cuando tales omisiones no impidan la buena marcha del proceso ni afecten a la finalidad perseguida por el legislador.

PRECEPTOS MENCIONADOS: Constitución española: artículo 24.1 y 2; Ley Orgánica del Poder Judicial: artículos 11.3 y 240.2; (Ley de Arrendamientos Urbano): artículos 62.1, 63.3 y 148.2; Ley de Enjuiciamiento Civil: artículos 1.566 y 408; Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: artículos 50.2 b), 51 y 52.

SENTENCIAS CITADAS: Sentencias del

Tribunal Constitucional 172/1985 y 81/1986.

Sentencia de 21 de febrero de 1989

Número 47

(Sala Segunda del Tribunal Constitucional)

Recurso de amparo número 172/1987

(«B.O.E.» de 14 de marzo de 1989)

Ponente: Don Jesús Leguina Villa

Recurso de amparo contra sentencia de 1 de diciembre de 1986 del Tribunal Central de Trabajo estimando recurso promovido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y revocando la dictada el 21 de junio de 1985 por la Magistratura de Trabajo número 6 de Madrid, que había reconocido al solicitante de amparo su derecho a integrarse en la escala administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social al amparo del Decreto 1.869/1968, y anulando la resolución administrativa de 7 de agosto de 1984 que negaba al recurrente la referida integración por haber transcurrido en exceso el plazo de quince años que establece el artículo 1.964 del Código Civil para la prescripción de acciones, a pesar de que el demandante, natural de Guinea Ecuatorial y de nacionalidad española desde 1978, había ingresado en 1968 en el INSERSO en calidad de oficial administrativo. Se entienden vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad ante la Ley y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y a cargos públicos, y, a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. Se estima el recurso de amparo.

DOCTRINA: Es notorio que no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que haya de darse a la legislación ordinaria. Es ésta una tarea que el ordenamiento atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden jurisdiccional correspondiente. Pero

ello no es óbice para que, con ocasión de una queja de amparo, el Tribunal Constitucional deba cuidar de que la interpretación sostenida por los órganos judiciales no lesionen los derechos fundamentales, en especial el derecho a la tutela judicial efectiva; y ello porque su función de garante supremo de tales derechos le obliga a procurar que las normas se interpreten de la manera más favorable para el ejercicio y plena efectividad (sentencia del Tribunal Constitucional 117/1987, de 8 de julio).

PRECEPTOS MENCIONADOS: Constitución española: artículos 14, 23.2, 24.1, 13, 9.2 y 3; Código Civil: artículos 1.964, 1.969; Ley de Contrato de Trabajo: artículo 83; Estatuto de los Trabajadores: artículo 59; Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: artículos 51 y 52.

SENTENCIAS CITADAS: Sentencias del Tribunal Constitucional 75/1983, 117/1987, 73/1988 y 262/1988.

Sentencia de 21 de febrero de 1989

Número 48

(Sala Segunda del Tribunal Constitucional)

**Recurso de amparo número 324/1987
(«B.O.E.» de 14 de marzo de 1989)**

Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral

Recurso de amparo contra Decreto Foral 212/1984, de 26 de septiembre, Orden Foral 566/1984 de 25 de octubre y nóminas del mes de octubre de 1984 del Gobierno de Navarra, imponiendo a los solicitantes de amparo, funcionarios sanitarios superiores, del Hospital de Navarra, dedicación exclusiva, resoluciones confirmadas por sentencia de 7 de octubre de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo revocatoria de la dictada el 2

de junio de 1986 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, que reconoció el derecho adquirido de los recurrentes a continuar en dedicación no exclusiva. Se entienden vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. Se desestima el amparo solicitado.

DOCTRINA: Este Tribunal ha señalado que el espíritu que anima a los artículos 43 y 44 de su Ley Orgánica es el que no se produzca *per saltum* el acceso al mismo (auto del Tribunal Constitucional 48/1983, de 9 de febrero) y, más concretamente, que el agotamiento a que se refiere el artículo 43.1 no consiste simplemente en haber seguido las vías judiciales, sino en hacer valer en tales vías una pretensión de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales (auto de 27 de junio de 1984, recurso de amparo 178/84); así como que ha de ofrecerse a los jueces y tribunales la posibilidad de pronunciarse sobre la lesión de derechos fundamentales que se imputa al acto de los poderes públicos (sentencia del Tribunal Constitucional 112/1983, de 5 de diciembre), pero también se ha pronunciado en el sentido de que el requisito del agotamiento de la vía judicial —*ex* artículo 43.1, *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— no obliga a utilizar en cada caso todos los remedios de impugnación existentes en el Ordenamiento, sino sólo aquellos que razonablemente convengan.

También este Tribunal se ha pronunciado sobre dicha cuestión con anterioridad, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1983, de 11 de julio; 93/1984, de 10 de octubre, y 5/1986, de 21 de enero, sentando como criterios esenciales con referencia a la misma, los siguientes: *a)* que la exigencia de agotar todos los recursos utilizables es una consecuencia del carácter subsidiario del amparo, y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utiliza-

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

POR

FRANCISCO BLASCO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona

**ANTONIO PUERTES, MARIO CLEMENTE, LORENZO PRATS
y M.ª TERESA MARTÍN MORÓN**

Profesores de Derecho civil de la Facultad de Derecho. Universitat de València

y ERNESTO J. VIDAL GIL

Profesor de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho. Universitat de València

Sentencia de 24 de abril de 1996

Número 70

(Sala 2.ª del Tribunal Constitucional)

Recurso de amparo 1.998/1993

(BOE de 31 de mayo de 1996)

Ponente: Don Fernando García-Mon
y Fernández-Regueral

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Contenidos específicos del derecho.

El acceso a los recursos legalmente establecidos.

En general.

Requisitos formales, instrumentales y de cuantía.

Aseguramiento de la contradicción.

Recurso de amparo contra auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra declarando desierto recurso de apelación contra sentencia del Juzgado número 6 de Vigo recaída en autos sobre juicio incidental de protección de derechos fundamentales.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por la omisión de la información de los recursos procedentes en la sentencia de instancia y por la interpretación rigorista y poco favorable a la efectividad del derecho fundamental al dictar la Audiencia el auto por el que se declara desierto el recurso de apelación. Se deniega el amparo solicitado.

DOCTRINA: El primer motivo de amparo, consistente en la omisión de la preceptiva información de los recursos procedentes, prevista en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, no puede prosperar a la luz de nuestra jurisprudencia.

Ciertamente, la llamada instrucción de recursos no forma parte del *decisum* de la sentencia y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso ni que fije de manera definitiva las condiciones en que deba interponerse. Además, hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante, pues la omisión en una resolución de los recursos utilizables —como información prescrita legalmente— no impide en modo alguno la posibilidad de recurrir, en tanto en cuanto esta falta no vincula a la parte ni es obstáculo para que pudiera efectivamente recurrir, como así lo hizo en el presente caso, toda vez que los defectos u omisiones en la instrucción de los recursos pueden ser salvados por el propio interesado.

Por otra parte, la advertencia de los recursos procedentes no afecta a cual sea el procedimiento para la tramitación de los mismos que es, en realidad, lo debatido en este caso.

Idéntico pronunciamiento de desestima-

Sentencia de 20 de mayo de 1996

Número 82

(Sala 2.ª del Tribunal Constitucional)

**Recurso de amparo 953/1994
(BOE de 21 de junio de 1996)***Ponente:* Don Carles Viver Pi-Sunyer**Derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.****Contenidos específicos del derecho.****Posibilidades de alegación y defensa. Defensa contradictoria e igualdad de armas procesales.****Recurso de amparo contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió recursos de apelación interpuestos contra sentencia del Juzgado de Instrucción número 28 de Madrid en juicio verbal de faltas seguido por accidente de tráfico con resultado de muerte, lesiones y daños. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resolución judicial dictada «inaudita parte».****Se otorga el amparo solicitado.**

DOCTRINA: Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24 de la Constitución española, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en un procedimiento en el que se respeten los principios de contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de los posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (sentencias del Tribunal Constitucional 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993 y 108/1994, entre otras muchas).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa se ha señalado, también, que el artículo 24.1 de la Constitución española contiene un mandato implícito de excluir la indefensión propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes pue-

dan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (sentencias del Tribunal Constitucional 9/1981 y 37/1984), por lo que el recurso a los edictos, al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal de carácter supletorio y excepcional requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios, que ofrecen mayores garantías y seguridad de recepción para el destinatario, y la convicción, obtenida con criterios de razonabilidad, del órgano judicial que ordene su utilización, de que al ser desconocido el domicilio e ignorado el paradero del interesado, resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal (sentencias del Tribunal Constitucional 156/1985, 36/1987, 157/1987, 171/1987, 141/1989, 242/1991, 108/1994 y 180/1995).

En estas circunstancias, el juicio de este Tribunal debe limitarse a comprobar a muy reiterada jurisprudencia, 1.ª que la decisión fue efectivamente adoptada *inaudita parte*; 2.ª que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al ahora recurrente (sentencias del Tribunal Constitucional 112/1987, 251/1987 y 66/1988, entre otras muchas); 3.ª que la ausencia de posibilidad de defensa le deparó un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (sentencia del Tribunal Constitucional 367/1993, por todas); 4.ª Por último, y dado que la indefensión alegada nace de una defectuosa notificación, que el recurrente no tuviera conocimiento por otros medios del procedimiento contra él seguido. En definitiva, nos encontramos una vez más en presencia de una supuesta actuación judicial que ha causado indefensión, por lo que basta comprobar la realidad de estos elementos para decidir sobre la viabilidad del amparo solicitado.

En el caso que nos ocupa, el examen de las actuaciones permite comprobar que el Juzgado de Instrucción ordenó su citación por edictos, una vez que en el domicilio inicialmente designado por el actor no se diese

Sección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Coordinada por

CELESTINO A. CANO TELLO

Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Valencia y Abogado

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo. Letrado del Ministerio de Justicia.
Vocal Permanente de la Comisión General de
Codificación. Profesor de Derecho Civil.

y

JOSE DIAZ DELGADO

Magistrado-Presidente de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

SUMARIO

I. SALA DE LO CIVIL

- I. DERECHO CIVIL.
 - A) Obligaciones y contratos
 - 1. *Parte general y contratos en particular*, página 4115
 - 2. *Responsabilidad civil*, página 4137
 - B) Derecho de familia, página 4145
 - C) Derecho de sucesiones, página 4153
- II. DERECHO PROCESAL, página 4165

II. SALA DE LO PENAL

- I. PARTE GENERAL
 - I.1. Principio de irretroactividad penal, página 4181.
 - I.2. Circunstancias modificativas, página 4182.
 - I.3. Participación, página 4192.
 - I.4. Delito continuado, página 4195.
 - I.5. Responsabilidad civil, página 4196.
 - II.4. Falsedades, página 4213.
 - II.5. Usurpación de funciones, página 4217.
 - II.6. Delito fiscal, página 4217.
 - II.7. Drogas, página 4219.
 - II.8. Delitos sexuales, página 4225.
 - II.9. Delitos contra el honor, página 4246.
 - II.10. Delitos contra la libertad y la seguridad, página 4255.
 - II.11. Delitos patrimoniales, página 4258.
 - II.12. Imprudencia, página 4264.
 - II.13. Delito monetario, página 4272.
 - II.14. Delito electoral, página 4273.
- II. PARTE ESPECIAL
 - II.1. Delitos contra los derechos de la persona, página 4203.
 - II.2. Atentado, página 4210.
 - II.3. Tenencia ilícita de armas, página 4212.
- III. DERECHO PROCESAL, página 4280.

C) **Derecho de sucesiones**

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de diciembre de 1991

Ponente: Excmo. Sr. Don Mariano Martín-Granizo Fernández

Prohibición testamentaria de disponer o sustitución fideicomisaria.

POR

VICENTE ESPERT SANZ

Doctor en Derecho. Notario de Valencia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Procurador don Pedro Iglesias Salazar, en nombre y representación de don J. V. A. y doña R. V. S., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada, demanda de Juicio declarativo ordinario de Menor Cuantía, contra doña M., don J. M., don C. C. N.; y contra don S. N. L., doña M. J. V. T., sobre declaración de derechos, estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando sentencia:

1º Declarando inexistente el contrato y carente de toda eficacia jurídica la escritura de compraventa otorgada en Santa Fe el 14 de diciembre de 1981 ante el Notario don Julián Peinado Ruano, entre don J. V. A., como vendedor y doña M., don J. M. y don C. de C. N. y don S. y doña M. J. N. V., como compradores, en cuanto que es objeto de la misma dos sextas partes indivisas del pozo noria existente dentro de la finca denominada C. del C. en el término de dicha ciudad, que el vendedor adquirió por herencia de sus padres don J. V. J. y doña R. A. P.

2º Condenando: 1º a los demandados, excluido don J. V. A., a que se abstengan de entrar en la finca del mencionado pozo-noria y de extraer aguas del mismo, así como de perturbar el goce pacífico y la posesión

de dicha finca. 2º Condenar a los demandados al pago de las costas procesales.

SEGUNDO

Admitida la demanda y emplazados los demandados, transcurrió el término del emplazamiento sin que estos comparecieran en los autos, siendo declarados en rebeldía, por providencia de 15 de noviembre de 1986, cesando esta declaración de rebeldía, por haberse personado el Procurador don Carlos Alameda Ureña en nombre de doña M., don J. M., y don C. de C. N. y a don S. N. L., como representante legal de sus menores hijos don S. y doña M. J. N. V.; acordándose por providencia de fecha 20 de noviembre del referido año, no haber lugar a tener por contestada la demanda por dichos demandados, por cuanto venía declarado precluido dicho trámite por providencia de 15 de noviembre anterior; acordándose recibir los autos a prueba. Por el Procurador don Pedro Iglesias Salazar en la representación ya indicada, se presentó escrito, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Granada, que fue registrado con el número 976/1986, contra don J. V. A., que fue acumulado a los de este Juzgado número 826/1986; estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunas, para terminar suplicando al Juzgado, se dicte sentencia declarando inexistente el contrato y carente de toda eficacia jurídica la escritura de compraventa otorgada en Santa Fe el 14 de diciembre de 1981, entre el Notario don Julián Peinado Ruano, entre don J. V. A., como vendedor y doña M., don J. M. y don C. de C. N. y don S. y doña M. J. N. V., como compradores, en cuanto que es objeto de las mismas dos sextas partes indivisas del pozo-noria existente dentro de la finca denominada C. del C. en el término de dicha ciudad, que el vendedor adquirió por herencia de sus padres don J. V. J. y doña R. A. P.; condenando al demandado don J. V. A. al pago de las costas procesales.

TERCERO

Transcurrido el término concedido al demandado don J. V. A., a fin de que se personara en los autos y contestase a la demanda, no lo verificó, por lo que se le declaró en rebeldía, dándose por contestada la demanda. Convocándose por providencia de 27 de febrero de 1987, a las partes, para la comparecencia prevenida en el artículo 891 de Ley de Enjuiciamiento Civil, la que tuvo ocasión el día 6 de marzo de dicho año, a

la que asistieron los Procuradores y Letrados de las partes, y dado comienzo el acto, por éstos se expusieron las alegaciones que estimaron oportunas, según resultado en autos.

CUARTO

Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

QUINTO

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se manifestaron los mismos a las partes, por su orden para resumen de prueba trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con los escritos de conclusiones presentados.

SEXTO

El señor Juez de Primera Instancia de Granada número 1, dictó sentencia con fecha 2 de septiembre de 1987, cuyo fallo es como sigue: «1º La desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. 2º La desestimación de la demanda deducida a nombre de don J. V. A. y doña R. V. S. y la absolución de los demandados doña M., don J. M. y don C. C. N., a don S. N. L., a doña M. J. V. T., como representantes legales de sus hijos menores S. y M. J. N. V. y a don J. V. A.; 3º La condena en costas de los demandantes; 4º La notificación de esta sentencia a los demandados rebeldes en la forma determinada en los artículos doscientos ochenta y dos y doscientos ochenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si la parte actora no solicita en el plazo de tres días la notificación personal».

SÉPTIMO

Interpuesto Recurso de Apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de la parte demandante y tramitado el Recurso con arreglo a derecho, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha veintitres de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, con la siguiente parte dispositiva: «Que debe-

FALLO

Estimatorio del recurso dictándose segunda sentencia cuyo fallo es el siguiente: debemos absolver y absolvemos, libremente, al procesado A. A. R. del delito de injurias graves del que venía siendo acusado por la acusación particular, dejándose sin efecto todas las medidas derivadas de dicha acusación y declaramos de oficio las costas procesales correspondientes a dicho delito, condenándole como autor responsable de una falta de injurias del artículo 586. 1 del Código Penal, a la pena de cincuenta mil pesetas de multa —con arresto sustitutorio, caso de impago, de diez días—, a abonar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, conjuntamente a A. R. C. y M. P. G., la suma de quinientas mil pesetas, y las costas correspondientes a un juicio de faltas.

Sentencia de 2 de marzo de 1992

Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo Moner Muñoz

Injurias. Elementos integrantes: objetivo y subjetivo. Este último significa la conciencia y la voluntad de causar un perjuicio en el honor del sujeto pasivo. La valoración de la intención del sujeto agente ha de efectuarse analizando las diversas circunstancias concurrentes. Aunque objetivamente se empleasen expresiones claramente injuriosas, éstas pueden no ser tal cuando se profirieron con intención de criticar, informar o de defender unos derechos que se estiman vulnerados.

Disposición estudiada: Código Penal, artículo 457.

HECHOS PROBADOS

Primero.—El día 22 de noviembre de 1985 y con ocasión de un concurso mundial de telegrafía para radioaficionados que se celebra en Ceuta el día 23 de noviembre de 1985, el querellante don J. C. D. que es ra-

dioaficionado, publicó en el diario «Faro de Ceuta», un artículo crítico en el que se contenían opiniones acerca de un grupo operativo de radio participante en dicho concurso al parecer en el que estaba encuadrado el querellado J. J. R. F., mayor de edad, y sin antecedentes penales, pero es también radioaficionado, artículo en el que el querellante hacía un alarde de patriotismo en favor de un grupo de radioaficionados de la U. R. E. citándose en clave, diciéndose en dicho escrito que «solamente los anteriormente citados (entre los que se encontraba el querellante) son los que en realidad operaron y colaboraron expresando su reconocimiento social a aquel grupo» a pesar de las zancadillas, unas burocráticas y otras técnicas, entre las que cabe destacar que un radioaficionado norteamericano participase desde el domicilio de un colega ceutí, «por cierto miembro de ese grupo operativo, que no practican las señales morsísticas, manuales y cuyas señales son de más potencia que las nuestras», añadiendo en otro lugar que «con fe y honestidad llevaremos a cabo nuestro derecho de clasificar a España», y el afán de protagonismo de quienes no son protagonistas queda excluido de cualquier grupo que quiera conseguir algo positivo, terminando el artículo con una agradecimiento «a aquellas entidades y personas que nos comprenden».

Segundo.—Al considerarse personalmente aludido el querellado por las manifestaciones del referido artículo periodístico y con el ánimo exclusivo de puntualizar en defensa de su grupo operativo de sí mismo las opiniones vertidas por el querellante criticando a su vez los términos utilizados por éste en el periódico pero sin ánimo ninguno de ofenderle, publicó en el mismo, diario el día 2 de diciembre de 1985 un artículo periodístico como réplica al anterior, en el que tras afirmar que está «en relación con el escrito publicado en el Faro de Ceuta del pasado día 22» y que tiene como objeto «hacer unas puntualizaciones aclaratorias y descriptivas». Comienza por descubrir las señas de identidad personal del firmante en clave del primer artículo continuado con

una crítica a la monopolización por el querellante de la defensa de la Patria diciendo «cuando hemos podido ver todos los españoles el resultado penoso a que nos condujeron otros colegas suyos, también salvadores y que ahora nos recuperamos penosamente pero avanzamos eso sí en libertad sin querer saber nada de salvadores, arribistas, golpistas, defensores y gente de esa calaña, sino en paz, libertad y democracia», y a continuación «nuestra Patria, porque también es mía tiene un ejército para que garantice nuestros elementales derechos constitucionales» y, «afortunadamente nuestro noble Ejército ha asumido el mandato constitucional con honradez y sobriedad que le caracteriza aunque aun haya individuos dentro de las filas que parecen añorar tiempos pasados de defensa y salvación, flaco favor le hace usted a su estamento con esas declaraciones». Seguidamente y en el mismo artículo el querellado contesta al punto referido a las trabas burocráticas y técnicas contenidas en el anterior artículo periodístico del querellante, así como a la crítica relativa a que un radioaficionado ceutí, escribiendo a este respecto que «hay mucha gente honrada y noble en este equipo pero callando y permitiendo esos comentarios se hacen partícipes de tales opiniones y eso que su lema es la honradez... ¿conoce usted, que Ceuta no pertenece al Estado Español por estos motivos? eso es muy grave, y demuestra con esa actitud y comportamiento que aun hay en su profesión individuos que no han asimilado los términos de orden respecto democracia y demás situaciones. Me horroriza pensar que pueda usted estar desempeñando un puesto de responsabilidad profesional portando esas ideas tan antidemocráticas» continuando el escrito periodístico más adelante con una defensa del radioaficionado americano, diciendo que «automáticamente se convierte en su enemigo al que hay que fusilar con todas las argucias, y eso que usted presume de honradez y de honestidad y «pero ya que no pudieron suspender su actuación por medios legales iniciamos una serie de interferencias deliberadas etcétera.... « y además ustedes

con esa intervención el nombre de nuestra ciudad, intentando dar una imagen tercermundista y atrasada... aunque para nuestro orgullo los interfluidores habéis sido una despreciable minoría que os margináis vosotros mismos», «tenemos que procurar que no recuerden a Ceuta como un infierno donde unos radioaficionados de pacotilla entre los que está usted exigimos a las autoridades el monopolio de defender a su Patria».

FALLO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Debemos absolver y absolvemos al procesado J. J. R. F., del delito de injurias del que se le acusa en la causa a que este fallo se refiere, declarando de oficio las costas procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El único motivo del recurso de la acusación particular, con apoyo procesal del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia vulneración por inaplicación de los artículos 457, 458 párrafo 3º y 4º y 459, todos ellos del Código Penal.

El motivo es totalmente improsperable. Dada la vía procesal elegida, hay que atenerse a los hechos declarados probados, y de ellos no puede afirmarse que exista el elemento subjetivo del injusto del delito de injurias. El acusado responde en un periódico a un artículo previo publicado por el querellante, y en el mismo se hacen una serie de consideraciones que no entrañan ofensa alguna ni a la Nación, ni a ninguna de sus instituciones, y el hecho de identificar en todo caso a aquél, y la profesión a la que pertenece, pueda modificar unos hechos sin trascendencia penal en merecedores de una sanción punitiva.

Porque las palabras que se dicen injuriosas no iban referidas al querellante, sino a otras personas, aludidas genéricamente.

Es por ello, que en el ejercicio de las libertades del artículo 20 de la Constitución

española, la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala —Cfr. sentencias 12 de abril, 15 y 16 de octubre de 1991— mantienen que el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión, en aquel precepto plasmado, ha modificado sustancialmente la problemática que afecta a los delitos contra el honor, convirtiendo, a veces, en insuficiente el *animus inuriandi*.

En el ámbito de la infracción es preciso distinguir sus dos elementos constitutivos. De un lado, el objetivo constituido por los actos o expresiones proferidas que están acreditados, y respecto de los que el sujeto pasivo se sintió ofendido, y de otro, el elemento subjetivo del injusto, que supone la intención como dolo específico de causar y originar un perjuicio. Mas ese sentimiento interno escapa a toda observancia directa, y ha de deducirse incidiariamente de una serie de circunstancias anteriores, coetáneas, pues el delito de injurias tiene un carácter esencialmente circunstancial, que contribuirán a conocer los móviles que indujeron anímicamente al sujeto activo, intención maliciosa que, sin embargo, desaparece cuando el que ejecuta los actos presuntamente injuriosos, se mueve a impulsos distintos, como pueden ser criticar, informar, o cual aquí ocurre, defender con ese procedimiento unos derechos que estima vulnerados.

Segundo.—Procede, por lo expuesto, desestimar el motivo, y por ende, el recurso.

II.10. Delitos contra la libertad y la seguridad

Sentencia de 31 de enero de 1992

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Soto Nieto

Abandono de familia. El hecho de marcharse la esposa del domicilio familiar, dejando a su marido y a una hija común de cuatro años de edad, sin que se haya acreditado que la marcha de la esposa

obedeciese a alguna razón justificada, constituye un delito de abandono de familia.

Disposición estudiada: Código Penal, artículo 487.

HECHOS PROBADOS

Cuando sobre las 23 horas del 3 de septiembre de 1985 L. T. P., regresó a su casa, sita en U. R. del C., número 14 1º de Creixell se encontró que su esposa, la procesada R. M. G. L., mayor de edad, sin antecedentes penales, se había marchado del domicilio familiar, dejando a su hija M. de 4 años con su suegra y llevándose a su hija D. de 2 años, sin que desde tal fecha se haya reintegrado al seno familiar, y desatendiendo así sus obligaciones matrimoniales y maternas.

FALLO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Debemos condenar y condenamos a la acusada R. M. G. L., en concepto de autora de un delito de abandono de familia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas con 15 días de arresto sustitutorio caso de impago, más la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de dicha pena privativa de libertad y pago de las costas procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Con sede en el artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el tercer motivo se denuncia la aplicación indebida del artículo 487 del Código Penal. Y ello en base a no haberse producido una salida maliciosa del domicilio familiar y seguirse un proceso civil de separación judicial. El abandono de familia quedó consumado cuando el día 3 de septiembre de 1985, R. M. G. L. se marchó del domicilio

ANTECEDENTES DE HECHO:

Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia se detallan en los fundamentos de la misma.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:**PRIMERO**

Los recurrentes casacionales, don J. y don I. S. L. —actores del pleito—, plantearon en el motivo una infracción de los artículos 200 y 210 del Código Civil, sosteniendo que si bien la sentencia recurrida, que confirmó la del Juzgado, decretó la incapacidad total y absoluta de su madre doña R. L. V., tanto para regir su persona como sus bienes, lo fue desde la fecha de la firmeza de la sentencia de primera instancia y no desde el año 1978 como integró el núcleo de la petición deducida en la demanda.

El artículo 200 del Código Civil contempla como supuestos de incapacitación los determinados por enfermedades psíquicas o mentales, las psicofísicas y las deficiencias o alteraciones de carácter físico, siempre que sean constantes, lo que hay que entender como de permanencia hacia el futuro y no hacia el pasado, como pretenden los recurrentes, lo que aleja toda alteración transitoria y que, en todo caso, como presupuesto sine qua non, impida al sujeto gobernarse por sí mismo en el aspecto personal como en el patrimonial.

La enfermedad que padece la madre de los actores casacionales ha sido calificada científicamente (dictamen del médico forense), como de hemiplejía con afasia de Broca, que la incapacita totalmente para la comunicación y hace que precise la ayuda constante de otras personas. Dada su acreditada condición de estable, en unión de las deficiencias físicas que le afectan, por desnutrición y atrofia senil general, producen incapacidad plena, que imposibilita un comportamiento normal, lo que el Juez también apreció en el examen personal practicado, y hace todo ello alcanzar la condición de persistencia a que se refiere el artículo 200 del Código Civil (sentencia de 10 de febrero de 1986). El enjuiciamiento y decisión, por consecuencia de la apreciación en conjunto del material probatorio, que llevó a cabo la Sala sentenciadora, es el correcto y *tratándose de una incapacidad total se excluye la aplicación del artículo 210 del Código Civil* (sentencia de 30 de enero de 1995).

Pretender el traslado de todas estas deficiencias a 10 años antes, simplemente por el interés patrimonial de los que recurren, resulta improcedente, ya

que lo que debe tenerse en cuenta es el estado de la enferma en el momento de su reconocimiento judicial y pruebas periciales practicadas en el pleito, que no autorizan para nada la retroactividad pretendida, sobre todo cuando ninguna probanza convincente se aportó en este sentido, con lo que el motivo ha de ser rechazado.

SEGUNDO

Los motivos dos y tres coinciden en denunciar indebida aplicación del artículo 208 del Código Civil, por error de derecho, con el pretexto de efectuar crítica casacional de la prueba médico-forense y sustituirla por la testifical del médico de familia en cuanto al certificado que expidió y fue acompañado con la demanda.

Las pruebas periciales, según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y constante doctrina jurisprudencial (sentencias de 20 de febrero de 1991 y 28 de febrero de 1992, entre otras), *son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas* (sentencias de 31 de marzo de 1967 y 10 de febrero de 1994). *El desacierto de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, lo que no hacen los recurrentes* (sentencias de 1 de octubre de 1990 y 15 de julio

de 1991). *En esta línea de razonamiento cabe ser impugnadas cuando las conclusiones valorativas a que llega el Tribunal de instancia contradicen abiertamente la racionalidad, conculcando las más elementales directrices de la lógica* (sentencias de 25 de noviembre de 1991, 10 de julio de 1992, 10 de marzo y 7 de noviembre de 1994, 3 de abril y 17 de mayo de 1995), *o no guardan la debida coherencia* (sentencia de 28 de marzo de 1993), *o se presentan contradictorias las conclusiones obtenidas* (sentencia de 11 de octubre de 1994).

No es el caso de autos, pues la Sala sentenciadora ponderó detalladamente la prueba médico-forense en relación a las demás practicadas, y si bien se informa que la enferma había sufrido unos 12 años ante un cuadro de embolia cerebral e inicialmente con coma, se sienta que se recuperó y no se precisa que la secuela de hemiplejía determinase que desde entonces estuviera afectada por estado de incapacidad plena.

Tampoco cabe inaplicación del citado precepto civil 208 en la versión que se aporta de revisión de las pruebas practicadas (confesional y testifical), por no resultar procedente.

En cuanto a la alusión, más que argumentación, de haberse prescindido de la audiencia de los parientes más próximos, esta sala ha declarado la necesidad de llevar a cabo tal actuación procesal, aunque haya que decir que el resultado de la audiencia no produce vinculación para el Juez y así, la sentencia de 20 de marzo de 1991 de-

claró que la materia objeto del debate afecta al orden público, pudiendo ser examinada de oficio, al contener el artículo 208 una norma imperativa de trascendencia constitucional. Las sentencias de 20 de febrero y 12 de junio de 1989 aprecian el quebrantamiento formal en que incurrió la Audiencia, al haber declarado situación de incapacidad, sin haber oído a los parientes más próximos, y al no haber practicado el examen judicial del presunto incapaz.

En el caso de autos, si bien no se produjo audiencia directa de los parientes más próximos de la incapaz, es decir, los hijos y el esposo, sin embargo se cumplió la norma, toda vez que fueron las partes litigantes todos ellos, pues dos de los hijos son los promoventes del pleito y con ello afirmaron su convicción, tanto por la relación directa con la madre, como por el dictamen que aportaron y otras circunstancias, aparte de darse imperativos intereses materiales; por lo que estos parientes obviamente han de ser excluidos de la audiencia. En cuanto a la otra hija, así como el esposo, figuran como demandados y si bien se les declaró rebeldes, tuvieron las oportunidades procesales para hacer las alegaciones que hubieran tenido por conveniente.

En reciente sentencia de 30 de diciembre de 1995 esta Sala de casación civil vino a decretar, respecto a esta cuestión, que no procede la audiencia respecto a los parientes que actúan como demandantes, así como los que intervienen en el proceso en situación

de litigantes demandados, aunque en aquel caso se personaron y contestaron y en el presente permanecieron en rebeldía por su voluntad, pero con todas las posibilidades de hacerlo, lo que haría inútil e incluso no posible su audiencia.

Los motivos se desestiman.

TERCERO

La no acogida de los motivos precedentes arrastra a los que siguen, cuarto y quinto, que aducen inaplicación de los artículos 1.261.1, 1.263.2, 1.275 y 1.276 todos ellos del Código Civil, en la procura, una vez más, incurriendo en censurable tautología casacional, de reputar incapaz a doña R. L. V. al tiempo de la venta que refleja el documento de 8 de marzo de 1988.

Las impugnaciones perecen, puesto que *la incapacidad decretada lo ha sido en sus efectos, desde la fecha de la firmeza de la sentencia del Juzgado y no con condición de retroactividad, conforme ya quedó estudiado, lo que incide en la validez de dicha compraventa, llevada a cabo por la madre en favor de la hija demandada doña A.-R. S. L. y con trascendencia a lo que ésta practicó posteriormente a los codemandados don M. G. C. y doña I. B. P., a medio de documento privado de 18 de marzo de 1988.*

Hay que entender, cumpliendo la sentencia, que todos los actos y contratos patrimoniales efectuados en fecha anterior a la resolución judicial son válidos en cuanto que la vendido-

«proveyéndose de un cuchillo de monte cuya hoja es de veintiún centímetros de largo y doble filo en su primera parte, entró en la habitación, encontrando en ella a G. J., que estaba apoderándose de dinero y joyas de su hermana, tratando el procesado de impedirlo, por lo que el otro se dirigió contra él empuñando un cuchillo de pequeñas dimensiones».

El Tribunal sentenciador en su fundamento jurídico tercero rechazó la aplicación de la eximente completa de legítima defensa mediante el argumento consistente en la falta de proporcionalidad entre el instrumento con que se produjo la agresión y el utilizado por el procesado para repeler la misma; y consecuentemente la verificación de si tal razonamiento es o no correcto constituye, el único tema decisorio.

Segundo.—La argumentación expresada no puede compartirse y por ello los motivos referidos han de ser estimados. En primer término, porque el argumento de la desproporción entre el instrumento de defensa (un cuchillo de monte con una longitud de hoja de 21 centímetros) con el de agresión (un cuchillo de cocina del que el relato fáctico no precisa sus características) no refleja con arreglo a criterios objetivos derivables de la común experiencia la existencia de una desproporción ostensible o notoria. Pero, más decisivamente, porque la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que el juicio de valor sobre la posible desproporción entre los instrumentos en manera alguna constituye un dato absoluto; y así las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1980 (13 de abril de 1987 y la 1.474/1994, de 18 de julio), expresan que *en relación a la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión, tal juicio de valor obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentren agresor y agredido* (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1989, 7 de mayo de 1991, 5 de junio de 1992, 30 de marzo de 1993; 1.630/

1994, de 24 de septiembre y 521/1995, de 5 de abril).

Se trata, por tanto, de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante* que en este caso revela con arreglo al transcrito pasaje del relato histórico la procedencia de estimar como completa la causa de justificación invocada en tales motivos en cuanto la entrada en el domicilio y la previa agresión de la víctima evidenciada por las lesiones defensivas comportan la racionalidad de la reacción; lo que determina como consecuencia obligada, la de estimar los recursos; al ser obvio que ya no procede examinar los restantes de ambas impugnaciones.

3. Penalidad

Sentencia de 2 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don Enrique Bacigalupo Zapater

La ejecución penal.

Penas privativas de libertad.

Refundición de condenas.

El segundo párrafo del artículo 70.2.^º del Código Penal debe ser entendido a partir de criterios propios de la disciplina del concurso de delitos. La conexidad se debe apreciar respecto de todos los hechos anteriores cuya fecha de comisión es anterior a la primera sentencia que adquirió firmeza. Las condenas posteriores por hechos cometidos después de esa fecha no son susceptibles de ser refundidas con las anteriores.

Legislación citada: Código Penal: artículo 70.2.^º

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El presente recurso de casación se fundamenta en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en él se alega la infracción del artículo 70, regla 2.^ª del Código Penal por el auto del Juzgado de lo Penal número 1 de Girona de 6 de marzo de 1995. Alega la Defensa que la denegación

de acumulación de penas decidida por el Juez de lo Penal choca contra «un objetivo constitucional», por razones fundadas en meros «preceptos de carácter adjetivo o procesal, sin relación con el fondo de la cuestión debatida». El Ministerio Fiscal apoyó parcialmente la pretensión de la Defensa.

1. Desde la sentencia del Tribunal Supremo número 700/1994, esta Sala viene sosteniendo que el segundo párrafo del artículo 70.2.º del Código Penal debe ser entendido a partir de criterios propios de la disciplina del concurso de delitos. En este sentido la Sala ha afirmado que la conexidad se debe apreciar respecto de todos los hechos anteriores cuya fecha de comisión sea anterior a la primera sentencia que adquirió firmeza. Por el contrario, las condenas posteriores por hechos cometidos después de esa fecha no son susceptibles de ser refundidas, aunque respecto de ellas se deben repetir el mismo procedimiento.

2. De acuerdo con los datos sobre la fecha de comisión de los hechos que dieron lugar a las condenas (ver auto recurrido, fundamento jurídico primero) y de la firmeza de las sentencias, resulta que en el presente caso se deben acumular:

a) Las sentencias referentes a los hechos cometidos el 14 de mayo de 1981, 11 de octubre de 1983, 5 de diciembre de 1983 y 23 de diciembre de 1983, dado que todos ellos pudieron ser Juzgados antes en el proceso en el que recayó la sentencia de 24 de abril de 1984, que adquirió firmeza el 5 de mayo de 1984. Sin embargo teniendo en cuenta que la suma de las penas aplicadas en las sentencias respectivas no alcanza al triplo de lo más grave, que fue de 3 años de prisión menor, y sólo alcanza a 7 años, 10 meses y 2 días, la acumulación aritmética de las penas no infringe el límite del artículo 70.2.º del Código Penal.

b) Las penas impuestas por los hechos cometidos con posterioridad al 5 de mayo de 1984, es decir el 23 de octubre de 1986 y 13 de enero de 1987 no pueden ser acumuladas a las anteriores, dado que la regla del artículo 70.2.º del Código Penal no autoriza a seguir delinquiendo impunemente después de haber sido condenado. Estos hechos fue-

ron sancionados igualmente con penas (6 años y 6 meses de prisión mayor y 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor) cuya suma no supera el triplo de lo más grave.

c) Asimismo los hechos cometidos luego de la firmeza de la sentencia de 12 de marzo de 1987, que tuvo lugar el 21 de septiembre de 1992, dieron lugar a las sentencias de 17 de septiembre de 1991, en la que se condenó al recurrente a 2 meses y 1 día de arresto mayor, y a la de 13 de enero de 1992, en la que se le aplicó 4 años, 9 meses y 11 días de prisión menor. Tampoco en este caso la suma aritmética de las penas no supera el triplo de la más grave.

4. Prescripción

Sentencia de 14 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

Prescripción.

De las faltas.

En procedimiento seguido por delito.

El término prescriptivo de las faltas no es aplicable cuando tanto la instrucción sumarial como la calificación jurídica de la acusación se refieren a la posible existencia de una o varias infracciones delictivas de grado superior, cuya temporalidad prescriptiva es la única que debe ser tenida en cuenta.

Legislación citada: Código Penal: artículos 113 y 587.1.º.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El tercer y último motivo casacional se formula al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 587.1.º del Código Penal e inaplicación del artículo 113 del Código Penal al entender el recurrente que se le ha condenado como autor de una falta de hurto cuando los hechos ya habían prescrito, conforme al artículo 113 del Código Penal.

II. PARTE ESPECIAL

1. Falsedades

Sentencia de 9 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don José Antonio Martín Pallín

Falsedad.

En documento oficial.

Comisión por imprudencia.

Principio acusatorio.

Falsedad dolosa y falsedad culposa: heterogeneidad.

Es posible la realización culposa de las falsedades excluyéndose los casos en que expresamente se incorpora el dolo o la tipicidad empleando expresiones como «a sabiendas», «intención de lucro o de perjudicar a otro», «ánimo de causar perjuicio» o cuando se libre certificado falso con el fin de eximir a una persona de un servicio público.

Si la acusación se formuló por delito doloso y el Tribunal condenó por delito culposo, ello constituye un cambio de acusación sorpresivo y la asunción de cuestiones jurídicas no debatidas por las partes que vulnera el principio acusatorio.

Legislación citada: Código Penal: artículos 302 y 565.1.º

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo segundo de este recurrente se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado indebidamente el artículo 565.1.º en relación con el artículo 302 ambos del Código Penal.

1. El núcleo básico del motivo radica en mantener que no es punible la falsedad imprudente en documento oficial. Sostiene que el ánimo falsario se integra por la alteración de la verdad genuina y por la concurrencia de la voluntad real de alterarla. Añade que cuando la conducta objetivamente típica se realiza con una finalidad inocua, sin la menor lesividad potencial, ha de re-

putarse irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal.

Como señala el Ministerio Fiscal es doctrina reiterada y constante la posible realización culposa de las falsedades, excluyéndose los casos en que expresamente se incorpora el dolo a la tipicidad empleando expresiones como a sabiendas, intención de lucro o de perjudicar a otro, ánimo de causar perjuicio o por último, cuando se librare certificado falso con el fin de eximir a una persona de un servicio público.

2. La cuestión debatida no gira en torno a la concurrencia de un específico dolo falsario y a la posibilidad de la valoración de una conducta imprudente como constitutiva de un delito de falsedad, sino en la posibilidad de condenar por un delito cometido en su modalidad culposa cuando la acusación inicial y no alterada se centraba en la comisión dolosa de esa misma figura delictiva.

El Ministerio Fiscal, única parte acusadora, calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial de los artículos 302.2.º, 4.º, 7.º y 9.º del Código Penal y artículo 69.bis del mismo texto legal, mientras el recurrente se limitó a manifestar su disconformidad con las conclusiones del Ministerio Público. El contenido fáctico del escrito de calificación imputa al recurrente la realización material de la compulsión de varias tarjetas de transporte sin que mencione para nada, la abundante cantidad de trabajo que pesaba sobre el acusado como explicación de su conducta negligente.

No obstante la sentencia recurrida transforma el delito doloso en culposo, alterando asimismo los presupuestos fácticos que sirven de base para la calificación jurídica. Frente a una acusación por delito doloso que, según el parecer de la Sala no estaba fundada, imputa al acusado, sin darle oportunidad de defenderse de ello, una ausencia de la debida atención en la realización del acto de compulsión. El cambio en la acusación supone una actuación sorpresiva asumiendo cuestiones jurídicas no debatidas en el juicio ni consideradas por las partes. Es el hecho asumido por la calificación definitiva de la acusación, el que marcaría los lí-

mites del principio acusatorio. No cabe la punición por un delito distinto o por una modalidad comisiva diferente de la que ha sido objeto de acusación. La estructura y la forma comisiva de un delito culposo es radicalmente distinta de la que tiene una modalidad dolosa de ese mismo delito. Aunque se descende en la medida de la culpabilidad no se respetan los antecedentes fácticos del escrito de la calificación definitiva, por lo que hay posibilidad de defenderse frente a esta nueva versión de los hechos.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Sentencia de 9 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don José Antonio Martín Pallín

Falsedad.

En documento privado.

Casuismo.

Fotocopias.

La obtención de fotocopias de documentos oficiales, la sustitución en ellas de la identidad de los titulares verdaderos, y la obtención de nuevas fotocopias del documento así alterado para presentarlas ante un organismo público e inducir error sobre su autenticidad, integra una falsificación en documento privado —concepto que merecen las fotocopias— que tiene su encaje en los artículos 306 y 302.9.º del Código Penal.

Legislación citada: Código Penal: artículos 306 y 302.9.º.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La tesis de la parte recurrente esquemáticamente expuesta, consiste en mantener que los artículos anteriormente citados, han sido indebidamente aplicados ya que todos los documentos en los que se fundamenta la falsificación son fotocopias que, por tanto, no constituyen documento oficial.

Olvida la parte recurrente que no ha sido condenada por falsedad en documento oficial sino por falseamiento de un documento

privado por lo que el eje de la cuestión se desplaza hacia la determinación de la naturaleza del documento alterado y la mecánica seguida para conseguirlo. Ateniéndonos al hecho probado podemos comprobar que al acusado se le imputa la obtención de fotocopias de documentos auténticos y una vez logradas, alteraba los nombres de los titulares verdaderos utilizando un líquido tipex para borrarlos y poniendo encima el nombre de la firme comercial que había constituido con otro de los inicialmente acusados. Sobre esta fotocopia alterada se obtenía una nueva fotocopia era la que se presentaba para compulsar en la oficina de la Delegación de Transportes.

2. Es indudable que toda la maniobra falsaria realizada a partir de la primera fotocopia estaba encaminada a la confección de un documento simulado que incuestionablemente inducía a error sobre su autenticidad. Esta conducta tiene su encaje en el apartado 9.º del artículo 302 del Código Penal y al recaer sobre una fotocopia —documento privado como ha señalado una reiterada doctrina de esta Sala—, se incardina perfectamente en el artículo 306 que castiga las modalidades falsarias del artículo 302 realizadas sobre un documento privado.

2. Delitos contra la salud pública

Sentencia de 2 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don Joaquín Delgado García

Tráfico de drogas.

Gravedad de la droga.

Anfetamina.

La anfetamina es sustancia que causa grave daño a la salud. La determinación del grado de pureza de esta sustancia no es necesaria para calificar su gravedad, que siempre la tiene, sino solamente para determinar si procede o no la aplicación de la agravación específica por notoria importancia.

Legislación citada: Código Penal: artículo 344.

Tercero.—Por evidentes exigencias de coherencia fundamentadora procede alterar el orden sistemático elegido por el recurso conjunto y examinar ahora el cuarto y final motivo de la impugnación, que procesalmente residenciado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega la vulneración por aplicación indebida al coacusado señor G. J. B. del artículo 14 del Código Penal y por falta de aplicación del artículo 16 del mismo cuerpo legal sustantivo, fundándose en que su compartimento no rebasa la esfera de la complicidad al haberse limitado a la formalización del dictamen contenido en el documento referido en motivos anteriores.

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado en aplicación del artículo 885.1.º de la tantas veces citada Ley procesal, en tanto en cuanto una vez más se incurre en el confusiónismo consistente en limitar la autoría a los actos de ejecución material y no al comportamiento descrito en la norma. Es obvio que la «indicación prevista en el artículo 417.bis del Código Penal prevé precisamente y como necesarias dos conductas: el dictamen de especialista distinto al que practica materialmente la interrupción del embarazo y la de este último, y ambos realizan el tipo en estricta aplicación del mismo, ya que constituyen un acto médico complejo en el que no bastaría para darle apariencia de legalidad con la existencia de una sola de ambas conductas, que se presentan así normativamente como un simple reparto de papeles en la realización del tipo de injusto si no se dan los presupuestos legales; por lo que procede desestimar el presente motivo.

Cuarto.—Finalmente, el motivo tercero del recurso, tiene sede procesal en el mismo artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y alega la vulneración por falta de aplicación del precepto penal sustantivo contenido en el artículo 6.bis.a) del Código Penal que postula la existencia en la acusada señora M. R. de un error invencible de prohibición, debe, por el contrario, ser estimado. A la referida acusada, carente de conocimientos médicos y jurídicos, no le era exigible ir más allá de comprobar fuera de lo dictaminado por el médico y la condición

de centro autorizado al que acudió si existía o no la situación viabilizadora de la aplicación de la referida indicación y bastaba con el dictamen facultativo (aunque fuera emitido por un carente de la especialidad legalmente requerida) para reputar existente dicha situación y, por ello, debe estimarse que tenía una carencia fundada y por tanto invencible de estar obrando lícitamente al prestar su consentimiento para el cese de la gestación.

Sentencia de 5 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón

Lesiones.

Graves.

Empleo de armas o instrumentos peligrosos.

La utilización de un automóvil en marcha para causar lesiones arrollando o atropellando a la víctima, supone el empleo de un instrumento susceptible de causar un grave daño determinante de la aplicación del artículo 421.1.º del Código Penal.

Legislación citada: Código Penal: artículo 421.1.º.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—También por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia violación del número 1.º del artículo 421 del Código Penal al entender el recurrente que no se debió valorar la utilización del automóvil como un instrumento susceptible de causar grave daño.

El artículo 421.1.º del Código Penal considera como agravación de las lesiones que en la agresión se hubiesen utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, modos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladores de una acusada brutalidad de la acción. Como señala la sentencia impugnada es evidente que un turismo, por sus características, es susceptible de causar graves daños, que es

Décimo.—Como consecuencia de lo antes expuesto es conclusión ineludible la también desestimación del *tercer motivo* aducido, con base en los artículos 849.1 procesal y 5.4 orgánico, por supuesta vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica del ya repetido artículo 9.3 de la Constitución.

Los *motivos cuarto y quinto* se apoyan en el supuesto error de derecho del artículo 849.1, por estimar indebidamente aplicados, respectivamente, los artículos 257 y 258 en cuanto al delito de depósito de armas y municiones de defensa, y a los artículos 303 y 302.4 en cuanto a la falsedad documental. Finalmente el *sexto motivo*, en análoga vía casacional, denuncia la *indebida inaplicación de los artículos 309 y 308, igualmente del Código Penal*, que el recurrente estima debieron tenerse en cuenta en lugar de la falsedad del documento de identidad. Quiere decirse entonces que se asume la condena por el delito de uso público de nombre supuesto del artículo 322 del Código Penal. Los hechos acogidos en el *factum* recurrido, cuyo respeto ahora es obligado, fundamentan las dos infracciones impugnadas.

1. El depósito de armas y municiones de defensa del artículo 257.2, en relación con el artículo 258, supone desde luego el depósito de retener, de guardar o de custodiar si no de manera definitiva, sí al menos con cierta permanencia, como contraria a lo transitorio y esporádico, aspecto este más cercano a la tenencia ilícita del artículo 254. La definición del tipo no plantea mayores problemas en tanto que la detentación, *con disponibilidad*, de varias de ellas proclaman el delito (ver la sentencia de 21 de abril de 1994). En este caso tratábase de numerosas armas, rifles, fusiles, pistolas semiautomáticas, pistolas de dos cañones y escopetas de cañones superpuestos.

2. La falsedad documental continuada asumida por la Audiencia se basa, como infracción continuada, en la reiterada manipulación falsaria llevada a cabo respecto de los distintos documentos oficiales que el relato fáctico pormenoriza. Documento Nacional de Identidad, permiso de conducir, licencia de armas, guías de pertenencia y tarjeta de identificación fiscal. El carácter y naturaleza de los mismos como documentos oficiales es patente.

Acontece sin embargo que el documento de identidad falsificado podría encajar, en su tipología penal, dentro de las características contenidas en los artículos 308 y 309, precisamente los que el recurrente estima indebidamente inaplicados en su sexto motivo. En este sentido no se entiende muy bien la reclamación que se formula. Porque su condena con independencia y aparte de las restantes falsedades quebrantaría todas las prevenciones inherentes al principio acusatorio. Como ésa no puede ser la pretensión de la defensa, sólo cabría hablar de una condena postulada en sustitución de la falsedad continuada de antes, lo que tampoco sería aquí admisible si los hechos probados acreditan la también inveracidad de los restantes documentos oficiales distintos al documento de identidad.

Los tres motivos han de ser desestimados.

Sentencia de 6 de febrero de 1996

Ponente: Excmo. Sr. Don José Antonio Martín Pallín

Entrada y registro.

En domicilios particulares.

Requisitos del auto.

Identificación de la vivienda y no del morador.

El auto en el que se recoge el mandamiento judicial es válido, porque aunque no se identifica al titular del domicilio por su nombre y apellidos, sí establece con precisión cuál es la identificación topográfica del domicilio sobre el que recaen las sospechas y que se manda registrar.

Legislación citada: Constitución española: artículo 18.2.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar que se ha producido la vulneración del artículo 18.3 de la Constitución en relación con el artículo 11.1 del texto legal primeramente citado.

I. PRESENTACIÓN

POR

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

1. La presente Sección de Derecho de Sociedades se ocupa de temas de interés permanente y de temas de la más rabiosa actualidad.

En los Estudios Doctrinales figuran cuatro extensos trabajos, que se ocupan de cuatro temas fundamentales del Derecho de sociedades, agrupables en dos capítulos: organización corporativa y organización financiera.

En primer lugar, destaca el valiosísimo trabajo del profesor doctor Giuseppe Portale, «Grupos y capital social», que debido a la gentileza de su autor se publicó en el número de diciembre de 1995, en forma de «ponencia», tal como había sido expuesto en el Congreso de Venecia sobre Grupos de Sociedades. En el presente número se publica totalmente revisado y con el aparato de citas bibliográficas que lo convierten en una de las aportaciones científicas más sugestivas del autor. El profesor Portale, en esencia, apuesta por construir una noción de capital (real) de grupo, generalizando normas que hasta hoy sólo contemplan el problema en las entidades del Mercado Financiero.

El trabajo del doctor Procuratore Marco Lamandini, «Notas sobre el control adjunto», se ocupa de un tema básico sobre la organización corporativa del grupo, en el que el autor es un especialista, examinando los textos legales, doctrina y jurisprudencia que le llevan a concluir que existe el supuesto de «control conjunto» (o «influencia dominante conjunta»), distinto al supuesto de control individual ejercido con ayuda de pactos de sindicación de voto.

El extenso estudio de la doctora Aránzazu Pérez Moriones sobre «El voto en el Derecho societario español», constituye un necesario complemento de su libro «Los sindicatos de voto para la Junta general de la Sociedad Anónima», recién publicado, con un prólogo nuestro, en la «Biblioteca Jurídica Cuatrecasas», por Editorial Tirant lo Blanch y Fundación Cuatrecasas. Tanto este artículo como el libro formaban parte de su tesis doctoral, dirigida por mi. En este trabajo la autora estudia la naturaleza del voto en el Derecho de sociedades, entendido éste en sentido amplio, y lo presenta con razón como el derecho más importante del socio; en segundo lugar, el principio de libertad en el ejercicio del voto, estudiando sus tres límites clásicos: el principio de unidad de ejercicio del voto, la prohibición legal de

II. ESTUDIOS DOCTRINALES

Grupos y capital social (*)

POR

PROFESOR DOCTOR GIUSEPPE B. PORTALE
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Católica de Milán

SUMARIO: 1. Especialidad (aunque sólo tendencial) de los problemas del capital social en los grupos y carencias de las normativas nacionales. Las propuestas *de lege ferenda* contra la formación de «pirámides de capital y/o de crédito (o de garantía)»: De la previsión de un «Konzernmindestkapital» como capital social mínimo de la sociedad matriz a la necesidad de tutela del «capital consolidado del grupo». La posición de «acreedores estructuralmente postergados» de los acreedores de la sociedad matriz.—2.1. La falta *de iure condito* de una obligación de «capitalización del grupo» en los países de la Unión; No es el «Konzern» sino las sociedades concretas que lo componen las que pueden estar infracapitalizadas. Las experiencias en el Derecho comparado en materia de infracapitalización «material» y «nominal» de las sociedades que forman parte de un grupo: La infracapitalización como problema de Derecho societario común. La imputación a la sociedad matriz de una «responsabilidad por la correcta financiación» de las sociedades controladas.—2.2. Grupos e «infracapitalización» en el Derecho italiano: Entre la responsabilidad de la dominante por la lesión (del crédito o) de la «integridad patrimonial» y la «Durchgriffshaftung». ¿Responsabilidad de la dominante como responsabilidad por la «confianza en el grupo»?—2.3. (Sigue) Grupos y «préstamos sustitutivos del capital». Sistema de financiación centralizado, *cashmanagement* y recalificación forzosa de los préstamos. «Infracapitalización nominal» y «préstamos» entre sociedades «hermanas» (o a sociedades «sobrinas»).—3.1. La «distinta dimensión» que tienen las normas sobre la formación del capital social en el ámbito de grupo: El caso de las «aportaciones *in natura* indirectas enmascaradas».—3.2. Aceptación en garantía de acciones de la sociedad dominante y asistencia financiera de las sociedades dominadas para la adquisición de las mismas. Las sanciones.

1. «El peligro implícito en estos grupos [de varias sociedades en torno a una que las controla] no se encuentra... en su funcionamiento, sino que puede surgir de la formación del capital con el que las distintas sociedades se presentan frente a terceros» (Exposición de Motivos del Código Civil italiano, número 963, Sección titulada «De los grupos de sociedades y de las participaciones»). A pesar de que la afirmación transcrita se encuentre inspirada por una visión reduccionista de los grupos de sociedades que oscurece otras cuestiones

(*) Trad. doctor CARLOS SALINAS.
Profesor Ayudante E. U. de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

importantes ligadas a este fenómeno (1), esta prueba que el legislador del 42 era ya en alguna medida consciente de lo que desde hace poco más de una década parte de la escasa doctrina que se ha ocupado del tema subraya (2): la especialidad de los problemas que *a menudo* presenta la formación del capital de las sociedades pertenecientes a un grupo y la tutela de su integridad (sin embargo, desde ahora es conveniente que tengamos bien presente el planteamiento metodológico para el que no es necesario alejarse del Derecho de sociedades general en favor de un «Derecho especial» de los grupos) (3).

Sin embargo —aparte de las normas que en los distintos sistemas, quizás sólo para transponer las Directivas comunitarias, se dedican a la prohibición del derecho de suscripción de acciones o participaciones de la sociedad dominante (artículo 2.359-*quinquies* del Código Civil italiano) o a los límites a la adquisición de acciones o participaciones de la misma (artículo 2.359.bis del Código Civil italiano), por la sociedad controlada (normas que, aunque sea indirectamente y de una forma «refleja», representan fragmentos de lo que sería un «Konzernrecht») —, raramente en los derechos nacionales se encuentran normas sobre el tema que examinamos.

En este sentido —dejando de lado la cuestión de si efectivamente deben ser consideradas como normas específicas del Derecho de grupos en tutela de la conservación del capital social (4) las conocidas normas de los §§ 302 (obligación de la sociedad dominante de asumir las pérdidas de la sociedad dominada) y 303 (obligación de la sociedad dominante de prestar garantía a los acreedores de la sociedad dominada) de la *Aktiengesetz* alemana, relativos a los grupos contractuales, a los que ahora se ajustan, con modificaciones, los artículos 501 y 502 del Código de Sociedades Mercantiles portugués (5) — se pueden recordar el § 110, *stk. 2, lovom aktieselskaber* danés de 1973 (el texto por mí consultado es de 1992) y el § 2 *kap. 12 aktiebolagslag* sueco de 1975 (texto consultado de 1985) (6). El primero impide a la sociedad matriz

(1) PATRONI GRIFFI, U., «“Fiduciary duties” e gruppi di società», en *Giur. Comm.*, 1994, I, pág. 887 y ss.

(2) SCHNEIDER, «La disciplina del finanziamento nel “Konzern”», en *Riv. soc.*, pág. 995 y ss.; ID., «Die Gründung von faktischen GmbH-Konzernen. Zuständigkeiten und Finanzierung», en HOMMELHOFF u. SEMLER (*Hrsg.*), «Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht», en *ZHR* Número especial 6, Berlín-Nueva York, 1986, pág. 135 y ss.; WIEDEMANN, *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen, 1988, pág. 8 y ss.; LUTZ, en KLEINER u. LUTZ, «Komm. zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen», Zürich, 1994, *Art. 4, Rdn. 54.* (implícitamente).

(3) SCHMIDT, K., «Die wundersame Karriere des Unternehmensbegriffs im Reich der Konzernhaftung», en *AG*, 1994, pág. 190: «... la presencia de un grupo de empresas no obliga a producir o aplicar en todo caso “Konzernrechtregeln”. La cuestión consiste, más bien, en aplicar en primer lugar la teoría general del Derecho de Sociedades».

(4) ULMER, «Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz», en *AG*, 1986, pág. 124 y ss.; STIMPEL, «“Durchgriffshaftung” bei der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung», en *Festschrift zum 65. Geburtstag von R. Goerdeler*, Düsseldorf, 1987, pág. 610. Contra, LUTTER, «Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern», en *ZIP*, 1986, pág. 1.434; ID., «Haftungsfragen in der Holding», en LUTTER (*Hrsg.*), *Holding-Handbuch*, Köln, 1995, F. 63, pág. 256 (responsabilidad por la dirección incorrecta del grupo).

(5) ANTUNES, E., *Os grupos de sociedades*, Coimbra, 1993, pág. 741 y ss.; LUTTER u. OVERRATH, «Das portugiesische Konzernrecht von 1986», en LUTTER (*Hrsg.*), «Konzernrecht im Ausland», *ZGR* Número especial 11, Berlín-Nueva York, 1994, pág. 229 y ss.

(6) Las dos normas (aunque la danesa tenía un texto algo distinto) fueron ya citadas por SCHNEIDER, «La disciplina del finanziamento», cit., pág. 1.018.

Aplicación de resultados y defensa del capital social. De nuevo sobre la crisis (presunta) de la noción de capital social

POR

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE APLICACIÓN DE RESULTADOS Y PRINCIPIO DE LIBRE APLICACIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE SALVAGUARDA DE LA INTEGRIDAD DE CAPITAL DEL ARTÍCULO 213.1 LSA. II.1. Derecho histórico y positivo. II.2. Fundamento de la regla de correspondencia mínima entre capital social y patrimonio. II.3. La supuesta crisis del concepto de capital social: La relativa inoperancia de la regla de salvaguarda del capital social. II.3.1. *El problema previo de calificación: las dificultades para la determinación del «patrimonio neto contable».* II.3.2. *La eficacia de la norma descansa sobre la aplicación (correcta) de reglas contables. La presunta relatividad de los beneficios.* II.3.3. *La ineficacia en «términos reales» de la regla de retención: las limitaciones derivadas de la estabilidad de la cifra de capital.* II.3.4. *La regla es inservible para garantizar suficiente liquidez, suficiente cobertura del activo circulante o evitar el sobreendeudamiento (típicos «tests» de solvencia a corto y a largo plazo de la empresa social).* II.3.5. *La norma ignora la existencia de grupos y de operaciones vinculadas.* II.4. La defensa de la regla jurídica del artículo 213 LSA. La crítica de la crítica. II.4.0. *Una experiencia de Derecho comparado. La «revolución americana».* II.4.1. *El cómputo de los recursos propios. Su (posible) calificación jurídica.* II.4.2. *La irrelevancia jurídica del supuesto principio económico-financiero o contable de la «relatividad del resultado».* II.4.3. *La posible corrección contable a los peligros de la inestabilidad monetaria.* II.4.4. *Conclusión. La conveniencia de mantener la regla tradicional. Sobre el deber de salvaguarda de la integridad patrimonial frente a una manifiesta infracapitalización.*—III. LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS Y LAS OTRAS REGLAS DE SALVAGUARDA DEL CAPITAL SOCIAL. REVISIÓN CRÍTICA. III.1. El preceptivo saneamiento del «activo ficticio». III.2. La financiación con recursos libres de la adquisición de la autocartera. III.3. Limitación a la distribución de dividendos en caso de previa reducción «nominal» de capital: artículo 168.4 LSA. III.4. El sobreendeudamiento como límite a la distribución de reservas en caso de emisión de obligaciones. Artículo 289 LSA.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE APLICACIÓN DE RESULTADOS Y PRINCIPIO DE LIBRE APLICACIÓN

El artículo 213 de la LSA, también aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión que se hace al capítulo VII LSA en el artículo 84 LSRL, y aplicable igualmente a ese incómodo e impopular tipo híbrido que es la sociedad comanditaria por acciones ex artículo 152 del Código de Comercio, pasa por ser un precepto fundamental en la dogmática del capital social. Sorprende que falten todavía estudios de

detalle sobre el particular, especialmente en lo relativo al fundamento de la regla de mantenimiento de la integridad de capital que en su párrafo segundo se contiene.

En su estructura, el artículo 213 LSA es ciertamente complejo. Versa, como la misma rúbrica del artículo anuncia, sobre la aplicación del resultado.

En Derecho positivo español no existe el término legal de «distribución de beneficios» (cf. artículo 15.1.d) de la Directiva 77/91/CEE), sino el de «aplicación de resultados» (artículos 95, 213 y 171.1 LSA).

El término «aplicación de resultados» es más amplio que el tradicional de «distribución de beneficios» (1) utilizado en los artículos 107 y 108 de la LSA de 1951, porque la aplicación de resultados integra junto al reparto de dividendos (artículo 213.2, párrafo 1, LSA) otras aplicaciones «contables» que incluyen el saneamiento de pérdidas (artículo 213.2, párrafo, 2 LSA) o las dotaciones de reservas (cf. artículo 214 LSA y otros concordantes).

El concepto «distribución», por contra, tiene un significado más estrecho: está generalmente vinculado al reparto de dividendos. Así se habla de la «distribución» de cantidades a cuenta de dividendos en el artículo 216 LSA y de la restitución de los dividendos irregularmente distribuidos en el artículo 217 LSA.

En suma: mientras que la distribución de resultados es negocio jurídico de disposición patrimonial que resuelve el tránsito de bienes/derechos del patrimonio de la sociedad al de los socios (o al de terceros, eventualmente), la aplicación de resultados engloba negocios que no son de disposición patrimonial. Se «aplican resultados», por ejemplo, cuando se transfieren los saldos de unas partidas a otras partidas del pasivo y se recalifican las cuentas.

Ambos conceptos se confunden fácilmente en el lenguaje corriente. El legislador a veces emplea indistintamente el término distribución de resultados (o de beneficios) cuando quiere decir aplicación de resultados: *vid.* por ejemplo en el apartado 3 de la Memoria que se intitula —incorrectamente— distribución de resultados y que recoge (sic) la propuesta de «distribución de beneficios».

En atención al *origen de los fondos* (la «base de reparto» de la aplicación de resultados) la expresión «aplicación de resultados» es excesivamente amplia: en puridad los únicos resultados que se aplican/distribuyen son los resultados positivos (e. d.: los beneficios). Los resultados negativos (pérdidas del ejercicio o de ejercicios anteriores) no se aplican o distribuyen en sentido técnico (no son «cargo» del estado contable «aplicación de resultados»), sino que se compensan o sanean (un «abono» o «aplicación»). Esto no significa que no sea posible la aplicación de resultados en aquellos ejercicios en que existan pérdidas (resultados negativos). Antes al contrario: los ejercicios con pérdidas exigen —como todos— su correspondiente acuerdo de aplicación que puede incluso consistir en distribución de dividendos (de existir reservas de otros ejercicios anteriores que las compensen) y en otras aplicaciones ... o reducirse al traspaso del saldo negativo de la cuenta de pérdidas y ganancias a la cuenta «resultados negativos de ejercicios anteriores» que figura en el pasivo del balance.

A la vista del artículo 213 LSA y del artículo 171.1 LSA podemos describir la «aplicación de resultados» como aquella decisión social, adoptada en méritos del co-

(1) Por todos: ILESCAS ORTIZ, R., Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VIII; vol. 2, Ed. Civitas, pág. 194 y s.

2. NOTAS

A) Denominación social

RESOLUCION DE 22 DE DICIEMBRE DE 1995

(Dirección General de los Registros y el Notariado, Boletín Oficial del Estado, número 13, de 15 de enero de 1996)

«Airtel, Sociedad Limitada»

I. SUPUESTO DE HECHO

El 5 de junio de 1995 la sociedad «Airtel, Sociedad Limitada» presentó en el Registro Mercantil Central solicitud de reserva a su favor de las denominaciones «Airtel Móvil C.M., Sociedad Anónima» y «Airtel C.M., Sociedad Anónima». Don José Luis Benavides del Rey, Registrador Mercantil Central expidió la certificación número 95.114.218: «Conforme a los criterios de calificación que resultan de los artículos 372 y 373 del Reglamento del Registro Mercantil y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, figuran registradas las denominaciones siguientes: «Airtel Móvil, C.M., Sociedad Anónima», «Airtel C.M., Sociedad Anónima». Madrid, a 6 de junio de 1995.

Esta certificación indicaba que tales denominaciones habían sido reservadas a favor de otra sociedad, «Alianza Internacional de Redes Telefónicas, Sociedad Anónima», mediante las correspondientes certificaciones de 23 de enero de 1995.

El Letrado de «Airtel, Sociedad Limitada» interpuso recurso de reforma contra la calificación contenida en aquella certificación, alegando: que se supone que tales denominaciones no son utilizables (por la citada sociedad anónima) por pertenecer a la «Airtel, Sociedad Limitada» (arts. 272 y 273 del Reglamento del Registro Mercantil); que deben considerarse no inscritas por virtud

del concepto de identidad (no es aplicable el artículo 373.1 del Reglamento); la excepción 2a. del art. 373.1 del Reglamento sólo es utilizable por «Airtel, Sociedad Limitada»; no es aplicable el apartado 1 del artículo 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991 que autoriza al Registro a no tener en cuenta la unión o división de palabras de una denominación que ya consta en el Registro, ya que iría en contra de la jerarquía normativa, al violar el art. 373-1-2a del Reglamento; conllevaría la apertura de una vía para ocasionar confusiones gravísimas en el tráfico; por último, para el caso de que no se admita el recurso, se entienda interpuesto recurso previsto en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, al objeto de declarar la nulidad de la reserva de tales denominaciones, la cual no produce asiento registral tutelable hasta la inscripción en uno de los Registros Mercantiles Territoriales, debiendo aplicarse la suspensión prevista en el artículo 72 de la Ley 30/1992.

El Registrador mercantil central consideró ajustada a Derecho la certificación desfavorable recurrida, alegando que la denegación de las denominaciones para «Airtel Sociedad Limitada» resulta del art. 372 del Reglamento pues ya habían sido concedidas a la otra sociedad; el plazo de vigencia de la reserva de ésta es de 15 meses; los términos «C.M.» y «Móvil C.M.» añadidos a la palabra «Airtel» no tienen la consideración legal de genéricos o accesorios, al no figurar incluidos en la lista del art. 10, apartado 3 de la Orden y tienen suficiente «virtualidad diferenciadora» (según señala la resolución de 21 de marzo de 1995); por tanto, cuando se concedieron estas denominaciones no era necesaria la autorización de «Airtel, Sociedad Limitada»; por último, que no procede aplicar la Ley 30/1992 ni, por tanto, la suspensión del acto prevista en su artículo 72.

ciente sentencia ha cambiado de criterio (ver STS. de 21 de octubre de 1994, R. 9.036, caso «Hernández Pérez», ver comentario, favorable a la sentencia, de M. MONTEAGUDO y J. R. SALELLES, en RGD 1995, págs. 5.473 y ss.; y la referencia detallada a toda esta jurisprudencia en VICENT, «Introducción al Derecho mercantil», 8.ª ed., pág. 470).

FRANCISCO VICENT CHULIÀ

B) Objeto social

RESOLUCIÓN DE 11 DE DICIEMBRE DE 1995

(Dirección General de los Registros y el Notariado, Boletín Oficial del Estado, número 15, página 1.348)

«Sunlight, S. L.»

Calificación negativa de la inscripción en el Registro de escritura de elevación a público de acuerdos sociales. Objeto social. Retribución y responsabilidad de los administradores.

Preceptos estudiados: Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953; artículos 13.b) y 66.2 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, artículos 117, 124.3.º y 8.º del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.

I. SUPUESTO DE HECHO

1. El 5 de diciembre de 1991 el Notario de Arrecife don J. M. R. del C., autorizó una escritura de elevación a público de acuerdos sociales en virtud de la cual se daba nueva redacción a los Estatutos de la entidad «Sunlight, S. L.». En estos acuerdos se establecía como objeto de la sociedad «... la compraventa, construcción, promoción, explotación y administración de establecimientos hoteleros de todo tipo, especialmente de apartamentos y aparthoteles y locales comerciales y demás actividades relacionadas con la actividad turística» y se fijaba la retribución y responsabilidad de los administradores en los siguientes términos: «El

cargo de administrador será retribuido mediante el pago de una cantidad fija. Además, tendrá una participación en los beneficios sociales con las limitaciones establecidas en el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas. También se abonarán al Administrador o Administradores, previa su justificación, los gastos que le hubiera ocasionado cualquier gestión hecha en interés de la sociedad...»

2. Tras la presentación de la escritura en el Registro Mercantil de Las Palmas, se suspendió la inscripción por adolecer de los siguientes defectos subsanables: 1. Ser contrario el inciso «y demás actividades relacionadas con la industria turística» con la regla general de determinación *precisa y sumaria* de las actividades que integran el objeto social contenida en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, originándose con dicha indeterminación la posible invasión de actividades sujetas a legislación especial; 2. Ser contrario el régimen de retribución de los estatutos al contenido del artículo 130 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al no fijarse el porcentaje de la participación en beneficios.

3. El administrador de la «Sunlight, S. L.», interpuso recurso gubernativo contra la nota anterior alegando, en primer lugar, que la única actividad turística cuyo ejercicio está sujeto a licencia previa son las agencias de viajes. Esta actividad requiere para su ejercicio la exclusividad del objeto social de la sociedad que la desarrolle. En segundo lugar, se alega que el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas no impone expresamente la determinación en los Estatutos de la concreta participación en los beneficios que corresponden a los administradores. El administrador, tras el mantenimiento de la calificación por el Registrador Mercantil, interpuso recurso de alzada que fue estimado parcialmente.

II. DOCTRINA

La Dirección General acuerda estimar

lo establecido en los estatutos (artículo 133 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas).

Tercero.—Es interesante entonces valorar la posición jurídica del Vicepresidente por lo que hace a la convocatoria del Consejo para precisar los supuestos en que podría ser válidamente convocado por aquél. Ni la simple circunstancia de que el Presidente no tuviera fijada su residencia en el lugar del domicilio social como correctamente señala la Dirección General ni tampoco la oposición del Presidente a convocar el Consejo, pueden entenderse como impedimentos que justifiquen la actuación del Vicepresidente en su lugar. En efecto, el Vicepresidente ocupa la posición jurídica del Presidente en el Consejo cuando éste se halla efectivamente impedido para ejercitar sus funciones y, por consiguiente, únicamente en su defecto podrá dirigir los debates y discusiones y realizar cuantos actos de funcionamiento sean de su competencia (cf. SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en SÁNCHEZ CALERO, F., [director], *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo, IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, pág. 459, o POLO, E., «Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M., VI, Civitas, Madrid, 1992, pág. 445). En la medida en que en el supuesto de hecho considerado en la presente resolución el Presidente no se encuentra en situación en que no pueda ejercitar por sí las facultades inherentes a su cargo, entiende con razón la Dirección General que no corresponde al Vicepresidente una facultad directa de convocatoria; en una interpretación que, de otro lado, es conforme con el sentido de la doctrina registral y jurisprudencial anterior en este punto (cf. Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 4 de abril de 1972, Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia 3.412, que entendió que por no resultar suficientemente acreditada la ausencia del Presidente resultaba viciada la convocatoria de la Junta realizada por el consejero de más edad, o sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968, resolución 1.054, que rechaza la convocatoria del Consejo hecha

por el Vicepresidente si el Presidente no había dejado de desempeñar el cargo).

José RAMÓN SALELLES

E) Modificación de Estatutos

RESOLUCIÓN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1995

(DGRN., BOE de 4 de enero de 1996, R. 201)

«Inmobiliaria Módulo, S. A.»

Aumento mixto de capital social. En la ampliación de capital social por elevación del valor nominal de las acciones basta con el consentimiento de cada uno de los accionistas que adquieran obligaciones nuevas, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad. En el aumento del capital social por emisión de acciones nominativas es innecesaria la publicación del anuncio sobre la posibilidad del ejercicio del derecho de suscripción preferente cuando en la misma escritura se haya indicado la constancia de este derecho.

Disposiciones estudiadas: artículo 145.1 y 3, 152.2 y 158 de la Ley de Sociedades Anónimas y 68, 166 y 167 del Reglamento del Registro Mercantil.

I. SUPUESTO DE HECHO

Primero.—Se interpone recurso gubernativo contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de acuerdo social sobre aumento de capital, adoptado por la sociedad anónima «Inmobiliaria Módulo, S. A.».

Segundo.—La Junta general, celebrada con un 99'78 % del capital social, acuerda ampliar su capital social, elevando el valor nominal de las acciones de los socios presentes hasta 1.300 pesetas, conservando el valor de las acciones de los ausentes, que pasan a integrar la serie B que a tal efecto se crea. A este último grupo de accionistas se les ofrecen, además, acciones de nueva emisión que pueden adquirir mediante el ejercicio de su derecho de suscripción preferente.

I. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

I.1. Cámaras de Comercio, Industria y Navegación

SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1996

Ponente: Don María Asunción Salvo Tambo

Recargo sobre el Impuesto de Sociedades. Constitucionalidad. Liquidación del recurso permanente.

Se anula la liquidación del recurso permanente en favor de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la adscripción obligatoria a dichas Cámaras, al ser la condición de elector de las mismas, y no la de industrial, comerciante o nauta, la que genera esa obligación patrimonial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 28 de julio de 1993 del Tribunal Económico Administrativo Central (expediente número R. G. 3.148/1993; R. S. 297/1993), desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la entidad F. E., S.A., ahora recurrente, contra la resolución de 30 de diciembre de 1992 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Valencia que, por su parte, había desestimado la reclamación económico-administrativa interpuesta por dicha recurrente contra la liquidación del recurso permanente en favor de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, ejercicio 1987, por un importe de 295.746.077 pesetas.

Segundo.—La tesis de la demanda puede resumirse como sigue: inconstitucionalidad del recurso permanente de las Cámaras de Comercio al estar fundado en la adscripción obligatoria a las mismas de los empresarios afectados y, en su consecuencia, resultar contraria al principio constitucional de libertad

de asociación recogido en el artículo 22 de la Constitución que, se alega, comprende, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a no asociarse, aduciendo ya la sentencia 179/1994, de 16 de junio, del Tribunal Constitucional que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la base 4.ª de la Ley de 29 de junio de 1911, del artículo 1.º del Decreto Ley de 26 de julio de 1929 y de las disposiciones adicionales 9.ª de la Ley 9/1983, de 13 de julio, 34.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1986 y 25.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1987.

Tercero.—La cuestión aquí suscitada ha sido resuelta ya por el propio Tribunal Constitucional que en su sentencia número 179/1994, de 16 de junio (Boletín Oficial del Estado de 9 de julio de 1994) declaró, en efecto, la inconstitucionalidad y nulidad de las bases 4.ª y 5.ª de la Ley de 29 de junio de 1911 y del artículo 1.º del Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929, en cuanto implican la adscripción forzosa a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, doctrina constitucional que ha venido siendo reiterada por muchas otras sentencias, entre ellas, por las sentencias 223 a 226/1994 y, especialmente, por la sentencia 284/1994 y, más recientemente, por la sentencia 152/1995, de 24 de octubre (Boletín Oficial del Estado de 28 de noviembre de 1995), todas ellas del propio Tribunal Constitucional.

Así pues, con arreglo a la precitada doctrina constitucional, el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio quedó derogado en virtud de la disposición derogatoria, apartado 3.º, de la Constitución por ser contrario a la libertad fundamental de asociación reconocida en el artículo 22.1 de la Constitución, en relación con los artículos 1.º.1 y 10.1 del propio texto fundamental.

Según el intérprete supremo de la Constitución, la inconstitucionalidad de la adscripción obligatoria priva de contenido a las dudas de constitucionalidad en relación con el recurso cameral, puesto que tales dudas están condicionadas al hecho mismo de la adscripción obligatoria, por cuanto es precisamente la cualidad de elector de las Cámaras, y no la de industrial, comerciante o nauta, la que genera esta obligación patrimonial, de

I. DERECHO CIVIL

A) Obligaciones y contratos:

1. Parte general y contratos en particular

SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1996

(Sección 13.^a)

Ponente: Don José M. Gil Sáez

La obligación.

Extinción de las obligaciones.

La compensación.

Clases. Compensación judicial.

La compensación judicial es aquella que se opera por el órgano jurisdiccional dentro de un concreto proceso, de modo que el pronunciamiento judicial declara extinguidos los respectivos créditos en las cantidades concurrentes, fijando, en su caso, el saldo resultante, lo que permite soslayar el obstáculo del mutuo cumplimiento de ambas partes como elemento desestimador de la pretensión judicial, sin que sea óbice que la determinación cuantitativa de la obligación del actor pueda deferirse a ejecución de sentencia.

Cuando el saldo resultante es a favor del actor o no existe saldo alguno la alegación de la compensación puede ejercitarse por la vida de la excepción, pero por el contrato cuando es a favor del demandado, su reclamación únicamente puede ser aceptada si se deduce la preceptiva reconvencción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por la parte apelante se articula su recurso de apelación contra la sentencia de instancia, en base a la misma argumentación fáctica y jurídica de su demanda, realizado en contrato de compraventa de vivienda de protección oficial, en el que se fijó como precio la suma de 5.100.000 pesetas, la cédula de calificación definitiva otorgada por la autoridad administrativa determinó que el importe final de la vivienda vendida era de 5.584.626 pesetas, reclamándose en el proceso del comprador el pago de la diferencia entre ambas cantidades; ahora

bien, el artículo 11 del Real Decreto 3.148/1978, si bien permite la revisión del precio de la compraventa efectuada con anterioridad a la emisión de la cédula de calificación definitiva, también impone que esta revisión se proyecte sobre las cantidades abonadas a cuenta por el comprador con anterioridad a la concesión de la correspondiente cédula, es decir, que del mismo negocio jurídico surgen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, por ello, la sentencia apelada en aplicación del principio de la imposibilidad de reclamación por quien a su vez ha incumplido la obligación que le incumbe desestima la pretensión procesal. Ahora bien, dado que en el presente proceso la parte demandada ha reconocido adeudar la suma reclamada, por importe de 484.626 pesetas, esta cantidad ha de estimarse líquida y vencible, si bien, frente a su exigibilidad opone su extinción por vía de compensación, aunque a lo largo del proceso ha mantenido una situación confusa sobre el montante de lo que a su vez adeuda al actor, así, en el suplico de la contestación a la demanda, estimaba que, en aplicación de la compensación de créditos, la suma fijada por el actor debía reducirse a 285.336 pesetas, provisionalmente calculada, sin perjuicio de posterior liquidación tras la concreción de cantidades e intereses devengados por cobros indebidos, sin embargo, en su escrito de impugnación del recurso de apelación formulado por Prica, S.A., se adhiere al mismo y solicita se condene a esta entidad a abonarle la cantidad resultante a su favor de 73.281 pesetas, al cifrar su crédito en 557.907 pesetas. Esta adhesión a la apelación en cuanto solicita un pronunciamiento de condena de la parte actora, no es admisible, al alterar el objeto procesal, que quedó fijado por los escritos de demanda y contestación a la misma, sin que por la parte demandada, hoy apelada, se formulara reconvencción, por lo que se haya incapacitada procesalmente para solicitar en esta alzada pronunciamiento condenatorio alguno de la contraparte.

Esta conclusión es consecuencia de la configuración procesal del instituto de la compensación, como medio de extinción de las obligaciones recíprocas en las cantidades concurrentes, pues, cuando el saldo resul-

ral y estable de la vida en común, ni la mera tentativa de conciliación que suponga como un tiempo de reflexión sin llegar a cuajar en la decisión ya reflexiva y madura».

En el presente caso, coincidimos con la apreciación probatoria del Juzgador *a quo* de que no se produjo reconciliación o perdón entre los cónyuges, aunque habitaran bajo el mismo techo, lo que ya evitaría mayor análisis de la cuestión litigiosa, el quitar al demandante toda legitimación para la impugnación del testamento, pues carecería de interés legítimo para ello.

Cuarto.—Sin embargo, y siguiendo el razonamiento de la sentencia apelada, aunque analicemos el fondo del asunto, las pretensiones de la demanda son improsperables.

Es doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre, 24 de julio, y 26 de abril de 1995, que al aplicar las normas de los artículos 662, 663, 666, 685 y 695 del Código Civil la Jurisprudencia ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1.º Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajusta a la idea tradicional del favor *testamenti*. 2.º Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen de duda. 3.º La aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

Quinto.—En el presente caso, el demandante no ha acreditado que la testadora no se hallase en su cabal juicio al momento de

testar. No propuso prueba alguna, el Notario autorizante del testamento hizo constar que, a su juicio, la otorgante tenía la capacidad legal necesaria para testar, y el propio demandante confiesa al absolver la posición 16 que doña T. no recibió nunca tratamiento psiquiátrico, manteniendo siempre la serenidad a pesar de su grave enfermedad.

En cuanto a que mediase violencia, dolo o fraude en el otorgamiento del testamento, que lo viciase de nulidad (artículo 673 del Código Civil), tampoco se ha demostrado, admitiendo igualmente el actor al absolver la posición 17 que ninguno de sus hijos intimidó ni coaccionó a su madre para el otorgamiento del testamento.

Sexto.—Por todas estas razones, y los muy atinados argumentos de la sentencia apelada, procede su confirmación, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación interpuesto.

II. DERECHO MERCANTIL

A) Sociedades:

1. De responsabilidad limitada

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1996 (Sección 12.ª)

Ponente: Don César Uriarte López

Órganos sociales.

Administradores.

Responsabilidad.

Para que pueda exigirse responsabilidad a los administradores de las sociedades mercantiles, tanto con la legislación actual como con la anterior, no sólo es presupuesto lógico que sea administrador sino que además es necesario e imprescindible que haya intervenido en el acto causante del daño o perjuicio y ello con independencia que su nombramiento figure inscrito en el Registro Mercantil, puesto que lo contrario implicaría una responsabilidad objetiva que en ningún caso ha establecido el legislador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia recurrida, estimando en parte la demanda deducida por la representación procesal de la mercantil «F. E., S.A.» contra la también compañía «C., S.L.» y sus administradores don C. A. L. G., don F. J. G. G. y doña M. M. S., condena sólo a éstos a que solidariamente abonen a la actora la cantidad de 1.163.808 pesetas, más los intereses legales y, estimando la excepción de cosa juzgada, absuelve de los pedimentos de la demanda a la mercantil demandada e impone las costas de ésta a la actora y las del resto de la demanda solidariamente a los otros tres demandados, siendo dicha cantidad el importe de maquinaria de hostelería suministrada a «C., S.L.» en 1990, que aceptó diversas letras para su pago y que a sus respectivos vencimientos resultaron impagadas y, habiendo seguido juicio ejecutivo contra ella, no pudo hacerse efectiva cantidad alguna al haber desaparecido la citada mercantil e incluso los bienes embargados en principio, por lo que se condena a sus administradores demandados, alzándose dos de ellos contra la referida sentencia interesando su revocación y la desestimación de la demanda inicial en cuanto a ellos al no ser ya administradores de aquella y ni siquiera socios al momento del suministro de la maquinaria y de la aceptación de las letras, a lo que se opone la mercantil demandante solicitando la confirmación de la sentencia apelada por cuanto los apelantes figuraban en el Registro Mercantil como administradores a la fecha de presentación de la demanda y no habiendo comparecido en ninguna de las dos instancias ni la mercantil demandada ni el primero de los administradores codemandados don C. Á. L. G.; por lo que planteado en estos términos el recurso, teniendo en cuenta las alegaciones y pretensiones de las partes personadas, así como lo resuelto por la sentencia de instancia, la cuestión esencial a examinar deberá centrarse en la responsabilidad de los administradores de las compañías mercantiles.

Segundo.—Así centrado el recurso debemos comenzar señalando, de un lado, que la vigente Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

que entró en vigor el siguiente día 24 en que se publicó en el Boletín Oficial del Estado —disposición final 5.^a— y que, por tanto, no es la aplicable al presente recurso, al regular en su artículo 69 la responsabilidad de los administradores se remite a lo establecido para los de las sociedades anónimas y ésta, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, en su artículo 127 determina que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, estableciendo en su artículo 133 un principio general de responsabilidad de los mismos frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, distinguiendo después dos clases de acciones contra los administradores, «la social» de responsabilidad —artículo 134— y «la individual» —artículo 135—, debiéndose ejercitar la primera por la sociedad previo acuerdo de la Junta general y también por los accionistas, con las limitaciones y requisitos que establece —artículo 134.4—, así como por los acreedores cuando no haya sido ejercitada por los anteriores y, además, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos —artículo 134.5— mientras que la segunda establece una acción de indemnización a favor de los socios o acreedores, terceros en general, por los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses —artículo 135— y, de otro lado, que esta responsabilidad de los administradores es solidaria y afecta a todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o tomó el acuerdo lesivo, «menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel» —artículo 133.2—; y sentado lo anterior debemos añadir, de una parte, que la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 en su artículo 79 también establecía que los administradores desempeñarían su cargo con la di-

cho motivo de recurso cuando el fundamento jurídico sexto de la sentencia apelada contiene una declaración de que se deduzca testimonio y se remita al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes, con lo que en esta vía se podrán depurar las responsabilidades de índole criminal a la que se haya podido haber lugar, y además en todo caso como se afirma por la parte apelada en el acto de la vista del recurso de apelación podían haber acudido al expediente de declaración de quiebra donde asimismo se podrán depurar las responsabilidades en que se haya incurrido.

Tercero.—Pasando a los motivos que pueden determinar la nulidad del convenio, el Juez de instancia lo funda en que el convenio fue propuesto por la administración judicial de la suspensión y no por la propia entidad suspensa que es la única legitimada para la presentación del convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de Suspensión de Pagos, y efectivamente ello es así pero esta causa no puede determinar por sí misma la nulidad del convenio cuando ninguno de los acreedores impugnó la posibilidad de que la administración judicial hiciera la proposición del convenio ni tampoco recurrió la resolución judicial que facultaba a dicha administración para realizar esa propuesta, pero examinados los autos existen otras muchas irregularidades en el proceso de aprobación del convenio que son determinantes de su nulidad y esencial y fundamentalmente el hecho de que el convenio fue aprobado y votado por los acreedores con anterioridad a que se hubiera aprobado la lista definitiva de acreedores lo que el Juez de primera instancia denomina aprobación a la carta, ésta sí constituye una real causa de nulidad puesto que supone una infracción flagrante de la normativa relativa a la aprobación de convenios contenida en la Ley de Suspensión de Pagos y además parece contrario a la más mínima lógica el que se produzca la aprobación del convenio por quienes todavía no tienen reconocida la condición de acreedores de la suspensión en consecuencia y por este motivo sin entrar a analizar otros motivos que también serían determinantes de la nulidad del convenio procede el mantenimiento de la sentencia apelada.

IV. DERECHO PENAL

A) Parte general

1. Jurisprudencia

SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1996
(Sección 3.ª)

Ponente: Doña M.ª del Pilar Abad Arroyo

Jurisprudencia temeraria.

Elementos.

La instalación de un andamio sobre la marquesina de un cine sin adoptar las pertinentes medidas precautorias, lo que dio lugar a su derrumbamiento, constituye una imprudencia temeraria.

Vistos por esta Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en audiencia pública y en grado de apelación, el juicio oral número 239/95 procedente del Juzgado de lo Penal número 8 de esta capital y seguido por delito de *imprudencia temeraria*; siendo partes en esta alzada como apelantes don J. J. S. M. y «J. F. M. Y C., S.L.», representados por el procurador señor I. P.; don F. R. L. y B., S. A., representados por el señor G. S.; don P. V. de la P. y «A. I., S.A.», representados por el procurador señor de P. V.; y por adhesión parcial con el recurso interpuesto por la representación de «B., S.A.», doña R. A. D., representado por el procurador señor G. F. y doña E. S. L., representada por el procurador señora S. M.; y como parte apelada doña A. H. B., doña R. P. E., doña C. P. E., don J. P. A., doña C. B. E. y doña M. L. P., representados por el procurador doña L. S. N.; y doña E. S. L., representada por el procurador señora S. M., y el Ministerio Fiscal y ponente el magistrado doña M.ª Pilar Abad Arroyo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el día 30 de diciembre de 1995; cuyo fallo decretó: Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a don J. P. G., y don R. R. F. y a don J. F. R., del delito de im-

prudencia temeraria del que venían acusados, con declaración de oficio de tres sextas partes de las costas causadas en esta instancia.

Que debo CONDENAR Y CONDENO a don F. R. L., a don P. V. de la P., y a don J. J. S. M., como autores responsables de un delito de IMPRUDENCIA TEMERARIA no concurriendo en ninguno de ellos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

A) A don F. R. L., a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN MENOR, con sus accesorias de suspensión de cargo público y de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a una sexta parte de las costas causadas en esta instancia.

B) A don P. V. de la P., a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN MENOR, con sus accesorias de suspensión de cargo público y de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a una sexta parte de las costas causadas en esta instancia.

C) A don J. J. S. M., a la pena de SEIS MESES Y UN DÍA, con sus accesorias de suspensión de cargo público y de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a una sexta parte de las costas causadas en esta instancia.

En el orden civil, don F. R. L., don P. V. de la P., y don J. J. S. M.; deberán indemnizar, en la cuota señalada para cada uno de ellos en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución, respondiendo solidariamente entre sí sin perjuicio del derecho de repetición que les pueda corresponder, a las siguientes personas, en las cantidades que a continuación se expresan:

1. A M. S. A., en la suma de cuarenta y tres millones quinientas mil pesetas, por el fallecimiento de su esposo, A. M. E., y de su hijo A. M. S., más la cantidad de sesenta y dos millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

2. A S. M. S., en la suma de cuarenta y tres millones quinientas mil pesetas, por el fallecimiento de su padre, A. M. E., y de su hermano A. M. S., y por los sufrimientos psíquicos provocados por la desaparición de su núcleo familiar.

3. A R., J. y C. B. P., en la suma conjunta de diecisiete millones quinientas mil pesetas, por el fallecimiento de su madre C. P. G.

4. A J. D. A. y demás personas que resulten ser hermanos de la finada, en la suma alzada de diecisiete millones quinientas mil pesetas, por el fallecimiento de su hermana P. D. A.

5. A E. M. M., y a sus hijas V. y D. B. M., en la suma conjunta de sesenta y cinco millones de pesetas, por el fallecimiento de G. B. C.

6. A J. J. T. M. y Á. G. M., en la suma conjunta de cincuenta millones de pesetas por el fallecimiento de su hija I. T. G.

7. A J. P. A., en la suma de cuatro millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

8. A E. S. L., en la suma de cinco millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

9. A A. H. B. C., en la suma de cuarenta y cinco millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

10. A C. P. E., en la suma de diez millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

11. A R. P. E., en la suma de setenta millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

12. A C. B. E., en la suma de sesenta millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

13. A R. A. D., en la suma de sesenta y cinco millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

14. A M. L. P., en la suma de ciento treinta y cinco millones de pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

15. A A. L., en la suma de seiscientos treinta mil pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

16. A A. E. M., en la suma de ciento cuarenta mil pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas, y

17. A S. E. M., en la suma de cuatrocientas diez mil pesetas por las lesiones sufridas y las secuelas de las mismas.

Del pago de dichas cantidades son directamente responsables, dentro de la cuota correspondiente a cada asegurado, A., S. y R., S.A., en virtud de póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita con don F. R. L., hasta el límite de cincuenta millones de pesetas; M. I., S.A. de S., en virtud de la póliza

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Título X del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica de «Delitos contra el honor», incluye la calumnia y la injuria.

El tipo básico es el segundo y la calumnia no es sino un supuesto específico de la injuria, situándose la distinción entre uno y otro tipo en función del contenido de la actitud o proferimiento deshonrosos. Ya no hay duda de que «el honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico penal. Ello se debe, sobre todo, a su relativización. La existencia de un ataque al honor depende de los más diversos imponderables, de la sensibilidad, del grado de formación, de la situación tanto del sujeto pasivo, como del activo, y también de las relaciones recíprocas entre ambos, así como de las circunstancias de hecho». Un bien jurídico —el honor— de tan compleja estructura sometido a tan heterogéneas circunstancialidades, tan íntimamente ligado a la humana dignidad, no podía sino exigir, de aquél a quien la Sociedad ha encomendado la tarea de dilucidar los supuestos en los que haya podido ser atacado, el máximo esfuerzo enderezado a escaudriñar en las extrañas de los hechos y las circunstancias de cada caso la presencia —o la ausencia— del total de los elementos que configuran la relevancia jurídico-penal de los indicados ilícitos, huyendo de apriorismos y simplificaciones y ahondando en el intrincado extremado fáctico, circunstancial e incluso psicológico de cada supuesto en presencia que remita a los injustos contemplados en los artículos 453 a 456 y 457 a 461, todos del Código Penal que, desde luego, habrán de ser interpretados «en relación con la realidad social», conforme ordena el número 1 del artículo 3 del Código Civil. La Sala ha examinado en detalle y con despaicio las actuaciones presente y, en el aceptado relato de hechos, ha efectuado unas alteraciones cuyo sentido no es puramente semántico, gramatical o narrativo, sino que —como se dirá— es el resultado de la superposición del ámbito de la lógica jurídica al ámbito de la lógica común, campos estos en una extensa medida coincidentes, pero en

modo alguno milimétricamente iguales con estas alteraciones, lo actuado acredita, en efecto y por lo pronto, que los hechos acontecieron tal y como se recogen en los hechos probados de la sentencia recurrida. Ello se sigue de la aportación a autos de sendos ejemplares de las revistas indicadas —documentos número 1 y 3 de los aportados, con la querrela originaria—, de las transcripciones que se incluyen de los folios 50 a 56, 57 a 60 y 61 a 63, de los reportajes gráficos que incluyen los folios 111 a 135, piezas semióticas de estimable valor pero que, además, están corroboradas en parte por la propia A. V. G. O. (folios 74 y 75 y acta del juicio), y más concluyentemente por M.^a L. G. N. (folios 83 y 84 y acta del juicio), por J. M. de D. J. (folio 85) y por J. M. M. S. (folio 143 y 144 y acta del juicio). Con la precisión ya antes indicada, la Sala, pues, aceptan el relato de hechos de la sentencia que se recurre. La «imputación» —en el acto de la calumnia— y la «expresión» o la «acción» —en el supuesto de injuria— constituyen, respectivamente, el elemento objetivo de cada injusto indicado (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1992, de 20 de octubre de 1990 y de 21 de mayo de 1992, por todas). Pero, como ya advertía la Sala, la exigencia de sutileza en quien resuelve se extrema a la hora de perfilar los rasgos de la intencionalidad del agente, es decir, cuando se trata de descubrir toda esa serie de hechos que constelan el núcleo del tipo y que sirven tanto para poner al descubierto el ánimo del agente cuando la propia gravedad y extensión de su conducta, la dirección y el sentido de su comportamiento, la profundidad y dimensión de sus actos (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1990 y de 21 de mayo de 1992, entre otras), «materia ésta impregnada de profunda subjetividad, estados de conciencia, imposibles de directa observación» y que «han de ser conocidos por los hechos en que se manifiestan». *En la injuria, pues, «no basta con que la expresión sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que requiere un ánimo especial de injuriar. Esta intención específica es un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo y que trasciende de él. Su exigencia se desprende de*

I. DERECHO CIVIL

A) Parte general

**SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO
DE 1996
(Sección 16.^a)**

Ponente: Doña Nuria Zamora Pérez

Derechos de la personalidad.

Derecho al honor y a la propia imagen.

Intrusión ilegítima: impuestos.

Ponderación con otros derechos. Derecho a la libertad de información.

Constituye un ataque al honor de las personas la publicación de un texto periodístico, en el que se inserta una fotografía como parte integrante del mismo, en el que se dan por ciertos unos hechos —haciéndose comentarios subjetivos sobre ellos— atribuidos a una persona que son manifiestamente desmerecedores ante el público en general y que una mínima actividad de comprobación hubiera puesto e manifiesto su incerteza, puesto que ello no puede excusarse bajo el derecho a la libertad de información ni está justificado por razones de interés general.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Tanto la parte apelante-demandada, como el Ministerio Fiscal y actora, ambas adheridas al presente recurso, discrepan de la sentencia de instancia, denunciando una infracción de hecho por errónea valoración de la prueba, sometiendo a la consideración de este Tribunal todo el objeto de la litis.

Segundo.—La actora A. G. V., interpuso demanda de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del ataque que contra el honor y la imagen, que conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, supone la publicación en el número 651, correspondiente a 1 de noviembre de 1988 de la revista *Interviú*, el artículo con el encabezamiento «Me la robaron diciendo que había muerto», contiene a su entender graves imputaciones personales.

Desestimada parcialmente la demanda,

por el Juzgador de instancia quien valora que el texto del reportaje no implica una vulneración del artículo 18 número 1 de la Constitución española, en cuanto ataque al honor, es acogida la pretensión en lo referente al ataque al Derecho a la imagen que implica la inserción en dicho reportaje, de una fotografía de la actora.

Certeramente impugna dicha convicción jurídica tanto la demandada como el Ministerio Fiscal, al entender que la fotografía publicada, además de ser totalmente inocua, pues se trata de una fotografía captada en un lugar público, y en una pose —con la mano de la interesada en la boca— que dificulta su identificación, la misma no puede valorarse aisladamente, sino en el contexto del artículo periodístico, del cual forma parte integrante, constituyendo un complemento ilustrativo del texto escrito; debiéndose examinar en su conjunto, sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1995.

Tercero.—Pasando a un examen del artículo periodístico, base de la presente demanda, la actora-apelada adherida, impugna la valoración jurídica que de su contexto realiza el Juzgador de instancia.

El reseñado reportaje, redactado por el demandado S. M., se realiza esencialmente en base a las manifestaciones de la pareja R. C. C. y R. C. V., las cuales se ven puntualizadas con consideraciones personales del redactor. En dicho artículo la señora C. y el señor C., no se limitan a denunciar ante la opinión pública la presunta sustracción de su hija, nacida en 1966, en el Hospital Provincial de Beneficencia de Palma de Mallorca, sino que del contexto del artículo se desprende una imputación concreta de la participación que en tales hechos tuvo la comadrona A. G. V., quien asiste a la señora C. en el parto, atribuyendo a la señora G. una conducta propia de un delito de usurpación de estado civil.

En concreto hay imputaciones tales como que la comadrona se personó en la habitación de la señora C. «juntamente con la monja de planta y una señora delgada y bien vestidas» solicitando unos datos que les contestó de muy buena fe «lo más lejos de mi pensamiento era imaginarme lo que estaban tramando». Asimismo, la demandada señora C.

sus deberes de maternidad, de suerte que el demandante fue inscrito en el Registro Civil del Juzgado Municipal número 8 del Distrito del Oeste, causando el asiento número 0, tomo 0, folio 0, con los apellidos C. i C. designados por el Juez correspondiente y habiendo sido bautizado con los nombres de J., H. y T., debiéndose convenir que la pretensión del demandante encuentra cumplida respuesta no ya sólo en el artículo 39.2 de la Constitución española que ampara el derecho a investigar la paternidad sino específicamente en la Ley 37/1991 de 30 de diciembre sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, al disponer en su Exposición de Motivos como principios reguladores que deben presidir en materia de adopción, la regla de equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y el principio de la verdad biológica que permiten al adoptado, indagar y averiguar la identidad de los padres, aunque sea a los simples efectos del simple conocimiento, y que ha encontrado acogida en el artículo 28 del referido cuerpo legal, de suerte que si bien este último artículo establece una única salvedad, cuál es la relativa al contenido del artículo 34 de la misma ley, ésta no afecta al supuesto que aquí nos ocupa, toda vez que el mismo dispone que todas las personas que prestando o no servicios en el organismo competente de la Generalitat o en las instituciones colaboradoras intervengan en la constitución del acogimiento preadoptivo o en la adopción están obligadas a guardar secreto de la información que obtengan y de los datos de filiación de los acogedores o adoptados, y a evitar muy especialmente, que la familia de origen conozca a la preadoptiva o adoptiva, es decir, la finalidad de esta norma es impedir absolutamente que los padres biológicos de un menor puedan acceder a conocer la identidad de los acogedores o adoptantes, de suerte que en el caso enjuiciado lo que se postula es una situación muy distinta, cuál es, el interés de un hijo de saber quienes son sus progenitores, debiendo incluso primar este derecho sobre el derecho a la intimidad personal proclamado en el artículo 18 de la Constitución española por ser éste el espíritu que se desprende en el citado artículo 28 de la ley 37/1991.

II. DERECHO MERCANTIL

A) Derecho de la competencia

SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1996 (Sección 15.^a)

Ponente: Don José Ramón Ferrándiz
Gabriel

El derecho de la competencia.

Competencia desleal.

Supuestos: resolución contractual unilateral sin preaviso, y realización de similar contrato con empresas de la competencia.

Declara la presente sentencia que no constituye competencia desleal la mera resolución unilateral realizada sin aviso previo, unida temporalmente con la concertación de contratos similares con empresas que realizan la misma actividad, estos es, empresas de la competencia, puesto que no está acreditado que tales actuaciones estuvieran unidas y tuvieran una finalidad de alterar la libre concurrencia en el mismo sector económico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La demandante, T, S.A., ejercita en la demanda la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y, subsidiariamente, la de enriquecimiento injusto que aparecen reguladas en el artículo 18.5 y 6 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal contra S. T. C., A., Z., S.A. y S. T. I., S.A., con el fundamento que se resume seguidamente:

I. A modo de antecedente, alega la actora que ejerce de transitaria, desde el año 1966, y, como tal, proyecta, coordina, controla y dirige las operaciones que son necesarias para realizar el transporte de mercancías y los servicios complementarios, con diversas agencias de España y una plantilla de más de cien personas; que, como el ejercicio de esa actividad en el plano internacional exige disponer de agencias, filiales o corresponsales en otros países, convino con la danesa S. T. C., A., en agosto de 1976, el establecimiento, entre ellas, de una relación recíproca de corresponsalía, sobre los terri-

torios españoles y daneses —y, desde el 3 de marzo de 1987, sobre los de Gran Bretaña—; que ese contrato, al que no dieron redacción escrita, era, según lo usual en este tipo de actividad, de vigencia anual y con previsión de prórrogas tácitas, así como susceptible de resolución unilateral, bien que con cumplimiento de un deber de aviso previo, de un mes como mínimo; que en la ejecución del referido contrato, mantenido en vigor sin especiales indecencias durante quince años, los beneficios se repartían entre las dos partes, cada una de las cuales facturaba sus servicios y los cobraba, por sí o por medio de la otra, según el caso; que esa cooperación en la organización del transporte entre los países a que se extendía el contrato le produjo importantes rendimientos, al extremo de llevarla a ocupar el puesto número uno entre los transitarios, en la aduana TIR de Barcelona, respecto de los transportes de Dinamarca, y de que su disposición en la relación jurídica haya sido valorada, a su instancia, como fondo de comercio, en 250 millones de pesetas.

II. Añade la demandante, respecto de lo que constituye núcleo del conflicto, que el 8 de septiembre de 1991, domingo y fuera de las horas de trabajo, su corresponsal S. T. C., A., le comunicó, por medio de fax, su decisión unilateral de poner fin a la relación contractual, desde el mismo día y, por lo tanto, sin preaviso alguno; que en el día siguiente, lunes 10, los camiones procedentes de Dinamarca y Gran Bretaña, con carga que anteriormente era consignada a ella, fueron ya recibidos por las codemandadas S. T. T. I., S.A., y Z., S.A., competidores suyos; que la clientela que, durante los años anteriores, había recibido sus servicios como corresponsal de S. T. C., A., había sido previamente advertida, por esta o por aquellas otras demandadas, del cambio subjetivo previsto, y luego producido, mediante carta de idéntica o, en algún caso, anterior fecha a la de la propia emisión y recepción de la decisión unilateral de resolver; que, con esa forma concordada de actuar, las demandadas le habían causado un considerable perjuicio, a la vez que se habían enriquecido injustificadamente las nuevas corresponsales de la sociedad danesa, al sucederle en la relación.

III. Considera la actora que esa modificación subjetiva del vínculo contractual, sin solución de continuidad en la ejecución, había necesitado, lógicamente, de una previa, silenciosa y concienzuda preparación, la cual, unida a la omisión de cualquier preaviso, usualmente exigible, evidenciaba, no sólo «el propósito de dificultar(le) todavía más, si cabe, cualquier posible actuación para atenuar o disminuir los efectos de la anómala ruptura contractual» sino, además el de «apartar(le) del mercado de transportes danés español».

De ahí que calificara ese comportamiento como incardinable en Ley de Competencia desleal y, en concreto, en sus artículos 5.º —por ser contrario a la regla general de buena fe—, 13.1 —por haberse producido una transferencia de la lista de clientes captados por ella durante la vida de la relación de corresponsalía—, 14.1 —por haber existido un concierto entre las demandadas, proyectado sobre la inducción a la sociedad danesa para que incumpliera el contrato que había celebrado en su día con ella, en especial en cuanto a su duración y al preaviso— y 14.2 —porque la extinción del vínculo había resultado de la referida inducción y estuvo impulsada por el propósito de eliminar a un competidor del mercado.

Segundo.—El litigio, que ha traído a esta instancia el recurso de apelación de la demandante contra la sentencia desestimatoria de su demandada, encuentra su núcleo en la determinación de si la manera y circunstancias con las que se produjo la ruptura unilateral de la relación contractual entre S. T. C., A., y T., S.A. —que alega, como se ha visto, haber sido víctima de un previo concierto entre las demandadas, destinataria de una resolución unilateral sin preaviso y haber resultado gravemente dañada en sus intereses patrimoniales por no haber podido reaccionar a tiempo ante la nueva situación que tal forma de proceder trajo consigo—, constituye o no competencia desleal —propriadamente, aquella que describen los supuestos típicos señalados en la demanda—, y, en su caso, a quien o quienes es imputable la deslealtad.

La conformidad de las partes y la prueba practicada en el proceso han dado certeza a

I. DERECHO CIVIL

A) Obligaciones y contratos

1. Parte general y contratos en particular

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1996

(Sección 9.^a)

Ponente: Doña M.^a Carmen
Escrig Orenga

El contrato.

Ineficiencia de los contratos.

Nulidad.

Causas. Ilicitud de la causa. Acto de disposición sobre el estado civil.

Bajo la apariencia de una mera cuestión procesal como es desistir del procedimiento y obligarse a no formular recurso contra la sentencia de instancia, en realidad se está efectuando un acto de disposición sobre el estado civil expresamente prohibido por el artículo 1.814 del Código Civil, prohibición que también se extiende a los pactos relativos a la herencia de don S. G. B. dado que nadie puede aceptar ni repudiar una herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Contra la sentencia de instancia, que estimando en parte la demandada declara la nulidad del contrato de fecha de 20 de noviembre de 1991 obligando a la actora a restituir las cantidades percibidas, ha formulado recurso de apelación la propia parte demandante, invocando que el supuesto controvertido debe calificarse como de nulidad por incurrir ambas partes en una causa torpe y no como inexistencia, y por aplicación del artículo 1.306 del Código Civil debe acordarse la no restitución de las cantidades.

La parte demandada también formuló en su momento recurso de apelación, pero en la vista oral del presente recurso ha manifestado que acepta la declaración de nulidad que hace la sentencia de instancia y que solicita la confirmación de dicha resolución.

Así pues, admitido por ambos litigantes que el contrato es nulo, el problema sometido a la consideración de esta Sala ha quedado limitado a la determinación de cuál ha de ser el motivo en el que se sustente la declaración de nulidad, si por causa ilícita o por causa torpe, y en su caso, si procede o no restituir las prestaciones percibidas.

Segundo.—La doctrina mayoritaria, cuando estudia la materia distingue tres puestos distintos pues a cada uno de ellos nuestro Código Civil le atribuye diferentes consecuencias:

A) Cuando concurre causa ilícita por ser los hechos constitutivos de un delito o falta para los que el artículo 1.305 establece que si es común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos..., si es sólo imputable a uno de los contratantes, el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiere prometido.

B) Aquellos supuestos en los que concurre una causa ilícita por ser contraria a normas civiles, es decir a normas imperativas o prohibitivas, en cuyo caso debemos acudir al artículo 1.275 del Código Civil, por lo que el contrato no producirá efecto alguno, y por aplicación del artículo 1.303 del mismo texto legal, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos...

C) Cuando nos hallamos ante un supuesto de causa torpe o inoral, entendiendo como tal, aquella en la que la conducta de las partes puede calificarse de deshonesto, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame, en cuyo caso debemos acudir al artículo 1.306, en el que se establece que ninguno de los contratantes podrá repetir lo que hubiere dado. Según la doctrina, la causa torpe apunta a la inmoralidad de una datio que se enfrenta a las buenas costumbres en modo tal que resulta proporcionada la pena civil de privación de restitución.

No podemos ignorar que la doctrina, dada la complejidad de la materia que nos ocupa, no mantiene un criterio unánime, pero la Sala estima acertado acoger esta distinción porque se acomoda con mayor precisión a los distintos supuestos que se dan en la rea-

admitió el recurso de amparo número 85/1988—, insistiendo el Tribunal Constitucional en el argumento de que en los procesos matrimoniales, junto al fallo principal, deben adoptarse por el Juez, en defecto de acuerdo o convenio, aquellas medidas que permitan el mantenimiento de una situación consecuente con la anterior convivencia matrimonial, evitando así vacíos y quiebras perjudiciales para los hijos y para los propios cónyuges. Al pedir el demandante la separación judicial «junto con todo lo demás en justicia procedente», el Juez resolvió sobre las medidas que como efecto de la separación prevé la Ley, medidas en todo caso modificables en función de futuros eventos.

Quinto.—La confrontación de la expuesta doctrina del Tribunal Constitucional con la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede armonizarse si se interpretan en el sentido de que no toda incongruencia es constitucionalmente relevante, de modo que es posible la conculcación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que ello implique necesariamente violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así pues, aplicando este análisis al caso de autos, cabe concluir que el reconocimiento a la actora de una pensión compensatoria no solicitada por ella en momento procesal oportuno —no contestó a la demanda y fue declarada en rebeldía (folio 22)—, supondría infracción del deber procesal de congruencia impuesto por la legalidad ordinaria, aunque carecería de relevancia constitucional.

Sexto.—En lo que se refiere a los alimentos de la hija que convive con la apelante principal, debe resaltarse, como fundamentos doctrinales sobre los que ha de basarse la resolución de este Tribunal, que la especial naturaleza de la obligación de prestar alimentos se configura a través de las siguientes notas características:

Primero, el derecho a recibir alimentos futuros es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible e intransigible (artículos 151 y 1.814 del Código Civil).

Segundo, la extensión del concepto de alimentos —exigibles desde que se necesitan, pero, de acuerdo con el artículo 148 del Código Civil, efectivos sólo desde que se recla-

man— queda integrado por el artículo 142 del Código Civil, que fija las partidas que lo componen, y por el artículo 146 del Código Civil, que establece la doble referencia a la cuantificación habrá de atender —proporción al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe—, lo que, conforme al artículo 147 del Código Civil, produce la consecuencia de su variabilidad, condicionada por las variaciones que puedan experimentar estos parámetros.

Tercero, los alimentos tienen una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos.

Cuarto, cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, conforme al párrafo primero del artículo 145 del Código Civil, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.

Quinto, el obligado puede, a su elección, satisfacer los alimentos pagando la pensión o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos (aunque ahora con las limitaciones introducidas en la nueva redacción del artículo 149 del Código Civil por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor).

Con estas premisas y teniendo en cuenta la capacidad económica del padre, que percibe mensualmente 175.883 pesetas brutas (folio 69), y las necesidades de la niña, que tiene hoy 13 años (folio 6), resulta prudente mantener la pensión alimenticia en la cantidad de 35.000 pesetas al mes, señalada por el Juez de instancia. Con ello damos respuesta desestimatoria al recurso principal y al interpuesto por adhesión.

II. DERECHO MERCANTIL

A) Derecho de la competencia

SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1996
(Sección 7.ª)

Ponente: Don José Antonio
Lahoz Rodrigo

Competencia ilícita desleal.