

SALA DE TOGAS

Número
EXTRAORDINARIO



BOLETIN INFORMATIVO
DEL ILUSTRE COLEGIO
DE ABOGADOS
DE ALMERIA

Nº 10 - 1991



GALERIA

Antonio Jurado Jiménez

SUMARIO

- 3-4 Galería: Antonio Jurado Jiménez
- 5-10 Entrevista: Francisco López Sarmiento (La Humanidad hecha Fiscal).
- 11-12 Comentario Jurisprudencial: Asociación de Mujeres Juristas.
- 13-15 Jurisprudencia: «Lola, ni Flores»
- 16-17 Nuestra Jurisprudencia
- 18-20 Conclusiones del IV Congreso de Mujeres abogadas: Toledo, 1990.
- 21-22 Apuntes para la solicitud de libertad Provisional.
- 23-25 Entrevista: Antonio Martín (Comisario de Policía)
- 26-27 Apuntes sobre Cautelas, Tutelas y Contracautelas.
- 28-29 Derecho y Autor: Antonio López Cuadra
- 30-31 Declaraciones de Obra Nueva según la Ley 8/90 de 25 de Julio.
- 32-34 Apuntes sobre el delito de lesiones
- 35-37 La Prórroga forzosa de los arrendamientos y el Decreto Boyer.
- 38-43 Notas sobre Fundamento, Legitimación, Resoluciones Recurribles y Motivación del Recurso de Casación para unificación de doctrinas.
- 44-55 La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad.
- 56-62 En el décimo número de Sala de Togas: Compendio de unas ilusiones y unos trabajos.
- 63-68 Ponerle puertas al campo: el invernadero como explotación industrial.
- 69 Mutualidad
- 70-73 Noticias
- 74-76 Las madres de alquiler
- 77 A la muerte de Joaquín Monterreal.

DIRIGE:

Jesús Ruiz Esteban

REDACCION:

Ramón Muñoz Sánchez, decano
Gabriel Alcoba Salmerón, tesorero
Jesús Ruiz Esteban, colegiado
Emilio Esteban Hanza, colegiado
Fausto Romero-Miura Giménez
José Fernández Revuelta

DISEÑO ESCUDO

José María Molina

EDITA

Ilustre Colegio Provincial
de Abogados de Almería
Palacio de Justicia
Telf. 23 71 04
04080 ALMERIA

FOTOCOMPOSICION E IMPRESION

Artes Gráficas ALED
(Almería de Ediciones, S.A.)
C/. Mármol, 25
04006 ALMERIA

Depósito Legal: AI - 297 - 1988

El Consejo de Redacción no se responsabiliza de la opinión vertida en los artículos firmados por sus autores.



Siendo hijo de Médico por línea paterna, —la abogacía era la profesión de toda la familia de mi madre— tuve dudas, cual podría ser mi verdadera vocación, dudas que desaparecieron cuando me encontré en la encrucijada de elegir carrera, decidiendo hacerme Abogado, por la Universidad de Granada, de cuya elección me siento orgulloso, porque cada día mi compenetración con la abogacía se ratifica y acrecienta.

Y así empezó mi lucha hace ya muchos años, ejerciendo la profesión en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Purchena, comprendiendo, para mi desgracia, me faltaba rodaje para aplicar el derecho y ponerlo en práctica.

Fue necesario un buen aprendizaje al lado de mi mentor y maestro, mi abuelo, D. Juan Jiménez Fernández, que hizo de padre conmigo y me puso en condiciones de manejar los textos legales y saberlos aplicar.

Me sirvió de mucho el sabio consejo de mi profesor de Derecho Pro-

cesal en Granada, Mesas Segura, que brindo a los jóvenes, que ahora empiezan llenos de ilusiones, donde sintetizando lo que debía de ser futura regla de actuación del Abogado, nos decía: Pensad, cuando tengáis un caso en vuestras manos, que la primera regla a tener en cuenta; es el sentido común, que siempre va parejo con la ley. Fijar después el derecho positivo aplicable, que constituye la potente máquina que va a tirar del pleito, pero velar por último, de situar la máquina en la vía adecuada —Derecho Procesal— ya que equivocada la vía la máquina no llegará a su destino dándonos un buen porrazo y perdiendo el pleito.

Y esto sigue siendo una gran verdad muchos años después. Se pierden pleitos, algunas veces claros por llevarlos en forma procesalmente incorrecta.

Arropado, por mi abuelo, con una larguísima experiencia profesional, he procurado atender al justiciable, viviendo sus problemas y prestándole todo mi apoyo. Y ahora, que



han transcurrido tantos años, permitirme tenga un recuerdo para los magníficos Jueces y Funcionarios que pasaron por el Juzgado de Purchena, de los que fui aprendiendo, mucho de lo que no sabía, ya que todos y otros más que tengo que

omitir para no hacer interminable esta cita, fueron dando muestras del buen hacer en la Administración de la Justicia: D. José Luis Manzanares Samaniego hoy Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial D. Emilio Navarro Esteban, que actuó con jurisdicción prorrogada desde Cuevas del Almanzora, D. José Rodríguez Jiménez, Presidente, hoy, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, D. Abelardo González Ramos, después Presidente de nuestra Audiencia Provincial, D. Lázaro Salas Salas, D. Francisco Angulo Martín...

Pero entre los que, para mí, tiene una especial significación y recuerdo, por estar más próximo en la edad, tengo que citar a Juan de la Cruz Belmonte Cervantes, que a la sazón desempeñaba el Juzgado de Huércal Overa y en prórroga, Purchena, recorriendo los cincuenta kilómetros que separaban ambos pueblos ¡en moto! sin otro equipaje que su cartera donde traía las sentencias pendientes.

Pero la vida sigue su curso. Me incorporo al Colegio de Abogados de Huércal Overa, pasando después al Colegio de Almería en el que cumplí mis veinticinco años de ejercicio profesional, conservando en mi despacho el diploma que acredita tan señalada fecha entregado por nuestro actual Decano en un acto solemne junto con otros compañeros, que estaban en el mismo caso.

Y si bien es cierto, que la vida profesional me ha dado satisfacciones y también, como no, los naturales sin sabores que lleva consigo todo pleito, sería imperdonable, que omitiera, que en el orden personal, mi

mayor satisfacción tuvo su epicentro el día, que mi hija María Remedios después de haber terminado con éxito las oposiciones de Magisterio, me manifestó su deseo de hacer la carrera de Derecho, lo que efectivamente consiguió, en menos convocatorias de las normales, y que habrá de ser la continuación de este despacho por imperativo de la juventud, que ella todavía tiene.

Mención especial, también merece, en esta pequeña crónica de mi vida profesional la "faena" que nos hizo el Ministerio de Justicia en una Ley de Presupuestos, suprimiendo de un plumazo más de cien Juzgados, entre ellos, Purchena y Vélez Rubio, por considerar, con las estadísticas en las manos, que no hacían falta. La lucha que mantuvimos para evitar tamaño desafuero fue épica ¡sin que nos hicieran el menor caso!

El paso de los años nos dio la razón a los que luchamos por evitarlo. Los pleitos se multiplicaron y por fin, se ha reparado la injusticia histórica, que se cometió, en su día, con estos dos Juzgados, con los que tuve la inmensa satisfacción de reencontrarme en sus nuevas funciones, veinte años después.

Sigo creyendo en la JUSTICIA. Comprendo los males que aquejan al sistema y que el justiciable no pueda comprender que pasen, en algunos casos, años, para conseguir el final de su pleito.

Es opinión generalizada, que la justicia es lenta y voces más autorizadas que la mía, lo han dicho, en todas las vertientes, pero nada podrá conseguirse si no se dotan a los Jueces y Tribunales de los medios humanos y técnicos que permitan



salir del atasco.

Todos estamos de acuerdo, que la justicia ha de agilizarse, pero ello no será posible si se olvida, que los Jueces tienen también sus propias limitaciones humanas a los que no les podremos exigir que pongan más sentencias, que aquellas, que su propio tiempo y dedicación le permitan.

A los jóvenes, mi afecto y deseo de que sigan llenos de ilusión en el ejercicio profesional, pero sin olvidar, que también, los menos jóvenes desempeñamos una importante función, donde la experiencia de muchos años, es un caudal enriquecedor y fuente de conocimientos, a lo que mis compañeros jóvenes también han de llegar, ya que la juventud es la única enfermedad que se cura con el tiempo.

ENTREVISTA

FRANCISCO LOPEZ SARMIENTO: LA HUMANIDAD HECHA FISCAL *El Fiscal es el Abogado de la Ley*



Foto: Cristina

P.— Me apetece hablar con un hombre que creo que es la cordialidad y la sencillez hechas Fiscal.

R.— Eso es manera de ser. Jamás le he dicho a ningún Letrado que ha ido a verme que no me podía ver. Nunca. Pero es que he tenido familiaridad incluso con el reo, hasta el extremo de que cuando me preguntaba si podía decir algo le respondía "claro que sí, si aquí hemos venido a oír a Vd." Y es un hecho real que así le sacaba más a la gente.

P.— Metámonos en faena porque, después de toda una vida dedicada a la Fiscalía, resulta interesante echar una mirada al baúl de tus recuerdos. ¿Cómo ves la Fiscalía?.

R.— Siempre la he considerado en una forma muy distinta a como es ahora, en que se abusa de las instrucciones, de las normas desde Madrid. Yo creo que el Fiscal, como el Juez, no debe tener más indicación que su conciencia y la Ley, con la particularidad, es verdad, de que la Fiscalía tiene una organización jerárquica y, en consecuencia, las opiniones del Fiscal deben acomodarse a esa trayectoria jerárquica, que se mantiene a través de las instrucciones. Pero ahora se abusa mucho de las instrucciones, sobre

todo cuando son sobre cosas que ya sabemos todos, como, por ejemplo, cuando "se excita el celo del Ministerio Fiscal" ¿Para qué, para cualquier cosa? Pero si eso es de risa..., si eso lo tenemos por obligación.

P.— El Fiscal, ¿es el Abogado del Pueblo?

R.— El Fiscal es el Abogado de la Ley. El Fiscal tiene que mantener el principio de la legalidad.

P.— ¿Y cuándo chocan la legalidad y la justicia, que chocan muchas veces?

R.— El Fiscal tiene que mantener la legalidad hasta el último trance y, al final, la justicia será la declaración del Juez.

P.— ¿No se te han planteado problemas de conciencia cuando chocaban legalidad y justicia; cuando ese principio de legalidad te obligaba a acusar o a defender, aunque en justicia no procediese?

R.— No me lo he planteado, quizá porque he tenido tan metido dentro de mí el principio de legalidad que mi conciencia no se ha rebelado.

P.— ¿Prefieres, pues, como Goethe, la injusticia al desorden?

R.— En esa filosofía no me meto, porque mi puesto, además, ha sido siempre un puesto en las últimas escalas administrativas del Ministerio Público, como Fiscal Municipal, Fiscal Comarcal o Fiscal de Distrito, hasta que, en el año 83, ascendí a Fiscal y me fui a Barcelona, cuando la Administración accedió a la fusión de las Carreras.

P.— Y esa fusión, ¿crees que ha sido buena?

R.— Creo que ha sido buena, aunque la han hecho mal, porque no han mantenido una línea recta y sí planteando ultimátums. En mi caso, o me iba a Barcelona o me quedaba

para toda la vida de Fiscal de Distrito sin posibilidad de ascenso. Me pregunté muchas veces qué había debajo de aquello y me planteé la tentación del Evangelio: "Todo esto te daré si me adoras"... "Tanto tiempo buscando ésto y ahora nos lo dais de golpe... con sesenta años". Aquella fue una decisión muy difícil. ¡Yo, que había vivido toda mi vida en mi pueblo, en Torreperogil!...

P.— ¿Y cómo viniste a Almería?

R.— El 23 de mayo de 1984, porque quería volver a Andalucía, a mi tierra, y por motivos familiares, porque yo hice aquí el Servicio Militar, como Alférez de Milicias, en el Regimiento Nápoles 24, y mi mujer pasó aquí la guerra.

P.— ¿Qué recuerdos tienes de aquella Almería; qué diferencia ves con la actual?

R.— Aquella Almería, y te hablo del año 45, no la viví, porque sólo estuve cuatro meses, y todo el día entre el Cuartel y el Campamento de Viator, al que íbamos en un autobús que salía desde el Café Colón a las ocho de la mañana... o cuando llegaba el Teniente Coronel, Rodríguez Clemente, que era quien marcaba las ocho. No llegaba antes, pero si llegaba a las ocho y media, eran las ocho.

Otro compañero y yo vivíamos en casa de una señora que era viuda de un militar, y que es la primera mujer que me ha llevado picatostes a la cama. Nos decía "mis niños", y nos trataba con un cariño asombroso.

Pero apenas si te puedo contar nada de aquella Almería, porque estábamos ya centrados pensando en las oposiciones y, de hecho, dí dos días clase con D. Federico Puig Peña, pero no pude continuar, porque en febrero trasladaron el Regi-

miento a los Pirineos.



Foto: Cristina

P.— Yo creo que ser de pueblo —y eso era la Almería de entonces— acerca mucho las cosas, les da una dimensión más humana, hace más íntima la relación, la vida. En ese sentido, ¿te consideras "Fiscal de cabecera"?

R.— Te contesto con una anécdota que me sucedió en Villacarrillo. Siempre he sido muy buen fisonomista, y he tenido, siempre también, el vicio de ser el primero en llegar, de tal manera que conozco y he conocido siempre a las limpiadoras de todos los Juzgados. Y ellas a mí, claro. Pero vuelvo a la anécdota. Un día había un hombre en la puerta del Juzgado, y le pregunté al Oficial, Esteban Medina, el archivo viviente del Juzgado, si ese hombre era Fulano. Me contestó que no, que el que yo decía era gibado, pero yo insistí en que sí era él. Hasta que el hombre entró en mi despacho, y, al preguntarle su nombre resultó que era el que yo decía. Esteban Medina, muy sorprendido, dijo "¡Está Vd. muy transformado!". Y respondió el hombre: "Sí, señor, pero estoy aquí gracias a Vds., que me mandaron a la cárcel, y en la cárcel fui a la enfermería y resulta que yo no tenía rota la columna, sino una bola de grasa que pesaba kilo y medio. Me la han sacado y mire Vd. cómo estoy".

Quiero decirte con esto que yo sí conocía a mis clientes, hasta el extremo de que, aunque se hubiesen transformado, los reconocía.

P.— ¿A tus clientes?

R.— Sí, pero sólo en la Sala.

La Justicia es lo que dice el Juez

P.— Y ¿no ha ido la gente a ti a plantearte problemas de conciencia, a pedirte consejo, a que le hagas de asesor, de Abogado, de Cura...?

R.— Más que nada sobre problemas matrimoniales, que antes no se resolvían en los bufetes. Y me planteaban problemas no propios, sino, sobre todo, de sus hijas. Vivíamos en una época a muchos años luz del divorcio. Y yo siempre trataba de remitirlos al Cura en vez de al Letrado de turno, para que el Cura les dijese esas cosas propias de ellos. Pero yo me he abstenido de darle consejos, de darle soluciones a nadie, porque siempre he partido del supuesto de que la Justicia era lo que decía el Juez, no lo que decía yo...

P.— La Justicia lo que decía el Juez...

R.— Lo que dice el Juez, sí, y no porque sea infalible, sino porque, en definitiva, lo único que es ejecutivo, lo único que se va a llevar a la práctica es lo que dice el Juez.

P.— ¿Eres partidario del Jurado?

R.— No, en absoluto. Rotundamente no, sin paliativos. Acaso en eso sea un poco antiguo.

P.— Pero ¿no crees que, en ciertos casos, sobre todo ahora que los Jueces son tan jóvenes y no siempre formados del todo, el Jurado sería la solución para una justicia real, popular, no condicionada?

R.— Jueces incompetentes los hay, claro, es verdad. Pero en cuanto a la falta de preparación yo creo se debe a que no hay afecto a la Carrera ni al Cuerpo, porque yo, que me fui de Ubeda a Barcelona con sesenta años, tuve que prepararme a fondo en ese momento de mi vida, ya que, hasta entonces, prácticamente no había visto un Sumario.

P.— Juicios de Faltas, por el contrario, sí que has tenido muchos. ¿Qué diferencia notas entre el Juicio de Faltas y todos los demás procedimientos penales?

R.— Para mí el Juicio de Faltas es el mejor. Siempre lo he dicho, y se me ha contestado que no. Y, además, el Fiscal que va el Juicio de Faltas —y se manda al que menos importancia tiene— es el que más empujido tiene que estar porque ha de calificar en el acto, después de haber visto la prueba. En cambio en los otros procedimientos... Siempre he sido partidario de declarar Falta las imprudencias de circulación, aunque hubieran tenido resultado de muerte. Eso en Almería sorprendió un poco, aunque lo expliqué y te lo explico. Si me dan un Sumario o unas Diligencias, después de estudiarlas, hago una calificación y pido que se condene al del Ford. Pero luego vamos al juicio y tú, que eres el Letrado, llevas a un testigo, que venía detrás, y dice: "No, señor. El del Ford no fue el culpable porque hizo ésto, y ésto y ésto, y yo creo que el culpable es el del Renault". Si te



Foto: Cristina

convence, ¿qué haces? Porque absuelven al del Ford pero no condenan al del Renault. Eso, en el juicio de faltas, no ocurre.

P.— ¿Has modificado muchas veces tus conclusiones?

R.— Algunas veces.

P.— En función de la vista.

R.— No, no.

P.— ¿No? Eso nos lleva a otra dialéctica. Para tí, entonces, ¿qué es lo que cuenta: la instrucción del sumario o la vista oral?

R.— ¡Hombre...! Cuenta más la instrucción del sumario, porque del sumario he sacado una conclusión en conciencia, y parto del supuesto de que todo el que va a decir algo va a decir mentira. Todo el mundo va previamente aleccionado de tal manera, que yo creo que eso es muy profesional pero poco justo. La justicia es difícil sacarla normalmente de los testigos.

P.— Pero eso choca con uno de los textos legales más hermosos que he leído y que siempre invoco, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, pese a ser centenaria, me sigue pareciendo un desiderátum cuando dice que el procesado "entra en el palenque ya vendido o, por lo menos desarmado", y que lo único que vale de verdad es lo que se prueba en el Plenario.

La gran facultad del hombre es pensar

R.— Sí, sí, bueno. Yo, si va un Médico y me dice "ese hombre tenía roto el fémur cuando pasó lo que fuese", yo lo creo. Pero toda la prueba testifical, que sabes que está amañada... Yo no es que me meta en eso, pero creo que el Juzgado no deja de ser persona y tenemos una facultad enorme... La gran facultad del hombre es pensar, y si pensando no llegas a esa conclusión, ¡Dios mío de mi vida!, yo creo que es muy difícil ser Juez y, por una verdad formal, poner una sentencia en contra de lo que es una verdad real a la cual llega tu conciencia. Aparte de que hoy hay una presión tremenda por parte del reo sobre los testigos, a los que amenaza. Pero, a pesar de eso, yo no puedo ser más papista que el Papa, y si, de hecho, el único testigo de cargo que he llevado ha dicho "No, ese no ha sido", he tenido que retirar la acusación.

P.— ¿Y qué has sentido cuando

has tenido el convencimiento de que un señor es culpable y, sin embargo, no has podido acusarlo?

R.— Una frustración, una enorme tristeza, una incapacidad, pensar que la Ley debe darme otras armas.

P.— ¿No habría que modificar la Ley en aras de la Justicia más que de la legalidad? Porque muchas veces me he visto ante una Ley, a mi juicio, injusta.

R.— Creo que sería peor. El arbitrio excesivo, y, sobre todo en esta época última, creo que conduce a malas cosas. Lo que hay que hacer es arbitrar unos medios con los que se resuelva el problema del perjuicio, porque el perjuicio es distinto del problema penal en sí. Y te pongo



Foto: Cristina

el ejemplo del cheque en discusión, en que, yo, tengo que defender la legalidad, y, el denunciante, sólo denuncia porque cree que así va a cobrar rápidamente ignorando que no va a cobrar siquiera. En ese caso tenemos intereses opuestos todos los que llegamos al juicio. El Fiscal, que no debe atender nada más que al principio de legalidad, pero que, en conciencia, piensa que aquel hombre debe cobrar, porque un sinvergüenza le ha dado un cheque sin fondos. Y el Fiscal tiene que ceñirse a ser Fiscal.

P.— Pero, ¿qué es ser Fiscal?

R.— Defender la Ley.

P.— La Ley... aunque sea injusta.

R.— Es que el problema de que la ley sea justa o injusta no es tan absoluto, porque ¿qué entiendes tú por justicia: lo que es conforme con la conciencia tuya o con la tuya y

con la mía o con la mía sólo?

P.— Con la conciencia de un niño, Paco.

R.— Bien, bien, me parece muy bien, no tengo ningún inconveniente en aceptarlo. La moral del niño que está virgen... Puede ser. Pero que un problema repugne a mi conciencia no quiere decir que sea injusto, porque yo me he podido dejar llevar en ese momento de pensamientos torpes, incluso vengativos.

P.— Y ¿quién nos garantiza que el Juez no se deje llevar por los mismos pensamientos? Porque tú has dicho: la justicia es lo que hace el Juez.

R.— Porque es lo único que se puede ejecutar.

P.— A veces he hablado, con algún Juez amigo, del problema de la soledad del Juez en su despacho, a la hora de dictar sentencia, o de dictar un Auto de prisión...

R.— Tiene peso sobre la conciencia.

P.— Pero a la larga, ¿no os deformáis, no os insensibilizáis, no se os endurece la conciencia?

R.— ¡Hombre! Puede que sí, que nos deformemos, porque, a medida que pasa el tiempo, piensas menos esas decisiones.

P.— ¿Cuántos años has estado de Fiscal?

R.— Cuarenta y tres, desde el año 48, aunque de Fiscal en la Audiencia, sólo desde que me fui a Barcelona, en el año 83. Pero te quiero explicar lo de endurecésete la conciencia. La primera vez que ves un auto de prisión, mantenerlo o no, te lo estudias mucho, pero llega un momento en que ya te lo estudias menos, porque, con la práctica, tienes el iter criminis mentalizado. Por ejemplo, el problema de la droga. Como sé cómo entra la droga en Almería, pienso que quienes son sorprendidos en ese lugar eran los que estaban alijando, no hay duda. Ese problema se puede plantear en un asesinato, por ejemplo, porque, al ser menos frecuente, no tienes tanta previsión mental. En la droga no tengo ninguna duda. El problema está en que pienso que debía condenarse, de la forma que fuera, al consumidor o, por lo menos, al consumidor en público. Pero en cuanto a los traficantes, lo tengo claro. Lo que pasa es que muchas veces no puedes pedir que se condene...

P.— Paco, yo tengo una especie de obsesión. ¿Tú crees que por imprudencia se puede ir a la cárcel?

R.— No se debía ir. Lo que ocurre es que el problema está políticamente planteado. Yo me acuerdo de que una vez, en mi pueblo, un coche pilló a un chiquillo y la gente del pueblo quemó el coche, y al conductor no porque salió corriendo y apareció en Peal.

P.— Pero hace un rato me dijiste que el Fiscal no es el Abogado del pueblo. El Fiscal no puede ser "pueblo", visceral, ni apasionado.

R.— No, claro. Me refiero a que si te pones en un problema exclusivamente de conciencia tienes que plantearte si el Fiscal no es la conciencia pública, porque si mi conciencia no coincide con la tuya, que eres el defensor, me vas a recurrir y a dejar en evidencia, así que, en ese caso, me digo que como yo no voy a meter a ese hombre en la cárcel, ni a sacarlo, formulo una acusación y allá el Juez, que recapacite. Por eso voy a decirte una cosa que quizá te sorprenda un poco: soy enemigo de los recursos; creo que el Juzgador debe tener conciencia cierta, segura, de que lo que está haciendo lo está haciendo de tal forma que lo suyo puede ser la resolución definitiva del problema. Así se evitaría que el Juez fallase pensando que, como le van a recurrir, su sentencia no tiene tanta trascendencia.

P.— Quizá eso explique esa frase de que hay muchas sentencias que sólo aciertan donde dicen "fallo".

R.— Eso obligaría a los Jueces a pensar más sus resoluciones. Yo al Supremo sólo he recurrido dos cosas, y, de Monitorios, habré recurrido diez en toda mi vida.

P.— ¿Qué porcentaje te han estimado?

R.— La mayoría.

P.— ¿Eres capaz de separar el hombre del Fiscal?

R.— No me lo he planteado nunca, quizá porque he trabajado siempre a marchas forzadas. ¿Sabes cuántos números he hecho en Almería, sólo en Almería? Treinta y dos mil justos, en seis años, tres, dos, cero, cero, cero. . . Lo he comprobado, ya jubilado, en un libro que he llevado día a día, porque, a diferencia de mis compañeros, yo no he seguido el sistema tradicional de los "palotes" para el Boletín Mensual de Estadís-

ticas, sino el de llevar un libro diario, en el que tengo los números de todos los asuntos.

P.— Perdóname un inciso. El "visto", ¿supone siempre el "mirado"?

R.— Sí. Lo que ocurre es que, después de treinta y dos mil asuntos, conozco los papeles y sé lo que tengo que mirar. La práctica es muy importante.

¡So animal!

P.— ¿Qué efecto te hace, como Fiscal, encontrarte seis o siete veces a la misma persona, al mismo delincuente.

R.— Yo he sido, digamos, paternalista, y me permitía echarle un rapapolvo al justiciable, decirle, "pero si eres tan capaz como yo o

bebe, ya no hay manera". Y le dije a aquel hombre: "¿Ha visto Vd?. Su mujer lo quiere a Vd. más que Vd. a ella, porque ya ha visto Vd. cómo, después de pegarle, ella ha venido a decir que Vd. es muy bueno" Y entonces el tío se exalta y dice: "Sr. Fiscal, pero si yo no había bebido ná. Si no me había bebido más que una botella de menta". Y yo, de golpe, salté y le dije: "¡So animal, Si eso es para morirse" El hombre se rió de mí, como diciendo: sabrá éste lo que yo soy capaz de beberme... Para mí era muy importante que el hombre saliera contrito, y no entiendo por qué se ha quitado del Código la represión privada.

P.— La creencias religiosas, ¿te han condicionado, pueden condicionar al Fiscal?

R.— Tengo que decir que sí, por-



Foto: Cristina

como el que tienes al lado, ¿por qué no te apartas de esto?". Y mi sorpresa fue cuando un Letrado de aquí, en la Sala, protestó al Presidente porque entendía que yo estaba coaccionando a su cliente. Pedí perdón al Letrado y, desde entonces, nunca más lo hice, pero creía que era muy importante. Y te pongo un caso. En los Juicios de Faltas son muy frecuentes las riñas matrimoniales, sobre todo, pegarle el hombre a la mujer. Yo pensaba siempre: "si con esta perorata consigo evitarle a esta mujer una bofetada, me doy por satisfecho". Pensando así, hacía esas admoniciones. Y te cuento un caso que me sucedió en Jódar. Le pregunto a la mujer: "¿Qué le pasa a Vd." Y dice: "Mi marido es muy bueno, muy trabajador, pero en cuanto bebe... Mire Vd., en cuanto

que, aunque no soy beato, voy a misa y confieso y comulgo cada domingo, e inevitablemente, la moral está condicionada por las creencias religiosas. Y te pongo el caso del aborto, que no veo como una libertad de la mujer, sino, más bien, como el ir contra la vida de un infante, aunque no haya nacido.

P.— Pero tú en concreto, ¿has sido capaz de hacer abstracción de ese Código moral y religioso a la hora de calificar?

R.— Sí, sí, sí, porque no he tenido problemas graves que me hayan planteado el problema de esa dualidad.

P.— Y la política, ¿condiciona o el Fiscal está obligado a abdicar de su ideología política?

R.— Teóricamente sí, porque no

podemos sindicarnos ni militar en un partido, pero yo tengo mi ideología política, aunque nunca he tenido problemas en ese sentido. El único problema que veo es que cada día se politizan más las cosas desde el punto de vista del Fiscal y del Juez.

P.— ¿Tú has recibido presiones o instrucciones políticas de Fiscalía?

R.— Ese ha sido mi punto más discordante, porque en las Juntas de Fiscalía mantengo mi criterio, y han sido muchas, o algunas, las noches en que no he dormido hasta que he adoptado una decisión. ¿Recuerdas lo que te decía de la tentación evangélica cuando me fui a Barcelona? Cuando decidí integrarme en la Cerrera Fiscal, lo hice con dos puntos decisivos: primero, irme a Barcelona con todas sus consecuencias, es decir, para arrimar el hombro y hacer lo que me correspondiera, lo que me obligó a ponerme al día. Y, segundo, —porque ignoraba qué se ocultaba detrás de aquello— que no iba a abjurar de mis convicciones, porque mis convicciones y las tengo que exponer allí, o aquí o donde sea. Y si estoy en discordancia, mala suerte, cuando no me quieran me echarán, pensaba.

El Fiscal General vive en su abstracción

P.— La Fiscalía, ¿está domesticada por el poder político??

R.— Yo entiendo que sí, pero no aquí, sino a nivel nacional. Cuando dice el Fiscal General “he dado orden” se me ponen los pelos de punta. ¿De qué va a dar usted Orden? Porque el Fiscal General no está en ninguna Fiscalía, está en Madrid, está en su abstracción. ¿Qué quiere decir cuando dice “he dado orden”: que como Vd. cree que eso es delito lo tienen que ver así todos los demás? Eso es anular la potestad o la facultad de cada Fiscal, y creo que no debe ser así.

P.— En ese orden de cosas, ¿cómo valoras la situación actual de la Justicia?

R.— ¡Pues hombre! La veo difícil, porque la Justicia se ha complicado y se ha degenerado. Para mí, el hecho de haber en Almería mil Letrados, de haber muchos, obliga a que el Letrado que empieza tenga que buscar asuntos, y, entonces, los asuntos se exprimen y se exprimen hasta el punto de que se recurre todo. Y como tú ya sabes que aquello se va a recurrir indefinidamente... Y

el Letrado, incluso, convence al cliente de que su inocencia es su inocencia, y su inocencia es su inocencia..., por cuestiones meramente procesales. El sujeto puede efectivamente ser el culpable pero, en cambio, lo primero que dice es “yo acepto la resolución de la justicia” y, cada vez que lo oigo, me subleva, porque la resolución de la justicia hay que aceptarla, eso es de iure, eso es así, es que la justicia es eso. El Juez es la persona en quien el Estado, el pueblo, quien sea, —eso es otro problema filosófico: de quien emana la Justicia— ha delegado sus funciones para que dirima los problemas pendientes entre tú y yo. Y ya está. Y ¿con qué los tiene que dirimir? Pues con la Ley y con su conciencia de hombre bueno. Y ya está. Ya no hay más. Y para traerlo a nuestro lado estamos tú por un lado y yo por otro.



Foto: Cristina

P.— Perdona un inciso. El Fiscal, ¿se siente más cerca del Juez o del Abogado o de ninguno de los dos?

R.— ¡Hombre! Como las Carreras son juntas y las oposiciones son juntas, parece como si el Juez y el Fiscal se hubieran sentido, tradicionalmente, de una misma familia; quizá hay una especie de maridaje, aunque, a la hora de resolver, eso no supone nada, pues no se me ocurre dudar de la justicia ni de la conciencia del Juez porque no me haya dado la razón. Si no me la ha dado es porque ha creído que no me la debía dar. Y esto lo tengo muy claro. Recuerdo haberle dicho a un Guardia Municipal que se quejaba de que nunca le daba la razón el Juzgado: Vd. tiene que pensar que si el Juez hiciera siempre lo que dice el Fiscal sobrábamos uno de los dos; y si yo hiciera siempre lo que dice Vd., bastaba con

que Vd. viniera y sobraba yo. Bien, pues eso me lo aplico a mí también: no tiene siempre el Juez que darme la razón. Quizá ese sea un excesivo prurito de mis compañeros. Yo me considero tranquilo de haber llevado a juicio lo que creía que debía exponerse en vista pública, pero si el Juez no quiere castigar...

P.— ¿Qué es, para tí, un Abogado?

R.— Lo que siempre quise ser. Una función tan importante...

P.— Hubieras querido ser Abogado...

R.— Sí, mi ilusión fue ser Abogado, pero no pude, porque mi padre, que no tenía medios, me dio estudios como dice la gente, pero ser Abogado requería que yo hubiera estado otros cuatro o cinco años viviendo de mi padre. Hice oposiciones, me dieron Fiscales, y ya me casé... Pero mi vocación hubiera

sido ser Abogado.

P.— ¿Y has sido feliz?

R.— Yo ahora soy Fiscal, he sido Fiscal muy a gusto y he sido feliz siendo Fiscal.

P.— Te han jubilado con 68 años, después de cuarenta y tres de ejercicio profesional.

R.— Sí. Me nombraron Fiscal de Orcera, que fue mi primer destino, el 19 de enero de 1948, y tomé posesión el 23 de febrero.

P.— ¡Dios, qué día!

R.— Lo he visto hoy, repasando unas notas. Eran tiempos idílicos, pues me recorría la Jurisdicción, en medio de la Sierra, aún a costa de levantarme a las cuatro de la mañana, en los Alsinas, en burros e incluso en el camión del suministro. En el año 52 me fui a Villacarrillo, donde estuve hasta el 73; del 73 al 83

en Ubeda; en el 83 me fui a Barcelona, donde estuve un año. Y, de Barcelona, me vine a Almería.

P.— ¿Te consideras un Fiscal Rural?

R.— Un poco sí. Estoy harto de ir a inspecciones oculares al campo a lomos de caballería o andando, porque en aquella época no sólo había coches, sino ni taxis.

P.— ¿Eres serrano o mediterráneo?

R.— De mi pueblo, aunque mi alma es serrana, pero yo no hablo de serrano o de mediterráneo. Lo que veo es que la vida aquí está más mercantilizada, hasta el extremo de que si hablas con la gente es por algo, mientras en que mi pueblo hablo con la gente por nada.

P.— Y haber pasado prácticamente toda tu vida profesional en la provincia de Jaén, y en la sierra; haber ejercido de Fiscal Rural, ¿te ha hecho más humano?

R.— Creo que sí, porque la humanidad surge, o se fomenta, con el roce, y naturalmente, en un pueblo se tiene más roce que aquí, donde no tienes roce con la gente, donde sólo tienes roce con los papeles. El roce con la gente es escaso y quizá yo haya tenido más porque tenía más costumbre y porque no le he dicho jamás a ningún Letrado cuando ha ido a verme "me tiene Vd. que esperar", sino pase, siéntese Vd. y dígame Vd. qué quiere.

P.— ¿Algún hijo ha seguido tu carrera?

R.— Tengo una hija que ejerce la Abogacía en Granada y un hijo Juez, que está en Baeza, al que recomendé que se fuera a Baeza porque es el mejor Juzgado que he tenido nunca, en el sentido de que la gente es más buena; no porque el Juzgado funcione mejor, sino porque la gente es muy buena.

P.— Esa es una idea maravillosa, que jamás se me había ocurrido. ¿Dices que hay pueblos de gente buena y pueblos de gente mala, pueblos buenos y pueblos malos?

R.— Sí, sí. Los pueblos donde la gente aguanta con estoicismo el chaparrón que antes te decía, te hace caso, y no reincide, revelan una bondad del justiciable.

P.— Y Almería, ¿es pueblo bueno o malo?

R.— Quitando algunos elementos que son malos por se, elementos

cualificados, al almeriense yo lo defino como buena persona.

P.— La jubilación, Paco, ¿viene de júbilo, o para tí, ha sido un trauma?

R.— Para mí no ha venido de júbilo, para mí ha sido un trauma, porque creo que el Estado obra muy mal al considerar que el pantano que hizo Franco es suyo pero no lo es la obligación que Franco contrajo conmigo de que yo fuera Fiscal hasta los setenta años. Considera suyo sólo lo que le es beneficioso y apropiado. No me explico por qué tienen tanto problema para la formación de los profesionales, de los Jueces y de los Fiscales y, en cambio, cuando llega uno a los sesenta y ocho años le dicen "a su casa". Y le dicen a su casa, además, nada más que a los que quieren decírselo, porque en Madrid hay gente que se queda para más años, como eméritos o por una serie de circunstancias que han sacado por ahí nada más que para elegir con el dedo a los que les gustan. Y yo creo que eso está mal, pero cambiará, porque lo que quieren es quitarnos a los que estábamos.

P.— ¿Por qué?

R.— Porque estuvimos en tiempos de Franco.

La Toga como hábito

P.— ¿Qué tiempo tarda en hacerse un Fiscal o un Juez?

R.— Depende, porque yo, cuando me fui a Barcelona sólo estaba formado como Fiscal de Distrito, aunque mis hijos se habían criado en el temor de que su padre, en vez de tener un hábito, lo que tenía era la toga, porque yo la toga la he vestido como si fuera un hábito, como si fuera parte integrante de mi manera de ser, de tal modo que creo que, en mi vida, no me he tomado dos copas de más porque no estaba bien que yo luego reprimiese a la gente que se las tomaba. Nunca acaba uno de hacerse. Lo que ocurre es que está mal que se sea Magistrado con veintiséis o veintisiete años.

P.— Has predicado, pues, con tu ejemplo.

R.— ¡Hombre! Lo he procurado algunas veces, pero tanto como predicar no, porque sería demasiado...

P.— Permíteme una pregunta anecdótica, pues debemos ir acabando. Las películas americanas, ¿han condicionado a la sociedad sobre el papel del Fiscal; no pueden haber creado un estereotipo, estilo

Srta. Davenport?

R.— Las películas americanas y el programa "Tribunal Popular", de TVE, son nefastas porque, en España, la Justicia nunca será así —y recuerdo mis discusiones, en Barcelona, con el Fiscal Mena, un magnífico jurista, pero con ideas un tanto revolucionarias en ese sentido de la inmediatez— ya que, como comprenderás, a pesar de que en las películas salga el Juez con el mazo en la mano esperando que le lleven un cliente, en ninguna parte ocurre así. Aparte de que yo soy de quienes creen que el tiempo en la Justicia tiene un valor; yo creo que la justicia se administra mejor, para el justiciable, a distancia, con lejanía en el tiempo, habiendo pasado un lapso...

P.— Acabemos, Paco, Tu vida futura, ¿por dónde va; cuáles son tus hobbies, tus aficiones, tus proyectos?

R.— Mi hobby es leer "El Quijote". Lo leo todos los años y ahora quiero escribir una cosa sobre Sancho Panza que, para mí, es un personaje fenomenal y que está menos estudiado que D. Quijote, porque es que de D. Quijote parece que ya no se puede decir nada. Tengo muchísimos ensayos y cosas sobre el Quijote.

P.— ¿No has sido un Fiscal un poco quijote?

R.— No, eso es otra cosa... Sancho es el hombre del pueblo con el que rozas más, un hombre con el que tu rozas, con el que tu tratas; un hombre que le tiene apego a su vida, y a su suelo y a su mujer y a sus hijos. El otro, con defazer entueritos ya tiene bastante, y ¡hombre!, eso no deja de ser una cosa un poco ilusoria: siempre no se deshacen entueritos, aunque sea una aspiración.

Fausto Romero-Miura



COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Asociaci3n de Mujeres Juristas, Comisi3n de Abogadas

Cuesti3n de inconstitucionalidad n3 1419/1988, promovida por Magistratura de Trabajo n3 1 de Alava, por supuesta inconstitucionalidad del art. 160 de la Ley General de Seguridad Social.

Una vez m3s, nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia de fecha 15 de Noviembre de 1990, neg3 la pensi3n de viudedad a la conviviente, despu3s de 40 a3os de convivencia con el difunto, al no haber v3nculo matrimonial.

Sin embargo, el motivo de este breve art3culo no es repetir lo que se ha dicho ya hasta la saciedad, respecto a fallos como 3ste, que discriminan a las personas por raz3n de su estado civil.

Lo que queremos desde aqu3, es haceros reflexionar sobre los comentarios que se vierten en la misma en su fundamentaci3n jur3dica y que vamos a transcribir literalmente aqu3, aunque verdaderamente es aconsejable leerla 3ntegramente, no pudiendo nosotras transcribirla entera por su gran extensi3n.

...“no s3n necesariamente incompatibles con el art3culo 39.1 de la Constituci3n, aquellas medidas de los poderes p3blicos que otorguen un trato distinto y m3s favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”.

...“El matrimonio es una instituci3n social garantizada por la Constituci3n, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional..., y nada de ello ocurre con la uni3n de hecho *more uxorio*, que no es una instituci3n jur3di-

camente garantizada ni haya un derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

...“En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la uni3n matrimonial y la puramente f3ctica”.

Vemos pues, c3mo la Sentencia dictada nada m3s y nada menos por el Tribunal Constitucional, ampara conductas discriminatorias viendo con buenos ojos que tanto los poderes p3blicos como el legislador, conceda privilegios a personas casadas de las que no lo est3n.

Para terminar, nos queremos adherir a todos y cada uno de los razonamientos vertidos por el Magistrado Sr. Don Luis L3pez Guerra, en su voto particular en esta cuesti3n de inconstitucionalidad, que discrep3 en la decisi3n adoptada por la mayor3a del Pleno.

Voto particular que formula el Magistrado Don Luis L3pez Guerra en la Cuesti3n de Inconstitucionalidad n3m. 1419/88.

Discrepo de la decisi3n adoptada por la mayor3a del Pleno del Tribunal Constitucional en relaci3n con la cuesti3n planteada por la Magistratura de Trabajo de Vitoria acerca del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y de la disposici3n adicional d3cima, 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio. En mi opini3n, tales preceptos vulneran los mandatos del art. 14, en relaci3n con el art. 41 de la Constituci3n Espa3ola.

Ciertamente, el reconocimiento expreso de la instituci3n matrimonial en el art. 32 de la Constituci3n, y del derecho a contraer matrimonio, implica una protecci3n constitucional de esa instituci3n y, en consecuencia, habilita al legislador un

r3gimen propio del matrimonio en sus diversos aspectos (de convivencia, econ3mico, o sucesorio, entre otros), r3gimen que, a3n cuando distinto del aplicable a las uniones de hecho, no vulnerar3a el principio de igualdad, al tratarse de situaciones diferentes.

Esta habilitaci3n constitucional, no obstante, no puede entenderse como la posibilidad ilimitada de establecer tratamientos favorables para un conjunto de ciudadanos, por el hecho de estar, o haber estado casados, frente a los que no ostentan esa condici3n. Pues como es doctrina constante de este Tribunal, no basta con aducir cualquier diferencia de situaci3n para justificar una diferencia de trato. Es necesario adem3s, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario. Ello implica que ha de haber una correlaci3n entre el elemento diferenciador, y el resultado que de 3l se deriva, esto es, en este caso, la diversidad de tratamiento por el legislador. La Sentencia de la que discrepo admite expresamente esta doctrina, al manifestar que su razonamiento “no conduce a afirmar que toda medida que tenga como 3nicos destinatarios a los c3nyuges, con exclusi3n de quienes conviven establemente en uni3n de hecho sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jur3dica y la prohibici3n de discriminaci3n que la Constituci3n garantiza en su art. 14” (F. J. 2).

El art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social que se cuestiona viene a establecer una diferencia de trato entre miembros supervivientes de uniones estables, en el caso de fallecimiento del otro miembro cotizante de la Seguridad Social, seg3n haya existido o no v3nculo matrimonial. Independientemente de la duraci3n de la convivencia, de la

situación de necesidad, o del desequilibrio económico causado por el fallecimiento, de dicho precepto resulta que solamente si existió vínculo matrimonial procederá la atribución al superviviente de la pensión de la Seguridad Social que allí se prevé.

Si las prestaciones de la Seguridad Social se configurasen como elementos naturalmente integrados del régimen del matrimonio, o como técnicas de protección de la institución matrimonial, no cabría duda de que el legislador podría, legítimamente, excluir de tales prestaciones a los ciudadanos no casados, y en el presente supuesto podría excluir de las pensiones previstas en el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social a los supervivientes de uniones de hecho. **Pero no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social tenga como objeto configurar el régimen de la institución matrimonial, ni proteger tal institución: lo que prevé el art. 41 de la Constitución es "un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad".**

Cuando la Constitución establece el criterio de la necesidad como determinante de la asistencia y prestaciones de la Seguridad Social, y ello con respecto de todos los ciudadanos (y no sólo de los casados) estimo que no resulta razonable introducir otro criterio sin relación alguna con éste (el de la preexistencia de vínculo matrimonial) para determinar si procede o no una determinada prestación. La Sentencia de la que disiento viene a reconocer explícitamente que el fin de la norma en cuestión es compensar frente a un daño, y afrontar unas repercusiones económicas negativas, como son las causadas por el fallecimiento de uno de los miembros de la unión matrimonial (F. J. 4). Pero en el supuesto de uniones estables, tal daño o reparación económica negativa se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Se da así, en sentido lato, una "situación de necesidad" en los términos del art. 41 de la C.E., situación que afecta tanto al superviviente de una unión matrimonial como al de una unión de hecho. Y ello no obstante, el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social, basándose en un criterio radicalmente ajeno a los objetivos y

el ámbito constitucionales de la Seguridad Social definidos en el art. 41 C.E., como es la existencia o no de vínculo matrimonial, establece una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico: concede una pensión al superviviente de una unión matrimonial, y se la niega al superviviente de una unión estable no matrimonial. Se produce, por tanto, una vulneración del principio de igualdad del art. 14 C.E., en relación con los mandatos del art. 41 de la misma norma, al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento. Ello debería conducir a la declaración de inconstitucionalidad del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y, consecuentemente, de la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, en cuanto excluyen de la pensión allí prevista al superviviente de uniones estables no matrimoniales.

Madrid, a diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa.

JURISPRUDENCIA

«LOLA, NI FLORES»

Fausto ROMERO MIURA



En el número tres de SALA DE TOGAS, comentamos la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1988, en relación con la supuesta defraudación a Hacienda de Lola Flores.

Meses después, el Tribunal Supremo ha dictado, con fecha 27 de diciembre de 1990, Sentencia por la que condena a la célebre "Lola de Hacienda" como autora responsable de dos delitos fiscales del antiguo Art. 319 CP, y dos delitos contra la Hacienda pública del vigente Art. 349 CP.

Durante dos días consecutivos, el diario económico CINCO DIAS ha publicado, bajo el título "Análisis de la Sentencia del 'Caso Lola Flores'", el comentario que, sobre dicha sentencia han elaborado **Jesús-María y Manuel-José Silva Sánchez**, Catedrático de Derecho Penal y Abogado del Estado, respectivamente.

Por su indudable interés, reproducimos íntegramente dicho trabajo.

* * *

"La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990, ponente Excmo. Sr. Ruiz Vellido, está llamada probablemente a desempeñar un importante papel en el debate jurídico desarrollado en España en torno a los delitos contra la Hacienda pública. Su valor es doble: por un lado, constituye la última aportación a la escasa jurisprudencia del alto Tribunal en materia de delitos contra la Hacienda pública; por otro, es la primera sentencia en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la trascendencia en el ámbito punitivo de la importan-

tísima sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989. Esta, al declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de determinados artículos de la Ley 44/1978 reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y la simple inconstitucionalidad de otros, planteaba varias cuestiones. De una parte, el futuro régimen de tributación por el IRPF de las personas casadas y la viabilidad de las pretensiones de devolución de ingresos.

De otra, la posibilidad de aplicar retroactivamente la normativa que se dictara en sustitución de la anulada a los efectos de giro de liquidaciones, devengo de intereses de demora, imposición de sanciones y condena por delitos fiscales, referido todo ello a hechos correspondientes al período anterior a la Ley 20/1989 de 28 de julio. Respecto a este último supuesto, la situación de la jurisprudencia penal y contencioso-administrativa muestra, aparte de escasez, contradicción e incertidumbre.

La posibilidad de girar liquidaciones tributarias que sustituyesen a las anuladas con aplicación de la nueva normativa fue reconocida por la jurisprudencia incluso antes de que aquélla se promulgase, y con referencia expresa a la resolución de la Secretaría General de Hacienda de 28 de febrero de 1989. Así, la sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 11 de abril de 1989 establecía que la liquidación anulada "habría de ser sustituida por otra a practicar cuando se promulguen las modificaciones o adaptaciones normativas que impone la sentencia del supremo intérprete de la Constitución".

En sentido similar se pronunciaron las sentencias de la Sala Tercera del mismo tribunal de 9 y 16 de mayo, y 14 de junio del mismo año, y la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de julio. Tras la entrada en vigor de la Ley 20/1989 de 28 de julio, de adaptación del IRPF y del IFPPF, su aplicación retroactiva fue ratificada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1990.

Respecto de los intereses de demora y sanciones tributarias, se ha dictado por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la sentencia de 8 de noviembre de 1990, recientemente notificada, en cuyos fundamentos de derecho se indica que "la previsión contenida en el Art. 25 CE, conforme a la cual andie puede ser condenado o sancionado sino en virtud de infracción penal o administrativa fijada con anterioridad a su comisión, referida al caso examinado, supone que los elementos de la infracción tributaria, han de ser conocidos en el momento de su comisión por el presunto autor de la misma.

Cuando uno de los elementos de la infracción —su límite cuantitativo—, que a su vez condiciona el alcance de la sanción a imponer —en función de la cuota defraudada— no era susceptible de ser conocido por los recurrentes —por mor de la declaración de inconstitucionalidad que recayó sobre la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en cuanto a la llamada obligación de tributación conjunta de los cónyuges—, siendo fijadas con posterioridad aquellas cantida-

des (cuotas tributaria, sanción y deuda tributaria) en aplicación de una normativa de fecha también posterior, ha de concluirse que se ha producido la vulneración constitucional invocada.

En consecuencia, se entiende que ha existido violación del Art. 25 CE, y procede estimar el recurso, dejando sin efecto la determinación de los intereses de demora y sanciones establecidas en las actas impugnadas". Esta sentencia no es firme y, obviamente, ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo.

En materia de delitos contra la Hacienda pública, frente a la tesis del vacío normativo antes de la nueva normativa (sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 1989, cuyo recurso de casación resuelve la sentencia que motiva este artículo) y después de la misma (sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de diciembre de 1989), que lleva a la absolución, se yergue el auto de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de junio de 1990, en el que se indica que "cabe, desde promover una cuestión prejudicial, por si fuera posible para la concreción de la cuota tributaria correspondiente, con arreglo a parámetros corregidos según la exigencias constitucionales, a interpretar que el tribunal podría llegar a la conclusión de que, dada la cuantía de la defraudación, la introducción de criterios correctores nunca alcanzaría a hacer descender aquella cuota por debajo del umbral de lo delictivo".

Esta era la situación previa a la notificación de la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990. Sin embargo, tampoco ésta, como se verá, da respuesta a la cuestión —que parece centrar— de si la nueva normativa que, en materia tributaria, establece la Ley 20/1989, puede utilizarse para integrar el contenido de los elementos de los tipos penales del delito contra la Hacienda pública que remiten al ámbito extrapenal, todo ello a los efectos de determinar si hechos realizados con anterioridad a la publicación de la sentencia del TC de 20 de febrero de 1989, y enjuiciados en la actualidad, pueden

estimarse constitutivos de delito o no.

En efecto, como se ha señalado, el régimen tributario proveniente de la Ley 44/1978, anulado por la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, sólo se ve sustituido por uno nuevo a partir de la Ley de 29 de julio de 1989, con lo cual cabe apreciar, a propósito de los hechos con relevancia tributaria producidos con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, la existencia de tres normativas sucesivas: a) la de la Ley 24/1978, cuya vigencia finalizaría al dictarse la STC; b) la ausencia parcial de normativa, en el período que media entre la anulación de las disposiciones anteriores por el TC y la entrada en vigor del nuevo sistema establecido en la Ley 20/1989, y c) en fin, la normativa de esta última.

El carácter problemático de la cuestión, esto es, de si esta sucesión de normas tiene relevancia alguna en el ámbito penal, ha hecho de éste un campo abonado para la polémica, sobre lo cual ya se han efectuado algunas indicaciones previas. Pues bien, adelantando ahora lo que después se indicará de modo más detallado, cabe señalar que la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que comentamos opte por entender que, a los efectos del caso enjuiciado (unidad familiar con renta procedente de uno solo de sus miembros), nunca ha existido tal vacío legal en la normativa extrapenal (Fundamento de Derecho Tercero, III, 4 MF). Por tanto, sigue siendo perfectamente posible determinar la concurrencia de la totalidad de los elementos descritos en los tipos delictivos del Art. 319 CP (vigente hasta 1985) y del artículo 349 CP, actualmente vigente. Ello le lleva a sostener la solución condenatoria por dos delitos fiscales del antiguo Art. 319 CP, y dos delitos contra la Hacienda pública del vigente Art. 349 CP. Ahora bien, como asimismo se señalará luego, manifiesta la imposibilidad de determinar la cuantía concretamente defraudada, al no haberse establecido por el Tribunal de Instancia, entre los antecedentes de hecho estimados probados, los llamados gastos necesarios, y no constar éstos en documentos, a los efectos de la casación (Fundamento de Derecho Segundo).

Por este motivo se opta por estimar que la cuantía defraudada es la mínima que determina la condición delictiva de la defraudación, imponiéndose, asimismo, la sanción en su grado mínimo (Fundamento de Derecho Tercero, IV, 4 y 5 MF). Con todo, la propia sentencia ha sido fiel expresión del carácter altamente polémico de esta problemática. En efecto, es precisamente este punto el que provoca la discrepancia entre los magistrados y conduce a que el ponente inicialmente previsto para esta causa (Excmo. Sr. Barbero Santos) deje de serlo y emita un voto particular discrepante de la sentencia condenatoria en los términos en que ésta ha sido formulada.

¿En dónde radica el nudo gordiano en la cuestión? Tanto la regulación del delito fiscal en el Art. 319 CP, derogado en 1985, como la regulación del delito contra la Hacienda pública en el artículo 349 CP vigente, no se limitan a requerir la producción de una defraudación a la Hacienda, sino que exigen que ésta sea de una determinada cantidad: igual o superior a dos millones de pesetas, en la regulación que establecía el antiguo Art. 319, superior a cinco millones de pesetas, en la regulación del vigente Art. 349. En éste, como en otros aspectos, se muestra su naturaleza de tipos penales en blanco. En lo que aquí interesa, ello significa que la afirmación de que la conducta de un sujeto realiza el tipo de uno u otro delito exige una previa labor de liquidación en virtud de la cual se establezca a cuánto ascendía la deuda de dicho sujeto respecto a la Hacienda pública para, en contraposición a lo realmente declarado (si es que declaró algo), fijar el montante de lo defraudado. La labor de liquidación, encaminada a la fijación de la cuantía de la cuota defraudada, debe llevarse a término por el Tribunal Penal —sin que exista aquí prejudicialidad de ningún género—, aplicando la legislación extrapenal (tributaria) correspondiente (Fundamento Derecho Cuarto-AE). De ahí que surja un problema en cuanto diversos preceptos de la legislación extrapenal, a los que parece que el Tribunal Penal ha de recurrir a fin de determinar la cuota defraudada, son anulados por el Tribunal Constitucio-

nal. En el caso de la artista Lola Flores, los hechos fueron, ciertamente, cometidos cuando todavía estaban en vigor los preceptos extrapenales referidos. En efecto, es hecho probado que la procesada no presentó las declaraciones de la Renta de las Personas Físicas relativas a las anualidades 1982, 1983, 1984 y 1985. Sin embargo, a la hora de proceder al enjuiciamiento de tales hechos, cabría sostener teóricamente dos hipótesis.

Por una parte, podría entenderse que los tipos penales a aplicar precisaban complementarse con alguno de los preceptos tributarios que fueron declarados nulos, existiendo en su lugar, primero, un vacío legal y, después, una nueva normativa. Así lo entendió en su momento la Audiencia Provincial de Madrid y, ahora, el voto particular del magistrado señor Barbero Santos. En la conclusión, su tesis es la de que, anulados los preceptos extrapenales con lo que determinar la cuantía defraudada, no puede presumirse que ésta sea superior al límite mínimo requerido para la infracción penal, con lo que no puede condenarse. Ello, tanto si el hecho se enjuicia durante el periodo del supuesto vacío legal (así, la AP Madrid), como si lo es durante el periodo de vigencia de la nueva normativa (así, el voto particular del señor Barbero Santos). En la base de esta solución podría hallarse la doctrina tradicional del Tribunal Supremo relativa a la necesaria aplicación de la ley intermedia más favorable. Una variante de signo diferente sería la representada por la doctrina establecida en el citado auto de la AP Madrid de 26 de junio de 1990, en el que se admitía expresamente la posibilidad de una aplicación retroactiva de la nueva normativa.

Sin embargo, frente a lo anterior, cabe por otra parte, una segunda hipótesis, y ésta es la que sigue el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de diciembre de 1990. En efecto, el Alto Tribunal, si lo entendemos bien, procede a una interpretación, que cabría calificar como teleológica, de la sentencia del Tribunal Constitucional y del alcance de su declaración de nulidad de ciertos preceptos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Ciertamente, el fin declarado de la anulación por el Tribunal Constitucional de tales pre-

ceptos es la salvaguarda del principio constitucional de igualdad que se vería vulnerado, por ejemplo, en perjuicio de los contribuyentes casados, al verse éstos obligados a presentar una declaración conjunta con acumulación de rentas. De ahí desprende la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que aquellos preceptos sólo están anulados en tanto en cuanto su aplicación pueda resultar vulneratoria del principio de igualdad, esto es, discriminatoria de los contribuyentes casados. Por contra, tales preceptos, no se verían anulados en la medida en que su aplicación se mostrara conforme con el principio de igualdad y, por tanto, no produjera efectos de discriminación (Fundamento de Derecho Tercero, IV, 4.b)-MF). Esto es, en opinión de los magistrados que suscriben la sentencia, lo que sucede en el caso sometido a juicio (Fundamento de Derecho Tercero, IV, 4.d) y e) MF). En efecto, en estos casos de unidades familiares con un único perceptor de renta, la obligación de acumulación (de rentas) produciría, obviamente, resultados inocuos para el contribuyente y no se mostraría como discriminatoria. Por tanto, la referida obligación de acumulación, establecida en la Ley del Impuesto sobre la Renta hasta la Ley 20/1989, no habría sido anulada por la sentencia del Tribunal Constitucional de modo general. Más bien, sólo habría sido declarada nula para aquellos casos en que, por aportar renta diversos miembros de la unidad familiar, la imposibilidad de declaración separada se mostrara como perjudicial, esto es, discriminatoria para estos contribuyentes. En definitiva, en el caso de autos, único al que cabe referir la argumentación del Tribunal Supremo, podría procederse a integrar los tipos penales del delito contra la Hacienda Pública con la normativa extrapenal a los efectos de determinar el elemento normativo cuantía de la cuota defraudada, fundamentándose así la solución condenatoria. Si, pese a ello, se constata la imposibilidad de fijar la concreta cuantía defraudada, ello es debido, como se señala, a que el Tribunal de Instancia no recogió, entre los antecedentes de hecho probados, los gastos necesarios. Ello, sin embargo, no impide entender que el hecho de "que el fraude supera los dos millones y los cinco millones, respectivamente, en orden al derogado artí-

culo 319 y al actual 349 del Código Penal, es cuestión no debatida; no se ha puesto en tela de juicio. La Sentencia lo declara así expresamente como hecho probado" (Fundamento de Derecho Tercero, IV, 1)-MF). Esto es, que se ha superado en todo caso la barrera de lo ilícito penal. Lo anterior explica que se establezca como cuota defraudada el mínimo posible en cada caso y que la sanción, tanto privativa de libertad como pecuniaria, se mueva también en el ámbito mínimo (Fundamento de Derecho Tercero, IV, 5) y 6)-MF). Como se desprenderá de lo señalado, el TS se abstiene en esta sentencia de sentar una doctrina general sobre la materia polémica reseñada, limitándose a la resolución de la concreta problemática del caso de autos. Sin embargo, no pueden desconocerse las importantes repercusiones de una interpretación teleológica de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 del tenor de la que efectúa el TS.

El carácter nuclear de las cuestiones aludidas impide dedicar aquí la debida atención a otros temas considerados en la sentencia y acerca de cuyo interés no es necesario insistir. Así, por ejemplo, se advierte en ella una toma de posición decidida en el sentido de que la omisión de declaración constituye un medio idóneo de defraudación a la Hacienda Pública y, por tanto, de realización del tipo delictivo. Asimismo, se sostiene la tesis de que la relación entre el Art. 349 CP y el Art. 350 bis del mismo cuerpo legal es una relación, no de concurso de delitos, sino de concurso de leyes, y, en concreto, sometida al principio de consunción. Ello, entre otros muchos aspectos importantes, como el relativo a si la cuantía defraudada constituye el resultado del delito o bien es una condición objetiva de punibilidad. Por no mencionar las consideraciones que efectúa el magistrado señor Barbero Santos en su voto particular a propósito de la aplicabilidad del Art. 350 bis al caso enjuiciado. Sin embargo, el análisis de todas estas cuestiones, así como una valoración global de la doctrina contenida en esta sentencia, que requiere ciertamente una profunda reflexión, habrán de acometerse en otro momento y en otro momento y en otro lugar.

NUESTRA JURISPRUDENCIA

José María REQUENA COMPANYY

DICE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 1990 (Ponente Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón):

"... La excepción dilatoria prevista en el artículo 533 nº 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiende al dictado de una sentencia absolutoria en la instancia, cuando la demanda iniciadora del procedimiento no reúna los requisitos previstos en el artículo 524 de igual texto legal, es decir, sólo podrá utilizarse y proponerse dicha excepción si la demanda carece de algunos de sus elementos esenciales, a los que ya las Partidas se referían en número de cinco, el nombre del Juez ante quien se presenta el nombre del que la hace, el de aquel contra quien la quiere hacer, la cosa, la cuantía y el hecho de la demanda y en último término, porqué razón la pide".

"TERCERO.— Centrado el tema en los términos antes referidos, no deja de tener razón la sentencia impugnada que acogió la excepción comentada, pues si bien le es permitido al actor solicitar una condena dirigida a obtener una indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía quede pendiente de fijar en ejecución de sentencia, no lo es menos que tanto por mandato del **Artículo 360** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como por el principio de economía procesal, en beneficio de todos los litigantes, **se debe prescindir del trámite de ejecución de sentencia para fijar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio en casos, como el presente, en el que el supuesto de hecho y las bases que han de tenerse en cuenta para la fijación de la cuantía indemnizatoria, son conocidos a priori, y desde el mismo momento de la pre-**

sentación de la demanda, por todo ello el actor, conociendo el hecho causal, cual fue la colisión que sufrió (...) así como las consecuencias de dicha colisión y por lo tanto las bases a tener en cuenta para fijar la oportuna liquidación, como expresamente recoge en el hecho primero de su demanda, **debió cuanto menos fijar y solicitar el límite máximo del objeto litigioso** (cuantía



líquida reclamada), y no hacer una petición ambigua, tendente a la reclamación de daños y perjuicios derivados de aquel accidente, sin más especificaciones, que dejar para ejecución de sentencia la cuantía de la indemnización, recurso éste que la Ley sólo autoriza en casos excepcionales en los cuales no pueda ponerse fin a la controversia con la determinación específica de la cuantía de daños y perjuicios (sentencia de 14 de mayo de 1963".

COMENTARIOS: Dada la habitualidad de la inclusión en los suplicos de las demandas civiles de la pretensión genérica de una condena de abono por "DAÑOS Y PERJUICIOS, QUE SE DETERMINARAN EN EJECUCION DE SENTENCIA", nos parece de relevante interés, traer a conocimiento y debate general, la tesis mantenida por nuestra Audiencia Provincial, en la sentencia parcialmente transcrita, conforme a la que, en resumen, cuando "las bases que han de tenerse en cuenta para la fijación de la cuantía indemnizatoria, son conocidas a priori, y desde el mismo momento de la presentación de la demanda, (ésta) debió cuanto menos fijar y solicitar el límite máximo del objeto litigioso", por lo que estima la excepción dilatoria del nº 6 del Art. 533 LEC.

A mi juicio, hay dos aspectos que merecen especial atención referidos, el primero, al fondo en sí de la tesis sobre la existencia previa, al momento de formular la demanda, de las bases para la liquidación, o sea, hecho causal y consecuencias que se pretenden reparar o que funden la indemnización, y el segundo, el cauce por el que, en este caso concreto, se ha instrumentado la oposición, o sea, como excepción dilatoria del nº 6 del Art. 533, recogida en el propio escrito de oposición a la demanda.

Respecto al primero de los extremos, es claro que el Art. 360 LEC. abarca sólo aquellos supuestos que no permitan concretar "a priori" la liquidez de las sumas que integran el objeto de la contienda (Cfr. S.TS. 28.6.78), en tanto que tal precepto, SOLO es aplicable a los supuestos previstos en su párrafo 1º, y por tanto, lo que puede diferirse para la ejecución de sentencia, lo UNICO que puede diferirse, es la fijación del

"quantum" del daño indemnizable, y ello además, SOLO en los supuestos en que el proceso principal tenga como objeto, precisamente, la prueba misma del daño y declaración de su existencia, puesto que, producido y conocido tal, al tiempo de formularse la demanda, lo que en puridad constituye el objeto de ésta, es precisamente la fijación del quantum, por lo que sería, es, un fraude procesal, intentar sustraer al período cognoscitivo del proceso la fijación de una cuantía que constituye el fin último y primordial de la reclamación, remitiéndola a trámites subsidiarios, cuando se puede tratar de tal extremo en el trámite de mayor garantía procesal. Al respecto cabe citarse además de la Sent. del T.S. citada en la resolución de la Sala, 14.5.63, las Ss. de 3.5.61, 22.5.84 etc.

Desde otra óptica analizada la misma cuestión, a menudo resulta y podemos comprobar, quizás con demasiada frecuencia, que siendo objeto del proceso principal un incumplimiento contractual de parte, se produce la remisión para la fijación de los "daños y perjuicios", al trámite de ejecución de sentencia que declare el propio incumplimiento, tratamiento perezoso e inapropiado de la cuestión, ya que en cuestión de daños y perjuicios, éstos, no van "INELUDIBLEMENTE LIGADOS AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL" por lo que es necesario justificar y probar durante el proceso principal, la existencia real de los mismos y sus consecuencias para los reclamantes, como recoge, ya desde Sentencias tan tempranas como las de 21 de Junio de 1893 y 13 de Noviembre de 1895, el

Tribunal Supremo enseñando que "para que el fallo pueda mandar que se liquiden en ejecución de sentencia los daños, es preciso haber probado en el proceso su existencia" sin que por contra, "el daño pueda ser probado en ejecución de sentencia (S.T.S. 31.12.1932), tesis ratificada en resoluciones más recientes como las de 31.6.76; 27.3.72; 29.11.85, etc., y que no cuenta con más excepciones que aquellos casos singulares en los que la falta de prestación contractual o hecho causal indemnizable, constituye "in re ipsa" el propio daño y perjuicio objeto de cuantificación.

El segundo aspecto de atención de la Sentencia comentada, se refiere al cauce escogido por la demandada para oponerse a la reclamación, en base a la excepción dilatoria nº 6 del Art. 533 de la Ley Procesal, excepción que en general no obliga a entablar nueva demanda, ni debería provocar otra consecuencia que la corrección, en cada caso, del presupuesto o vicio denunciado, facultad de subsanación que tradicionalmente autorizaba el juicio de cognición y que en el proceso ordinario se podía afrontar en los escritos de "réplica", y que, en la actualidad, a raíz de la Reforma procesal de 1984, se consagra de forma paladina a través del apartado 3º del Art. 693 de la LEC, cuya lectura nos plantea la siguiente meditación: ¿No debería el Juez de Instancia, haber suplido la posible falta de parte, y haber procedido a la habilitación de los diez días para subsanación a que autoriza tal precepto?

Aunque hay resoluciones que parecen indicar lo contrario. ("cuan-

do la indefensión se produce por negligencia de la parte, no puede ser suplida por la actividad del Juez de oficio; Ss. A.T. Zaragoza y A.P. Lugo 22.12.80) y A.P. Cuenca 8.9.83), personalmente no me cabe ninguna duda de que el espíritu y la letra de la Reforma Procesal de 1984, que incluso instituye la intervención de oficio del Juez al efecto, reclama tales tutelas judiciales, interpretación que además encuentra manifiesto amparo en el propio Art. 24 de la C.E., por el bien último de los que reclaman Justicia rápida y eficaz (tesis llevada por cierto recientemente a la práctica por algún Juzgado de esta ciudad, como el nº 3 en defensa de los usuarios de pólizas bancarias).

Sin embargo tal singularidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería que comentamos, no afecta al aspecto más generalizado de la remisión al trámite de ejecución de sentencia de los daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual a que nos referíamos antes, cuyas bases no han sido objeto de atención probatoria durante el proceso principal y que se enganchan normalmente a remolque de la declaración principal del incumplimiento, imposibilitando en la práctica, el acceso a las propias indemnizaciones, por falta de acreditación previa de la propia existencia y alcance del daño, con el efecto añadido de quedar desestimados en sentencia de fondo, con secuelas de "cosa juzgada" y no susceptibles por tanto de reproducción posterior.

CONCLUSIONES DEL IV CONGRESO DE MUJERES ABOGADAS - TOLEDO, 1990

Aspectos conflictivos de las relaciones de convivencia.
Su contemplación en las parejas libres y en el matrimonio.



En Plenario constituido el día 7 de Diciembre, a las 10 horas de la mañana se aprobó una definición de UNION LIBRE para, a partir de este concepto, estudiar en las comisiones los diferentes aspectos de la UNION LIBRE como sucesiones, vivienda, bienes comunes, situaciones de ruptura, seguridad social, extranjería, etc.

UNION LIBRE es aquella relación de convivencia y afectividad entre personas.

Así mismo se puso de manifiesto que la UNION LIBRE es una forma de familia protegida por la Constitución Española de 1978.

Aspectos económicos: Vivienda, bienes comunes

I. La regulación de los bienes comunes que se generan en las Relaciones de Convivencia se regirán por el principio general de Libertad de Pactos establecido en el artículo 1.225 del Código Civil.

En el supuesto de no existir pacto entre los convivientes, la titularidad se adjudicará a la persona que acredite la propiedad a través de diferen-

tes medios.

II. Información frente a terceros de los pactos económicos entre convivientes.

Los pactos económicos realizados entre convivientes podrán inscribirse en los registros públicos existentes en la misma forma que el resto de los contratos económicos realizados entre personas no convivientes.

III. Las situaciones que se han producido con anterioridad al tratamiento de este problema son situaciones excepcionales, por tanto, como tales, habrán de ser tratadas y tendrá que estudiarse cada caso.

a) En cuanto a la propiedad de los bienes comunes, se aplicará el mismo principio establecido en la conclusión I.

b) Actividad económica realizada en el ámbito doméstico.

— La actividad doméstica realizada dentro de las relaciones de convivencia, tiene un valor económico.

“El debate sobre el contenido económico de la actividad doméstica,

nos parece muy importante para enfocar razonablemente este aspecto de los bienes comunes, pero nos ha parecido que desborda el ámbito de este congreso por lo que proponemos este tema en futuros congresos”.

— Actualmente quienes realizan la actividad doméstica son en su mayor mujeres; existe una inducción social a que las mujeres realicen este trabajo. De esta forma se está vulnerando en las mujeres el Principio Constitucional de libertad de elección de un trabajo.

— Denunciamos la pasividad y abandono por parte de los poderes públicos de su obligación a posibilitar en la práctica y para todas las personas el desarrollo de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

Exigimos que se habiliten los presupuestos necesarios para su ejercicio en aras a alcanzar el desarrollo integral de la personalidad.

IV. Entendemos que es de extraordinaria importancia la información y el conocimiento por los convivientes de los derechos y las obligaciones económicas de las relaciones de convivencia.

a) Por lo tanto consideramos que debe ser obligatorio que al contraer matrimonio se realice por los convivientes matrimoniales una manifestación de voluntad expresa ante el registro civil del pacto económico por el que desean regirse en el futuro.

b) Campaña permanente de información pública dirigida a todas las personas y que oriente sobre los derechos, obligaciones y consecuencias económico patrimoniales de las relaciones de convivencia matrimoniales y no matrimoniales.

V. Arrendamientos.

Se tratará la modificación de la LAU en el sentido de poder subro-

garse mortis causa e intervivos las personas que convivan con el titular arrendaticio.

Derecho sucesorio:

Sucesión intestada, legítima, fiscal

Entendemos que una correcta aplicación de la tutela constitucional a la familia debería comportar las siguientes reformas legislativas:

1.— Equiparación del conviviente frente al cónyuge en el llamamiento en la sucesión intestada.

2.— Variación en el orden del llamamiento en la sucesión intestada que sitúe al cónyuge o al conviviente en el segundo lugar, es decir, después de los hijos y descendientes y antes que los ascendientes.

3.— Tipo impositivo único progresivo en función de la cuantía de la base imponible y, transitoriamente, la modificación de la 29/87 en su art. 20 de modo que contemple a cónyuges y convivientes en igual grupo y con idénticos beneficios fiscales.

4.— Modificación del usufructo viudal del C. Civil, de modo que éste abarque al total del caudal.

Pensamos que no debe modificarse la regulación del usufructo viudal ampliándolo al conviviente ya que creemos es más conveniente no dar a este último el carácter de legitimario.

Comunicado

Ante la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de Noviembre de 1990 creemos necesario manifestar nuestra discrepancia, toda vez que entendemos que la negación del derecho a una prestación de la Seguridad Social, constituye una diferenciación de trato jurídico no razonable tal y como establece el voto particular del magistrado López-Gerra. Consideramos contrario a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación del art. 8-1 del Convenio de Roma, y también a su reflejo en el art. 18-1 de la Constitución, la distinción entre familia legítima, habida cuenta que el Tribunal Europeo ha proclamado en sentencias de fechas 13 de Junio de 1979 y 18 de Diciembre de 1986, que la unión libre o familia natural están incluidas en el término "Vida Familiar". Entendemos que debe desecharse del lenguaje jurídico el calificativo de "ilegítimo", relativo

a cualquier relación familiar.

Situaciones de crisis y rupturas

— La ponencia ha sido aprobada en su conjunto, constanso así, que persisten, en la actualidad, castigos legales para quien opta por la unión libre para desarrollar su afectividad.

— Haciéndose en el texto las siguientes precisiones conceptuales:

* Pág. 5, apartado a) Donde dice "De estas uniones pueden nacer hijos" deberá decir "de estas uniones pueden existir hijos comunes".

* Apartado d) se sustituye el último renglón por: uno de los convivientes puede dedicarse a una actividad no remunerado en beneficio de la familia.

* En los temas que eran específicos de otras ponencias, sucesiones, viudedad, etc., no nos hemos pronunciado.

— No obstante esta comisión, se decanta por la no regulación específica de las consecuencias de la ruptura en las uniones libres, en todos aquellos supuestos que puedan ser resueltos por las normas generales ya existentes en la legislación vigente.

— Se acuerda constatar:

HIJOS: El nuevo artículo 487 bis del C.P. es discriminatorio para los hijos habidos de las uniones libres, siendo contrario al principio de igualdad de los hijos no matrimoniales.

Por otra parte, la Comisión consideró la trascendencia de la reforma del art. 159 del C.C., introducida por la Ley 11/1990 de adecuación del Código Civil al principio de no discriminación por razón de sexo; concluyendo la necesidad de que se agregue a este art. un segundo párrafo, que recoja:

"El Juez atribuirá la custodia de los menores al progenitor que, prioritariamente, durante la convivencia, se haya ocupado de atender sus necesidades.

Así mismo, para determinar la atribución de la custodia, será preceptivo recabar informes psico-sociales".

Procedimiento

Dentro de la ponencia que trata la parte de procedimiento, tanto en las uniones libre, como matrimoniales,

se ha llegado a la siguiente conclusión:

"En tanto, en cuanto, no se creen procedimientos específicos más ágiles para resolver las situaciones de crisis y rupturas matrimoniales, solicitamos que en aras del principio de igualdad ante la Ley para los hijos no matrimoniales se aplique por la Judicatura el procedimiento de medidas provisionales a las uniones libres con hijos.

Seguridad Social y Relaciones de Trabajo

1.— La situación de discriminación de las mujeres en el sistema de Seguridad Social deriva de sus dificultades para la inserción en el mercado laboral en condiciones de igualdad de oportunidades, por su dedicación al cuidado del hogar y de los hijos. Esta situación sólo desaparecerá cuando el reparto de responsabilidades familiares entre el hombre y la mujer sea equitativo.

2.— La necesaria reforma de nuestro sistema de Seguridad Social habrá de hacerse en la vida de la individualización de derechos, de manera que cada persona, con independencia de su estado civil, tenga derecho a prestaciones propias que lo protejan de las diferentes situaciones de necesidad cubiertas por el sistema. Esta es además, la vía de reforma que las instituciones comunitarias recomiendan.

3.— Ponemos de manifiesto la contradicción existente entre la atribución nominal de las cotizaciones hechas a la Seguridad Social por uno de los cónyuges, generalmente el hombre, y de las prestaciones que de ella se desprenden, con la regulación de la sociedad de gananciales que hace el Código Civil y que es régimen económico de la mayoría de los matrimonios.

4.— En las situaciones de crisis matrimonial, al establecer el importe de la pensión compensatoria o al liquidar la sociedad de gananciales, se deberán valorar las expectativas de derecho que frente a la Seguridad Social o frente a otros sistemas de previsión social tenga cada uno de los cónyuges como consecuencias de las cuotas abonadas durante el matrimonio si su régimen económico es el de gananciales.

5.— En tanto los poderes públicos no aborden la necesaria transformación del sistema de Seguridad

Social en la vía de reconocimiento de derechos propios a todas las personas:

a) Nos manifestamos en contra de la actual regulación de la pensión de viudedad, porque no protege una situación de viudedad, sino el simple cambio del estado civil, así como por el hecho de que por su escasa cuantía no proporciona medios de subsistencia a la persona que la recibe.

b) Que se regule una nueva pensión por muerte, que sustituya a la de viudedad y a la prestación en favor de familiares.

Esta nueva pensión de carácter vitalicio o transitorio según la edad y situación laboral de la persona, superstite, se reconocerán a quienes sean viudas/os o convivientes y dependan económicamente de la persona fallecida.

En los supuestos de separación y divorcio se reconocerá si existe dependencia del/la viudo/a respecto al causante de la nueva pensión.

Matrimonio y parejas de hecho en la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa

Partiendo de la definición de la

unión de hecho efectuada por la mesa del IV Congreso de Mujeres Abogadas y dado que en el tema de esta ponencia se requiere una definición más precisa de las uniones de hecho, proponemos la siguiente: "Uniones duraderas y estables de personas que, con independencia de su opción sexual y que con ausencia de toda formalidad, cumplen voluntaria y espontáneamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíproca".

1.— En todos aquellos artículos de la L.O.E., R.D. 1119/86 de 26 de mayo, R.D. 1099/86 de 26 de mayo y Código Civil en donde aparecen los términos cónyuge, esposo, esposa, casado, casada y/o matrimonio tales como los artículos 7 de la L.O.E., 21 del Reglamento, 18 de la L.O.E., 38 y 39 del reglamento, 2 del Real Decreto 1099/86, 8 del Real Decreto 1099/86, 13 y 15 del R.D. 1099/86 y 22 párrafo 4 del Código Civil, entendemos que habría que añadir, necesariamente, las uniones de hecho como esta ponencia lo conceptúa, con el fin de que no sean discriminadas las personas que integran esta realidad social.

2.— Esta modificación debiera

también recogerse en aquellas disposiciones del Derecho Internacional que el Estado suscribe o haya suscrito conteniendo esta discriminación.

3.— Nos congratulamos ante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la cual se reconoce el derecho al permiso de trabajo a una extranjera que mantiene una unión de hecho con un nacional y animamos al resto de los tribunales españoles a que sigan este ejemplo de adecuar el derecho a la realidad social.

4.— Por último, entendiendo que el artículo 9 párrafo 2 de la Constitución Española vincula a los poderes públicos y por tanto, a los diversos parlamentos, consideramos que las conclusiones de este Congreso comportan la necesidad de reformas legislativas y deberían ser remitidas a los distintos grupos parlamentarios a fin de que cumplieran el mandato de promover la igualdad entre los individuos y los grupos en los que se integran.

APUNTES PARA LA SOLICITUD DE LIBERTAD PROVISIONAL

Agustín LAZARO BENAVIDES



Quando un Abogado se encuentra en la necesidad de solicitar la libertad provisional de un cliente que, cautelarmente, se encuentra en la situación jurídica de prisión provisional; el primer problema que se le plantea, es que, con las fuentes de derecho de que dispone, postular ante el Organo Jurisdiccional competente, su puesta en libertad. Postulación que habrá de estar fundada en la Ley, y no en la esperanza de que, merced al clamor de la inocencia del defendido o en su precaria situación económica, con el consiguiente drama familiar; la bondad del Juez o Tribunal, acceda a la petición de libertad solicitada.

Encontrándome, yo, en idéntica situación a la expuesta y en la convicción de que el acto jurídico de privación de libertad de una persona, no debía de estar fundamentada en algo tan abstracto, genérico e impreciso como: "la alarma social que su comisión haya producido"; "o la frecuencia con la que se cometen hechos análogos"; o la gravedad de la pena, en su día a imponer. Sino que tras un estudio individualizado y concreto, en cada caso, el Juez, considere necesaria adoptar la decisión de privar cautelarmente de libertad a una persona.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede a regular la prisión provisional en los artículos 503 y 504. Del estudio yuxtapuesto de ellos, es claro que, la intención del legislador inspirada en los principios constitucionales y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 29 de octubre de 1979, con Protocolos Adicionales, es que la prisión provisional de un inculpado, sea la excepción; siendo el fundamento teleológico de la pri-

sión provisional el que, pueda creerse, fundadamente, que el inculpado, podría sustraerse a la acción de la justicia. Ese, y no otro, es el fundamento de la prisión provisional.

Bajo tales presupuestos, se pronuncia, la Audiencia Provincial de Cuenca, en sentencia de 24 de abril de 1990, y que transcribo la interpretación que dicho Organo Jurisdiccional, da, al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

"La prisión provisional o preventiva se configura como una medida puramente cautelar en un proceso pendiente, de ahí que su naturaleza y fines difieran, al menos en vía de principios, de la naturaleza y fines de la pena privativa de libertad impuesta como sanción penal en sentencia que ponga fin a un procedimiento, como última consecuencia del delito para un debido castigo; la finalidad de la primera es cumplir una función de cautela procesal, o sea, impedir las comunicaciones del inculpado que pudieran perjudicar la instrucción de la causa finalidad que solamente se lograría a través de la prisión incomunicada, y asegurar la personación de aquel en el proceso, como función de coacción procesal, dirigida ya a mantener su presencia durante la tramitación del mismo, ya a asegurarla para el caso recayendo un fallo condenatorio firme, pueda ejecutarse el cumplimiento de la pena que en él le fuera impuesta, es decir, evitar en todo caso que eluda la justicia, ocultación y la fuga, de modo que no haría falta acordar tal medida cuando se pueda confiar que el imputado estará en todo momento a disposición de la Justicia".

Teniendo como fundamento de derecho, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que respecta a la prisión provisional, el Tribunal Constitucional, por Sentencia de 2 de julio de 1982, y la propia Audiencia Provincial de Cuenca, en Sentencia de 24 de abril de 1990, se pronuncian de la siguiente manera:

"Como manifiesta el artículo 9.3 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prisión preventiva no debe ser la regla

general para las personas que hayan de ser juzgadas".

El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; ratificado por España el día 27 de abril de 1977, y formando parte de su ordenamiento jurídico interno, a virtud de su publicación en el B.O.E. número 103 de 30 de abril de 1977, dispone:

"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".



Por su parte, el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el B.O.E. número 243 de 10 de octubre de 1979, dispone:

"Toda persona detenida o encarcelada en las condiciones previstas en el párrafo 1.C) del presente artículo deberá ser conducido inmediatamente ante un Juez u otro Magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la com-

parecencia del interesado en el juicio".

Y, en concordancia con todo lo antedicho, se pronuncia la Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 1987 (pág. 302 a 314), cuyo apartado 7 trata de: "La prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en el siguiente sentido:

"Sobre la naturaleza de las normas reguladoras de la prisión preventiva según el T.C., podemos hacer dos afirmaciones:

Son normas limitadoras del derecho fundamental a la libertad y que afectan a los derechos fundamentales del artículo 24.2, entre ellos la presunción de inocencia (T.C. 2-7-82, B.O.E. 4-8-72). Las consecuencias que se derivan son: 1) Cabe en amparo control T.C. cuando se actúa bajo la cobertura de improcedente de una ley o contra lo que la misma dispone (T.C. 26-12-84 y T.C. 12-3-87). A través de él, el Tribunal delimita el contenido mínimo garantizador que dispone al artículo 17 C.E. los jueces han de respetar en la interpretación de los preceptos sobre la materia (con claridad reciente S. 3-3-87, Rec. amparo 786/86). No reina, pues la total discrecionalidad. 2) Las prescripciones legales sobre la medida que estudiamos han de interpretarse de la forma más favorable al derecho fundamental que limitan (T.C. 6-5-83, 9-2-85, 29-4-85 y 12-3-87). 3) Han de interpretarse, por último, de conformidad con los Tratados y Convenios suscritos por España (Artículo 10 de la C.E., recordado, entre otras, en la S. 3-3-87). Entre éstos, tiene especial virtualidad por las exigencias que comporta y el órgano que lo interpreta, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Deben hacerse las siguientes matizaciones:

El convenio forma parte del ordenamiento interno y es de directa aplicación por encima de las propias Leyes españolas. Así lo razona el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los Arrets De Wilde, Ooms y Verspy, 18-6-71; Irlanda contra Reino Unido, S. de 18-1-78; Van Oosterwijck, 6-11-80, entre otros, pues el artículo 1º prescribe que los Estados firmantes "reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos...": no se comprometen a ese reconoci-

miento sino que lo efectúan ya al firmar. El artículo 96.1 de la Constitución Española, le da validez superior a las demás normas legales.

El texto del Acuerdo es medio interpretativo vinculante para los Tribunales de las disposiciones del artículo 504 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El entendimiento del Convenio ha de hacerse conforme a la jurisprudencia del Órgano encargado internacionalmente de su interpretación y aplicación que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones cita a este Organismo Internacional y reconoce la validez obligatoria de sus decisiones.

La segunda de las afirmaciones a que alude la Memoria del Fiscalía General del Estado que comentamos, es la siguiente:



"Son normas cuyo régimen debe aproximarse al de las normas penales". La importante sentencia del T.C. de 12-3-87, antes comentada, dispone que trasciende su pretendido carácter meramente objetivo dada la restricción de un derecho fundamental que comportan y la " semejanza sustancial " entre prisión preventiva y privación de libertad en Sentencia. La única diferencia es el título estatal de imposición".

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los arrets Wemhoff, 27-6-68, Nuemeister, 27-6-68; Stogmuller, 10-11-69; Maznetter, 10-11-69; Reingeisen, 16-7-71; Guzzardi, 10-11-80, entre otros, únicamente considera conformes con el Convenio las prisiones que tengan como finalidad augurar el resultado del proceso o evitar que el sometido a la medida correctora pueda cometer nuevos delitos. El primero de los fines citados puede articularse en dos supuestos: A) Peligro de fuga. Es el riesgo de que el imputado deje de estar a disposición del Tribunal para el buen fin de la causa. Para

calibrarlo se debe de atender a diversas circunstancias: a) Gravedad de la pena a imponer. En cuanto el inculcado pueda ausentarse ante el temor de internamiento. Tiene dicho el Tribunal (caso Masnetter) que la importancia de la pena no puede, por sí sola hacer presumir el peligro de fuga, sino que es preciso el examen de las circunstancias que siguen. b) Conducta anterior, carácter y personalidad. c) Circunstancias de la detención, si ha habido singular oposición a ella. d) Arraigo familiar, profesión y arraigo económico y social en el país de que se trate. No es *numerus clausus* la enumeración; en definitiva se requiere un estudio personal, familiar y social del delincuente para determinar el peligro de fuga. Cuando, éste, sea el único fundamento de la prisión conforme al artículo 5.3 del Convenio podrá eludirse pagando fianza. B) Peligro de supresión de pruebas. Es la posibilidad de que el imputado en libertad pueda sobornar a los testigos, amenazarlos, destruir u ocultar pruebas documentales o de otra especie.

El segundo de los fines tasados es el peligro de cometer nuevas infracciones. Para determinar si existe debe tenerse en cuenta la conducta y trayectoria delictiva anterior, hábitos criminales, gravedad del delito y nocividad. Esa nocividad debe de entenderse como resumen de lo anterior equivalente a juicio de peligrosidad criminal derivado de los antecedentes y del estudio de la personalidad.

El Tribunal de los Derechos Humanos, separándose de los llamados siete casos propuestos por la Comisión Europea de Derechos Humanos, sólo admite los expuestos. La gravedad del delito "per se" sin conectarse con los peligros de fuga, repetición de delitos, o supresión de pruebas no puede fundamentar la medida cautelar que examinamos.

En razón a la cada vez más intensas relaciones internacionales entre los diversos estados, sin que por ello se merme su propia soberanía, y ante la inminente expectativa de una plena integración en la Comunidad Económica Europea, se hace necesario que, quienes han de aplicar la ley, acerquen sus decisiones a las de los Tribunales Internacionales o Supranacionales.

Agustín Lázaro Benavides

ENTREVISTA

ANTONIO MARTIN
Comisario Jefe de Policía



Foto: Cristina

A veces la mirada, tiene que hacerse escalera de aventuras, para poder llegar, a lo más alto, de los mínimos escondites, y así acercarse a lo que acaso se esconda en el fondo de cada hombre.

Y esa, labor de nadador en todas las aguas es diario quehacer, y continuo hormigueo de la realización cumplida, aún antes del alborico cotidiano, en quien quiere que la palabra brote.

El borbotón pausadamente nervioso de gestos y palabras, se fue condensando, como una tarde entrada en silencios, en una conversación plácida, abierta tal los ojos de un niño, y no por ello, sin algo de relámpagos de dudas asentadas, y de exigencias anclándose más en un futuro presentido.

Así fuimos desgranando los itinerarios, que van por caminos pausados y no por ellos faltos de agilidad, de la actuación cotidiana de los hechos, momento a momento, y condensados —si es posible— en grandes esbozos, pues profundizar, sería tema eternizante.

De la conversación ágil y jalonada del regusto de la anécdota, sacamos sólo la aridez del zumo, pero dejando todo su aroma.

Lo malo es que al leer las palabras, nos falte la compañía del gesto.



Foto: Cristina

La denuncia

Existen tres formas bien diferenciadas; una la denuncia, que normalmente suele ser presentada por la persona perjudicada en los casos de: delitos contra la propiedad, lesiones, agresiones sexuales, amenazas y coacciones; otra es la derivada de intervenciones directas de los Cuerpos Policiales (resistencia, desobediencia, falsificaciones, falsedades, omisión del deber de impedir determinados delitos y en general aquellos otros que no se ponen en conocimiento de la Justicia por no resultar directamente afectado quien pudiera o debiera hacerlo); y una última que viene a ser el resultado de la puesta en funcionamiento de los distintos planes de prevención de ciertos delitos que por su importancia y trascendencia en la sociedad requieren la anticipación de la gestión policial a su comisión, como son: los relacionados con el tráfico de estupefacientes, estafas y defraudaciones de cualquier tipo al Estado u otras Administraciones, malversaciones, cohecho etc., pros-

titución, falsificación de moneda, etc.

Las vías por las que se llega a conocer la identidad de las víctimas varían según el tipo de delito. En aquellos que se refieren a lesiones, amenazas, coacciones, y cierto tipo de estafas, es la propia víctima quien suele identificar al autor en el momento de formular la denuncia. Hay otra serie de delitos en los que la víctima aporta solamente datos referidos a edad, conformación física, indumentaria y forma de hablar o de expresarse, sin que pueda ni tan siquiera sospechar de su identidad (el tipo de delitos más frecuentes en estos casos son los cometidos contra la propiedad ejerciendo intimidación, contra la libertad sexual, estafas, denegaciones de auxilio, homicidios frustrados o en grado de tentativa.

Por último hay una tercera vía que es la de la investigación, que partiendo de los datos facilitados por el denunciante, la víctima en su caso, o los testigos, permite que la Policía llegue a formular hipótesis sobre cual sea la identidad del supuesto autor del hecho delictivo y a su posterior localización y reconocimiento por parte de la víctima caso de ser necesario.

Las víctimas tienen temor a denunciar por las muchas molestias que presumen se le van a causar, a las vejaciones de que pueden ser objeto por parte de los autores del hecho delictivo en los careos o diligencias en que han de concurrir juntos y a las posteriores represalias.

Se sienten desairadas e indefensas, al contemplar las atenciones que recibe el delincuente, consecuencia del cumplimiento al art. 520, frente a la imposibilidad de reparación que se les puede ofrecer de inmediato por parte de la Policía durante su permanencia en la Comisaría.



Foto: Cristina

Reconocimiento

La Diligencia de reconocimiento es cuestionada a veces y viene a ser objeto de discrepancia entre Abogados y Policía. Existe cierta desconfianza, que se pone de manifiesto a lo largo del proceso sobre la licitud y oportunidad de la diligencia practicada por la Policía, por parte de las defensas, llegando a cuestionarse si tal diligencia debe ser practicada por la Policía o exclusivamente por el Juez, cuando en ocasiones viene a ser sólo un trámite rutinario en el atestado policial ya que el reconocimiento se ha efectuado con anterioridad por la víctima o testigo, incluso fuera de las dependencias policiales, en cuyo caso constituye una diligencia más que garantiza la certeza de su reconocimiento por parte del perjudicado o testigo.

Y se da el caso de así agilizar, la puesta en libertad de los que no son reconocidos, sin más trámite.

En un Estado de derecho en el que se desenvuelve una sociedad democrática son considerables las dificultades que ha de superar el policía para desarrollar su cometido.

Cuanto mayor es el número de derechos reconocidos por las Leyes, mayor es la posibilidad de fricción entre los ciudadanos al hacer éstos también uso de las libertades que les están permitidas, y aún más difícil es la actuación de los Cuerpos de Seguridad por ser el Policía quien ha de procurar en sus actuaciones en público, con decisión, mantener en justo equilibrio el respeto que exige el ciudadano a sus derechos y permitir el ejercicio por otra parte de sus libertades procurando que éstas no invadan ni limiten aqué-

llas, jugando un papel conciliador, que bien pudiera no corresponderle, pero que lo viene asumiendo como propio al tratar de conseguir y mantener el máximo nivel de seguridad en pacífica convivencia.

El ciudadano cada vez más, se resiste a presentar denuncia por los hechos de que ha sido víctima por muy varidas razones y que a cada uno de ellos le influyen de forma diferente.

La más generalizada a que aluden es la de las excesivas molestias que les sobrevienen, especialmente la derivadas de la pérdida de tiempo para acudir a los repetidos requerimientos oficiales en Juzgado y Comisarias, amén de otras de tipo familiar, trabajo o económicas de una parte y de otra el temor, más o menos infundado, al delincuente, así como la trascendencia sobre todo en los delitos contra la libertad sexual que pueden llegar a dañar gravemente su honor, su reputación y el grado de consideración de que gocen.

Sienten, todos, especial temor a posibles careos o prácticas de diligencias en las que deban coincidir con el autor del hecho delictivo.

Por parte de la Policía se trata de suavizar la diferencia notable de derechos que se reconocen al presunto culpable, a quien se le posibilita su ejercicio, y los escasos que se le pueden ofrecer a la víctima, con una esmerada y delicada atención a su persona y a su especial problema.

Todos los ciudadanos deben colaborar con la Policía en la lucha contra la delincuencia y también el Abogado debería plantearse en ocasiones, si está a favor o en contra del delito, sin menoscabo de su cometido como profesional, que no puede ser cuestionado, al contemplar el desamparo en que queda la víctima en la legislación penal de hoy y así como por la reincidencia y peligrosidad de determinados delincuentes.

La declaración

Existen diferentes interpretaciones del término declaración. Para el Policía consiste en la diligencia en que está presente el Letrado y que queda plasmada en el atestado.

El Policía necesariamente ha de mantener comunicación con el detenido que no debe interpretarse como tal declaración. Existen extremos

que han de ser precisados por el Policía referidos a la comunicación de sospecha al presunto culpable, incluso antes de su detención, y una vez producida ésta, suele ser el propio detenido quien solicita la presencia del Instructor de las diligencias, bien para justificar su coartada y quedar en libertad, bien para comentar determinados hechos, relacionados o no con el motivo de su detención, o dar explicación sobre prendas u objetos que le hayan sido intervenidos.



Foto: Cristina

Creo que no existe inconveniente legal en mantener estos contactos, sobre todo si son a requerimiento del detenido. Ahora bien, por algunos Letrados, se cuestiona tal actitud y se crea la duda sobre su procedencia.

Actualmente el Policía ha modificado sustancialmente los procedimientos en las intervenciones y prácticas de diligencias que conforman el atestado policial, especialmente los referidos a la privación de libertad de los presuntos autores de hechos conocidos o que se investigan.

Si antes primaba la habilidad del interrogatorio y se partía de la propia declaración del sospechoso para inculparle y detenerle, hoy día, después de la entrada en vigor de la Constitución y de la modificación del artículo 520 de la L.E.C., ha

variado sustancialmente la forma de incriminar al sospechoso, hasta el punto de que en la mayoría de los casos su declaración puede llegar a no ser imprescindible, bien porque se niegue a ello haciendo uso de su derecho o porque no aporte más datos de los que dispone la Policía.

Hoy, se decide proceder a la detención del sospechoso, porque se dispone de la prueba de antemano, ya sea ésta material, basada en el testimonio de terceros o derivada del conocimiento que la Policía pueda tener, observaciones telefónicas, registros, etc.

No obstante la declaración del detenido siempre facilita la labor de los encargados de la investigación y les ahorra la práctica de diligencias de comprobación además de poder ser utilizada como testimonio que pueda implicar a otras personas.

Las relaciones con el colectivo de Abogados son respetuosas, fluidas e incluso en algunos casos de amistad, sin que ello suponga dejación de sus funciones por parte de la Policía o perjuicio para el detenido por el Abogado, sino que refuerza el cometido de ambos.

Este grado de entendimiento mutuo permite, el que en Almería sin llegar a cumplir taxativamente lo dispuesto por la Ley en cuanto a la asistencia letrada, ya sea de oficio o por designación, que podría resultar complejo se da cumplimiento al requisito de asistencia contemplada en el artículo 520 de la L.E.C. de forma consensuada y oportuna, aceptada por los colectivos de Abogados y Policía sin detrimento de los derechos del detenido.

Se ha detectado, eso sí, algunos inconvenientes para conseguir un perfecto funcionamiento de las misiones encomendadas a los Cuerpos de Seguridad de una parte y del trabajo del Profesional de la Abogacía por otro lado.

Quizá el más significativo sea el derivado de la exigencia legal de que sea el mismo letrado el que esté presente en todas las diligencias que se practiquen con el detenido al que le haya sido asignada su asistencia. Ello motiva dificultades sobrevenidas por la necesidad de hacer coincidir en algunas diligencias, como pueden ser los reconocimientos, al detenido, a la víctima, a los testigos y al Instructor de las propias diligencias, dentro de los

plazos de la detención que inevitablemente ha de respetar la Policía.

En este sentido son innumerables los inconvenientes: el Letrado encargado por lo general de otros asuntos, ha de encontrar el momento conveniente para concurrir; el testigo no siempre está dispuesto para comparecer; la víctima pasa demasiado tiempo en las dependencias policiales; el Instructor también está sujeto a un horario de trabajo, etc.

Soy de la opinión de que la asistencia del Letrado a determinadas diligencias, al igual que ocurre en la declaración del detenido, debería de reglarse de forma que ni la víctima ni el detenido sufrieran las consecuencias de obligados retrasos motivados por unas y otras causas.



Foto: Cristina

La autoridad judicial

Ningún Policía se cuestiona las decisiones de la Autoridad Judicial. Este colectivo es conocedor de la potestad de que aquella está investida y son respetuosos con tales decisiones.

No es cierto que el Policía se sienta defraudado cuando un detenido es puesto de inmediato en libertad por decisión del Juez. La formación de que disponen y que se les facilita de forma permanente permite el que conozcan, de una parte, las atribuciones del Juez y, de otra, las distintas decisiones que aquel puede adoptar respecto a una persona privada de libertad por la Policía, contempladas en la Ley.

Deseo quede claro que el Policía asume su función con responsabilidad, que está mentalizado de que su cometido esencial es servir a la sociedad, de que debe auxiliar y proteger a las víctimas, responsabilizarse de la integridad y respetar a los detenidos y garantizar la seguridad ciudadana tratando de conseguir un clima de paz social.



Foto: Cristina

El Ministerio Fiscal

Cada vez han de ser más numerosos los contactos entre Fiscal y Policía, necesidad que se impone dentro de sus respectivas atribuciones, competencia y campos de actuación, no sólo por razones de índole legal que obligan a ello, sino también porque se precisa para hacer frente de forma eficaz a los cada vez más complejos y perfeccionados métodos que hoy día utiliza el delincuente, tanto en sus actos preparativos como en la comisión de los hechos delictivos.

El Fiscal está llamado a ser el órgano que impulse las actuaciones de la Policía Judicial, especialmente en la fase inicial de la instrucción del procedimiento.

La Policía está obligada a poner en conocimiento del Fiscal todo aquello que conozca, que, sin llegar aún a ser constitutivo de delito, se presume pudieran constituir actos preparativos para la comisión del mismo, y el Fiscal debe asumir la responsabilidad de impulsar y respaldar las actuaciones policiales en este espacio de "predelito", en el que la norma legal presenta lagunas considerables, pero que con la anticipación de las actuaciones dirigidas por el Fiscal, que ha de ser quien allane las dificultades de tipo procesal y de procedimiento, con la intervención puntual de la Policía, coordina debidamente, puede suponer una seria e insalvable barrera para el delincuente, a la vez que una garantía de seguridad jurídica para la sociedad.

Jesús Ruiz Esteban

APUNTES SOBRE CAUTELAS, TUTELAS Y CONTRACAUTELAS

José María REQUENA COMPANYY



Si hay un precepto que simbolice el espíritu de la Ley de Reformas Urgentes de la L.E.C. de 1984, con sus aciertos y con sus imperfecciones, ese es a mi entender el Art. 1.428 de la Ley Procesal, Precepto de enorme trascendencia práctica y reflejo del estado jurídico-procesal de nuestro sistema, en el que instituye la misma naturaleza indeterminada y flexible de las cautelas, que luego consagra de manera definitiva el Art. 18-2 de la L.O.P.J., permitiendo arbitrar la medida más conveniente en cada caso, dada la "indeterminación" que caracteriza tal precepto, señalado por la doctrina como una auténtica "norma en blanco" e índice de perfeccionamiento de nuestro sistema procesal.

Sin intentar en absoluto agotar las variadísimas connotaciones que presentaría un estudio en profundidad del precepto, se pretende en estos apuntes, resaltar algunas de las características más señaladas del mismo, lo que abordo a través de los siguientes apartados:

1.— Sobre el presupuesto del "principio de prueba por escrito" introducido por la Reforma Urgente, superando la anterior redacción que limitaba tales medidas a los supuestos expresados en los tres primeros números del Art. 1.429, (haciendo prácticamente inaccesible la invocación de tal precepto) parece oportuno tener en cuenta para asimilar el alcance de tal expresión, datos como los siguientes:

a) La enmienda 258 del Grupo Popular intentando limitar el alcance del "principio de prueba" para dejarlo reducido a un "documento

suscrito por el demandado", fue rechazada en base a la variedad inagotable de referencias documentales de las obligaciones o situaciones susceptibles de tutela por tal precepto, y porque aún a riesgo de llegar a sufrirse fraudes y errores, la atención preferente de la "efectividad de la tutela judicial" exige y hace adecuada, a juicio de legislador, la redacción amplia que se prefirió; no obstante cabe considerar fruto de tal enmienda, la introducción de la exigibilidad siempre de contracautela por el solicitante, que debe disuadir de los intentos de utilización ilícita de tales medidas. (Tal exigencia sin embargo, queda reservada al arbitrio judicial en el Art. 127-5º de la L. de Propiedad Intelectual, para los supuestos derivados de esa Ley).

b) Dentro de variopinto mosaico, aunque escaso, de resoluciones judiciales (generadas en su mayoría alrededor de la misma expresión técnico-procesal "principio de prueba por escrito" existente en las cuestiones de competencia territorial, que puede consultarse al efecto), entiendo como representativa de la más fundada jurisprudencia, la expresada en Auto de la A.T. de Granada de 21 de Marzo de 1964 (R.G.D. 1.965, pág. 221), que acepta "como tal PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO, un mero principio indiciario, porque al no poderse entrar en la cuestión de fondo ni prejuzgar la decisión definitiva, es imposible exigir una prueba documental plena", criterio reiterado y mantenido por Auto de la Sección Tercera de la actual Audiencia Provincial de Granada de 5 de Julio de 1990.

c) La doctrina más reciente generada por la reforma de este artículo, (que lo ha acogido en líneas generales de forma positiva), sin llegar a admitir que valga como principio de prueba por escrito, "cualquier documento estrictamente testimonial, atribuible a tercero" (Carreras), si entiende concurrente tal presupuesto en el documento que, firmado o no por aquel a quien se atribuye la obligación, aparente la autenticidad de la obligación reclamada a través

de cualquier signo que presente, o aún de la simple actitud que el demandado adopte frente al mismo (Ortells Ramos).

2.— Otra cuestión peculiar que surge al abordar este precepto, es la referida a la naturaleza de las obligaciones susceptibles de cautela, o más concretamente, cuales de ellas pueden ser objeto del principio de prueba, o sea, cual es la "situación jurídica cautelable" por el 1.428 LEC, y que el mismo define como aquellas "obligaciones de hacer, no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas"; al respecto y teniendo en cuenta que conforme al Art. 1.088 CC. "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa", es de considerar que en laxo sentido, tales referencias permitirían extender su alcance, sin límite, a toda clase de "obligaciones" (excluyéndose únicamente de la cautela de este artículo los derechos reales que disponen de sus propias tutelas, y según alguna doctrina, ni eso).

Hay quien quiere delimitar el vasto ámbito de cautela ofrecido por la lectura anterior, básicamente en la concurrencia de otras medidas cautelares especiales o típicas en la misma Ley, reguladoras de "riesgos" concretos y definidos en cada caso, como el embargo preventivo, para prevenir insolvencias ante el "motivo racional de que se ocultarán bienes", o la anotación preventiva de demanda, para contrarrestar el peligro de enajenación o gravamen, el depósito judicial, etc., que originarían la prevalencia de la regla especial sobre la general del 1.429 LEC. (F. Ramos Méndez); sin embargo otros autores (Manzanares, Ortells etc.) reconocen al solicitante una facultad de elección, atendida la naturaleza y ámbito del riesgo, que haría en definitiva compatible la amplitud del Art. 1.428, a cualquier cautela o tutela pretendida.

La jurisprudencia, como ya he dicho tan escasa en esta materia, dada la inaccesibilidad de los presupuestos formales exigidos antes de la reforma de 1984, resuelve

situaciones singulares, atendiendo, en casos como la Sentencias de la AT. de Cáceres de 6/5/86 (RGD. 1987, pág. 6.146) a la clase de situación jurídica tutelable, y en otros supuestos, a la propia modalidad del peligro (Ss. A.T. Barcelona 4/6/86, y 20/7/84, etc.), si bien aprecio un sentido predominante, en la que se inclina por el principio de especialidad de cada medida para el supuesto típico para el que ha sido habilitada (véase entre otros, el Auto de 21/10/88 AP. Barcelona; RGB 1989, pág. 457, etc.), aunque personalmente creo debe considerarse compatible en todo caso la facultad de usar unas u otras posibilidades cautelares, a elección del solicitante, por la misma razón que pueden ser elegidos por éste, en otros casos, los procesos declarativos ordinarios, como alternativa general a los procesos especiales o sumarios que no producen cosa juzgada.

3.— Otro aspecto interesante del precepto, es el referido a la clase o variedad de las medidas a adoptar, que pueden ir desde la intimidación al demandado, para que haga o deje de hacer alguna cosa (incluso bajo apercibimiento por desobediencia como llega a acordar la A.T. de Oviedo 26/10/1984) hasta la autorización expresa al solicitante de determinadas conductas o actividades, siempre al pensar de Carreras, que sean medidas homogéneas a las previstas para la ejecución final objeto de cautela; mientras que para otra corriente mayoritaria (Ramos, Ortells, Prieto Castro, Miguel Ángel Fernández etc.) e incluso para algunas Salas (A.T. Barcelona 26/7/84), "pueden ser las que la parte solicitante sugiriese y el Juez aceptase o las que el propio Juez imaginara y decidiera conceder e imponer" (Prieto Castro, "Tratado de Derecho Procesal Civil" Tomo II, pág. 876), sin ningún condicionante previo.

4.— Aspecto breve de comentar pero acreedor de profunda meditación y de sustanciosa consideración práctica, es el referido al momento de instarse tales medidas que puede situarse incluso antes de formular la demanda, con lo que ya se están dando algunos supuestos concretos en Almería, en que se ha condicionado la propia formulación del pleito principal, a la obtención del



aseguramiento de la efectividad de la Sentencia que se propugna, porque de todos es conocido el enorme interés que representa al Abogado, analizar no sólo la viabilidad del pleito, sino la posibilidad de que la sentencia pueda luego ser efectiva.

5.— Por último no quisiera terminar estos apuntes cautelares, sin dejar punteada una visión genérica del panorama de nuestros Juzgados al respecto, en la que nos encontramos resoluciones variadas, probablemente favorecidas por la escasez de antecedentes, la novedad de la reforma y por qué no, por los incessantes cambios de titularidad en los mismos.

Por un lado, y como primer factor común podemos señalar la existencia de justificaciones jurídicas breves y concisas en casi todas las resoluciones a las que hemos tenido acceso, en las que se limitan a una consideración objetiva del tipo de obligación esgrimida, y la subjetiva de su concurrente apreciación por el responsable de turno, sin en general ninguna referencia (o mínima en algún caso) a la motivación que haya servido a cada cual para fijar una fianza concreta, lo que dada las notables diferencias existentes entre las mismas, según veremos, precisaría una justificación, ya que la "motivación tácita" de las variadas resoluciones, sólo es admisible, cuando de la misma pueda inferirse "con alto grado de certeza", que el cambio es "consciente", y de él queda excluida tanto la arbitrariedad, como la inadvertencia (Ss. T.C. 166/1985, 63 y 64 de 1984, 49 de 1985 etc.).

En general, y salvo alguna excepción muy singular, no ha generado ningún problema la "prueba por

escrito" de la obligación, tanto si está suscrita directamente por el que soporta la reclamación o no, lo que nos parece encomiable.

La mayor divergencia detectada, se refiere a la fijación de la cuantía de la fianza, aspecto que si tradicionalmente era el más pacífico, siendo casi automática la fijación del Diez por ciento de la cuantía embargada en la práctica forense hasta hace pocos años, resulta últimamente inexistente cualquier parámetro de referencia, (y lo que sí es preocupante, es que tales cambios se producen con demasiada frecuencia sin motivación explícita alguna en abierta contradicción con el Art. 120-3 de la C.E.), pues igual se mantiene en algún Juzgado la exigencia de una contracautela oscilante entre un diez y un veinticinco por ciento de la cuantía reclamada, que se ha llegado por otros a fijar una fianza del cien por cien de la garantía tutelada, mientras que en las medidas vía Art. 1.428 LEC pero fundada en el Art. 127 de la L. Propiedad Intelectual, no se fija fianza alguna.

Al margen de desear una mayor unificación de criterios para los casos de general analogía, por bien de la seguridad jurídico-procesal, me parece oportuno recordar aquí el criterio del T.C. en su Sentencia nº 202/1987, por la que enseña que: "EL JUEZ DEBE TENER UNA ACTUACION VALORATIVA AL FIJAR LA CAUCION PARA DESPACHAR LA ANOTACION PREVENTIVA, PUES DEBE PONDERAR EL PERJUICIO QUE PUEDA SUFRIR EL DEMANDADO, AUN MAS QUE LA CAPACIDAD ECONOMICA DEL ACTOR".

DERECHO Y AUTOR

Antonio López Cuadra

Si es verdad que en todos los seres humanos, duerme un poeta, o cuando menos un soñador, es admisible y natural, que un día —de rosas, de lluvia, de alegría o de pena; al ver planear una gaviota o perderse el sol— cualquier hombre, sin apenas darse cuenta escriba su primer poema. Y más tarde, por otras razones, a veces múltiples y variadas, caiga en la tentación de desnudar su alma y presentarse a cuerpo limpio, a través de un libro y comunicar a los demás sus sentimientos. Con la sencillez del que camina. Sin intención de ocupar sitio alguno, del que más tarde o más temprano hubieras de levantarte.

Por esa senda, es necesario apresurarse a confesar, una voluntad de permanencia en el aprendizaje de la palabra y el sentimiento, de cuyo lugar nadie podrá quitarte. Porque son tuyas las emociones, los sentimientos y los sueños. Y es tu verdad y tu palabra, y nadie podrá negarte tu propia y mágica percepción de la superioridad de lo soñado sobre la realidad, los árboles y las esquinas que rodean tu vida. Si además cuando al hacer el verso, nada esperas, queda en tí, la paz y la reflexión, tan necesarias, de que no hay bien mejor ante la incertidumbre de los sueños, que la esperanza en una meta alta, muy alta, la más alta. Se hace entonces el verso camino, oasis y pensamiento, en busca de ese lugar al que llegar con las manos limpias y en ellas, el buen hacer, con que allí arribaron otros compañeros nuestros, inolvidables —Braulio, Joaquín y Juan—, tan reciente su adiós eterno.

En este momento, que escribimos estas páginas, va a ellos nuestro recuerdo a través de la Lux Aeterna, de que ellos gozan, en un Requiem de Mozart, emocionado, y un abrazo de amigo.

En la andadura y en el ámbito del tiempo surgió el verso y las publicaciones que se referencian.

El primero siempre a escondidas,

guardado sigilosa y apresuradamente como una mariposa, apenas sonrojada y ruborosa. Color y polvo entre los dedos, sorprendida y dormida para siempre entre las páginas de un libro.

Surgió súbitamente, sin pensarlo. Quizás en el descanso del estudio de una lección universitaria envejada, al dorso de un folio subrayado con los apuntes de clase ("... los llamados límites temporales de la cosa juzgada material son la consecuencia de que las decisiones jurisdiccionales se proyecta sobre asuntos muy diversos y no siempre pueden definirlos poco menos que sub especie aeternitatis..."), entre libros y códigos. Al oír una música, o aso-



marto al balcón y contemplar, simplemente, el franciscano limpiar las calles de un barrendero, que no tenía que examinarse como tú, perdido entre notas y recuerdos de novia ausente.

Nació de pronto, como la misma razón de escribirlo. Y surgió terminado y hecho. Sin retoques. Vestido

de fondo y forma. Espontáneo y entregado al sentimiento que le había dado vida. Medida su rima, a media voz, como si lo estuvieras oyendo, quedo y lejano, con su propia extensión y ritmo. Se había hecho la palabra espacio en tu vida. Sin reflexión ni pensamiento previo, yendo al sentimiento, como el río al mar, de forma natural, al verso. Como en otros, va sencilla, y limpiamente, a la prosa. Aunque en ambos casos la chispa o el relámpago de creación sea el mismo.

Después el verso creció, igual que el trigo, que el olivo, que los pájaros... Y esperó la luz de un día cualquiera, buscando caminos de amor y esperanza, lejos de veredas tristes de versos negros y sin retorno, cerca de la sonrisa de un niño o el color de la naranja. Y nació el libro de entre cien poemas olvidados en la experiencia vivida o soñada, en la calle del pueblo o de un país lejano. Experimentando una vez más esa mágica superioridad de la ilusión, sobre lo cierto y tangible de la vida, sintiendo la humildad de la higuera retorcida de nuestros campos, atendiendo la brisa del mar, la amistad, la alegría, o el pan de cada día... Uno más, entre los muchos que escuchan, y uno menos para ocupar sitio alguno. Sí, buscando la paz, y el abrazo de romero, de todos los que somos y vamos por la vida.

Stendhal, hacía ejercicios frecuentes de lecturas de Códigos legislativos, a los efectos de "racionalizar los sentimientos", en orden a sus trabajos literarios. A sensu contrario, podía pensarse en la conveniencia de buscar una relajación en el trabajo diario del estudio y el despacho, con la lectura lírica que serena, y la música, que "sensibiliza la razón" frente a la letra, a veces fría, de los textos articulados.

Quizás también, porque en el mundo del Derecho, sea necesaria esa sensibilidad para entender al justiciable, la verdadera ratio de la Ley y de su espíritu, e incluso de

nuestra propia profesión de Abogados. En este sentido acuden inevitables recuerdos, de cuando aún caminábamos por las aulas universitarias, y alguna vez que otra, acudíamos a la Audiencia, a Plaza Nueva, y nos encontrábamos con nuestro Catedrático de Derecho Civil D. Juan Ossorio Morales. Apenas, iniciados en el estudio del Derecho, y ya nos saludaba, cariñosamente y con su elegancia natural, con un "Buenos días, compañeros" y nos alertaba entonces, sobre nuestra futura e importantísima misión de Abogados, para colaborar en la alta función de administrar justicia, con nuestra responsable aportación de saber y honestidad, a fin de hacer más fácil la hermosa y difícil tarea de dar a cada uno lo suyo, en que consiste la Justicia, Trabajo que tanto puede acercar a Dios. Sobre todo, si cada mañana, y en cada instante, tuviéramos presente esa, a veces utópica, igualdad de los hombres, actualmente tan quebrantada por guerras y conflictos, miserias y problemas, que relegan a Dios al olvido, manteniéndolo en un vago recuerdo de la infancia, como un cuento de hadas. Igualdad que se convierte en utópica cuando los hombres pretenden establecerla sólo con los superiores a ellos.

Sabemos que no es ese el camino.

Y entonces, se hace necesario, que el poeta o el soñador que todos llevamos dentro, deje volar su imaginación lejos de lo cotidiano, buscando nuevos senderos de esperanza y nos lleve a un mundo de paz, aunque sea soñado.

Y por aquello del aforismo jurídico de "más vale un testigo que lo vio, que diez que lo oyeron", aquí quedan estos versos, que impresos en un libro, lo fueron, sólo por considerar con un pensador, Keller, que es más saludable no esperar nada, y hacer lo que se pueda, que entusiasmarse y no hacer nada. Sólo por eso. Que ellos sean, con un abrazo, invitación a los vuestros, escondidos en algún lugar perdido en el recuerdo.

Almería

"Tengo el mar metido a sal en mi alma/en suave rompeolas de recuerdos/dormidos en la arena de la playa/. Me duele junto a ella, el barco de esta Almería mía/fiel artesana de paciencia y esperanza/Pe-



nélope de sus uvas/de la hortaliza/y de su mármol/de su querer ser/bajo el Arco Iris de su Indalo/. Tanto dolor de agua en su tierra agrietada/-como voz de piedra en sus campos/-sus semillas rotas en polvo apagadas/clamando ríos, en palabras abandonados/. Porque están sus hombres/la tierra/y el sol/haciendo cada día el milagro,/y es hora de que amanezca redonda y clara/luna que no sea palabra/rumor de otros ríos/y viento de naranja/y sea la vida/más vida/en esta tierra mediterránea/y mía.

Amigos

"Si todos los amigos,/sí todos los que alguna vez nos dimos la mano/aquellos a quienes contábamos/-como el corazón se llenaba de incesante miedo,/por tanto fantasma en el castillo/aquellos que superieron con sigilo/la aventura de nuestro primer idilio/aquellos que de amor sílabas repetíamos/aquellos de los juegos/como pájaros sueltos./Si todos los amigos un día recibiéramos una carta que nos citara/al lado de un árbol/en la cumbre o en la arena.../¿Qué inmensa rueda de desconocidos!/¿Cuáles serían las canciones?/ ¿Cuáles las sonrisas?/ ¿Serían banderas gozosas con la de alegría?./ o raíces de sal golpeando las sienes heridas?/. Los años que pasaron/ ¿Cómo se contarían?/¿Rosa a rosa, uña a uña, espina a espina, niño a niño?/ Porque ¿quién sabría decir lo que es la vida?/.

Paloma de la Paz perdida

Me da miedo dejarte sola/entre tanto rojo, verde y ámbar parpa-

deante./ Sola entre la lluvia fabricada/con el sudor de los que sufren/. Sola entre la estafa de la manzana, que no sabe a manzana/entre tanto mundo estridente/de música parcial/que suena tan caliente./No quiero dejarte sola/al filo de la espada nocturna de la esquina/, huérfana de amapolas/hinchada de sonido/, rota de frío cemento,-/soñolienta de angustias/hermana, paloma de la Paz,/perdida.

Publicaciones

"Mar de tí, Cuento, Antología de Editorial Rumbo, Madrid, "Brisa de siempre", Poemas, 20x30, 140 págs. Imprenta Granada, Depósito Legal AL-71-1971.

"Especial consideración sobre el decreto de garantías para la acción sindical representativa", 59 págs. 20x15, Depósito Legal AL-65-70.

"Del alba a tu sombra", Poemas, 18x30, 128 págs. Imprenta Granada, I.S.B.N. 80-400-6156-0.

Pregón Feria Almería, 1974.

"Corazón de paja", Cuento premiado Certamen Ayuntamiento de H. Overa.

"Alhucemas (Marruecos)", Primer premio certamen periodístico.

Pregón Semana Santa 1983.

Enciclopedia "Almería", Editorial Andalucía, Ediciones Anés, Granada, Tomo I pág. II, Tomo II, pág. 621, Tomo IV, págs. 677 y 1.111.

"Corona Lírica a la Virgen del Mar", de F. Castañeda, pág. 65, 1976.

"Los pueblos de Almería cantados por sus poetas", de F. Castañeda, pág. 169, 1983.

Revista Poética "Bahía" de Algeciras, Poesía andaluza, pág. 39, Abril 1973.

"Andalucía al fondo", 18x30, 148 págs. Artes Gráficas. Madrid, I.S.B.N. 80-400-6165-0.

DECLARACIONES DE OBRA NUEVA SEGUN LA LEY 8/90 DE 25 DE JULIO

(*) Luis GARCIA GARCIA

Uno de los efectos, inmediatos y más perceptibles de esta Ley, es el resultante de su artículo 25, precepto formalista y sustantivo, de amplia transcendencia, ya que supone el reflejo documental del proceso sucesivo de incorporación gradual de la edificación al patrimonio de su titular, se aplica a edificaciones, núcleo central de la economía nacional y afecta e implica a mayor número de personas.

Está clara su aplicación general, a todo el territorio nacional y a todos los términos municipales, independientemente de su número de habitantes. La constatación notarial y registral de la obra nueva supone la fase final de la "adquisición gradual de facultades urbanísticas", conforme a lo dispuesto en el número 3 de la Disposición Adicional Primera y a la Disposición Final Primera, por lo que tiene carácter de legislación general y básica.

Afecta a todo tipo de edificaciones. Parte la Ley de la distinción entre: "Régimen del suelo no urbanizable"; al que dedica el capítulo II y "Régimen del suelo urbano y urbanizable", en el capítulo III, ambos del Título Primero, que lleva el epígrafe "Régimen Urbanístico de la Propiedad del Suelo".

Según Ley debemos, pues, realizar una división inicial entre: 1º: Suelo no urbanizable y 2º Suelo urbano y urbanizable. Se supera la tradicional clasificación entre rústico y urbano.

Al primero dedica tres cortos artículos, referentes a su destino, el artículo 5, el 6 a las construcciones e instalaciones autorizables, con remisión a la legislación especial aplicable y garantía, en todo caso, del proceso de desarrollo urbano y el artículo 7 a la posibilidad de delimitar "áreas de especial protección".

Nada se dice respecto al otorgamiento de escritura pública e inscripción de las obras nuevas, en suelo no urbanizable. Se registrará, pues, por lo establecido en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento. Estos preceptos no exigen que se acredite la conce-

sión de licencia municipal, ni certificación de terminación de obra, para que pueda practicarse la inscripción. Tampoco lo pide la Ley del Suelo y ésta es la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 16 de Noviembre de 1981.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la inscripción no convalida los actos nulos, ni el acto nulo es susceptible de convalidación por prescripción.

Para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad, deberá constar en escritura pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

En el segundo supuesto, esto es, obras nuevas construidas en suelo urbano y urbanizable, es plenamente aplicable el número 2 del artículo 25 de la Ley. Según él, hay que distinguir, entre: a: obra nueva terminada y b: obra nueva en construcción. A su vez, unas normas generales, para los dos supuestos y otras especiales, para cada uno.

Reglas comunes son: Licencia de edificación, certificación técnica y testimonio de las mismas en las escrituras correspondientes.

Licencia de edificación. No se establecen requisitos de forma para la misma, ni lo hace la legislación anterior del suelo. El artículo 23.1 dice: El acto de otorgamiento de la licencia fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable. Se refiere claramente al acto administrativo de concesión, no al documento formal que la contenga. En mi primer conferencia sobre esta materia, a Secretarios de Ayuntamiento, en la Diputación Provincial, insistía, con palabras del Preámbulo de la Ley, en el gran peso y responsabilidad, que sobre los Secretarios de Ayuntamiento, recae en esta Ley, hasta el extremo que de ellos depende su eficaz cumplimiento. Del Secretario depende la redacción de este documento, su contenido, claridad y posibilidad de plena, y única, identificación de la obra nueva descrita. En principio es un

documento formal, sin sujeción a modelo, que debe contener inequívocamente la facultad de edificar, la fecha y firma del Alcalde o Concejal Delegado, aunque puede presentarse la misma licencia o certificación del Secretario del Ayuntamiento expresiva de su existencia y contenido.

La licencia ha podido expedirse a nombre de persona distinta de la que haya realizado la declaración de obra nueva, titular del solar y a cuyo patrimonio se integra.

Compete al Notario advertir de las divergencias, aparentes, entre la licencia y la obra nueva descrita, siendo la calificación, sobre su inscripción o no, competencia del Registrador de la Propiedad, con la posibilidad siempre del correspondiente recurso.

Puede alcanzarse la licencia por silencio administrativo.

Hay supuestos en los que basta el transcurso del tiempo, unas con necesidad de denuncia por mora ante la Comisión Provincial, otras sin ella, para que pasados dos meses, sin que se deniegue o conceda, se entienda adquirida la licencia.

Para las obras mayores, ordinariamente, es necesaria la denuncia de mora y transcurrido un mes desde ésta, sin que se notifique la denegación, conforme al art. 9.7. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se entienda concedida, tácitamente, la licencia.

En las Ordenanzas de algunos Ayuntamientos, se ha previsto el régimen del silencio positivo, sin denuncia de mora.

Obviamente en este caso no puede acompañarse el documento de concesión de licencia. Cualquier medio de prueba, con garantía de autenticidad será suficiente, siempre, en cada caso sometido a calificación registral que determinará el alcance de su legitimidad. Deberá constar la presentación del proyecto y documentación en el Ayuntamiento y la denuncia de mora, en su caso. Circunstancias éstas que se testimoniarán en la escritura de declaración de obra nueva. Caso de no ser

necesaria la denuncia de mora deberá probarse esta circunstancia por el declarante.

No hay que olvidar que esta licencia tácita, ni su constancia registral, no convalida los actos nulos y la propia Ley en su Disposición Adicional cuarta establece: "En ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en legislación o planeamiento urbanístico aplicables.

CERTIFICACION TECNICA. Tanto para la obra terminada, como para la obra en construcción, en el artículo 25 se habla de "técnico competente". La Ley del 75, Texto Refundido del 76, habla de "técnico director de la obra".

El problema a solucionar es el concepto de técnico competente. Si se refiere a competencia académica o funcional. No hay norma, ni jurisprudencia que a estos efectos declare uno u otro concepto, por lo que pueden mantenerse ambas posturas. Tampoco se aclara si esta certificación ha de expedirse por técnico colegiado. Indiscutiblemente, colegiación y visado, son presupuestos de autenticidad, pero no, por ahora, requisito imprescindible.

Ambos documentos, licencia y certificación, deben testimoniarse en las correspondientes escrituras.

Volvemos a la primera distinción entre obra nueva terminada y obra nueva en construcción. El contenido del certificado es distinto, para una u otra, por eso decíamos que existen junto a las normas generales, las especiales de cada uno de estos supuestos.

En el caso de obra nueva terminada, ha de certificar que la obra es "conforme al proyecto aprobado". El técnico no necesita saber, ni leer lo que el compareciente ha manifestado al Notario. La escritura pública, en este caso, es un documento compuesto de tres partes, no siempre conexas entre sí: manifestación del compareciente, licencia municipal y certificación técnica de que la obra realmente construida es conforme al proyecto aprobado. El pro-

blema puede ser grave y la responsabilidad de identificación recae sobre el Registrador de la Propiedad. Se parte de una responsabilidad inicial del técnico, certifica que la obra, en ese momento, es conforme al proyecto. El proyecto es un expediente amplio y, a veces, complejo, difícil de concretar en una sola y escueta afirmación. En el corto periodo de aplicación de esta Ley, he tenido oportunidad de ver una copia de escritura de declaración de obra nueva, en la que el compareciente manifestaba que construía en A, y la licencia municipal se le concedía para B, y el técnico certificaba de la obra en C.

Para el supuesto de obra nueva en construcción, de principio se planteó una lógica y normal reacción en los cuerpos técnicos, al tener que certificar "que la descripción de la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia". Tiene que certificar que la obra nueva descrita en la escritura se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. Tiene que conocer el contenido de la declaración ante Notario y el del proyecto, además su certificación debe testimoniarse en la escritura. El problema era certificar de lo que es, en principio, desconocido. La legislación y práctica notarial, tiene fórmulas que salvan fácilmente este problema.

Puede darse el caso de que la descripción del título no coincida con la realidad, aunque sí con el proyecto, en la obra en construcción. Supuesto éste salvable conforme al punto penúltimo de este artículo, puesto que en la nueva certificación del técnico, ha de referirse a la obra, no a la descripción. También puede plantearse a la inversa en la obra nueva terminada, que la obra realizada coincida con el proyecto pero no la descrita. Quedan señaladas estas anomalías y la imposibilidad de entrar en su estudio, por razones de espacio, en las que sólo apuntamos sus efectos: penales; posibilidad de consolidación por el transcurso de los cuatro años a que se refiere el Real Decreto Ley de 16 de Octubre de 1981; aplicabilidad a estos supuestos de lo dispuesto en la

Disposición Adicional cuarta, para el silencio administrativo y efectos registrales conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Ya digimos la diferencia de contenido de la certificación según se trate de obra nueva terminada o en construcción, además, en este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo de tres meses a partir de esta fecha, mediante acta notarial a la que se incorporará la certificación de finalización de la obra. Esta certificación, no lo exige la Ley, pero deberá hacer constar que la obra se ha realizado conforme al proyecto aprobado.

Este plazo carece de sentido material, formal y lógico. Es injusto entender que de no hacerse el acta de finalización en el plazo de tres meses no ingresa el edificio construido en el patrimonio del titular, ni que si se otorga después no debe inscribirse. Sólo ha servido para causar alarma en los supuestos de pisos en construcción en los casos de venta o gravamen, dado el carácter constitutivo que la licencia tiene respecto a la patrimonialización y los riesgos de caducidad o anulación, con la eventual expropiación o venta forzosa, valorándose los terrenos al cincuenta por ciento de su aprovechamiento y las obras por su coste de ejecución. En este, como en otros puntos, una excesiva literalidad de esta Ley, con un exceso de sentido temporalista, puede producir consecuencias desproporcionadas, contrarias a la legislación civil ordinaria contenida en el Código Civil, tradición cuasi constitución del Derecho.

Para inscribir la obra nueva en construcción será suficiente la referencia al proyecto básico con el visado colegial. Para la obra nueva terminada es necesario el proyecto de ejecución.

Nos queda por estudiar el supuesto de obras terminadas antes de la entrada en vigor de la Ley, que dejamos para una futura colaboración.

(*) Registrador



APUNTES SOBRE EL DELITO DE LESIONES

(*) Javier GOMEZ BERMUDEZ

La reforma del Código Penal operada por la publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio como es sabido incide decisivamente en la nueva configuración del delito de lesiones —y por derivación de la falta—, el cual tradicionalmente ha sido uno de los ilícitos penales más *inmovilistas* de la historia legislativa española. En efecto, el capítulo IV del Título VIII del Libro II del Código Penal ha permanecido invariable en lo sustancial desde el Código de 1848, habiéndose producido diversos intentos de reforma global de un texto obsoleto en muchos aspectos sin que ninguna llegara a buen fin; baste recordar el Proyecto de 1980 y el anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 y su posterior revisión; todo ello llevó al legislador a una profusa política de *parcheo* que culmina con la mentada Ley Orgánica donde según su Exposición de motivos la reforma de las lesiones se debe a la "... conveniencia de aprovechar la obligada modificación de la falta para proceder a una reestructuración completa de las infracciones penales atañentes a la integridad física". Quizás esto explique en parte la deficiente técnica legislativa que lleva a la redacción de los nuevos arts. 418 a 425 del C.P. y la difícil integración del primer párrafo in fine del art. 582 de igual cuerpo legal.

Sin querer ejercer de crítico, pero con la necesaria perspectiva que proporciona la práctica diaria, podemos decir, desde luego, que si bien la redacción anterior era insostenible (una vez que tras la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de Junio de 1983, se destierra del ordenamiento jurídico penal español todo vestigio de responsabilidad objetiva), aquella gozaba de la ventaja de la necesaria claridad (y consiguientemente de la seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación de la Ley), lo que en la nueva

redacción se echa de menos por las abundantes remisiones a conceptos normativos, que en palabras de la Fiscalía General del Estado —circular 2/1990— obliga al intérprete a determinar su alcance real, con el consiguiente riesgo de confusión y contradicción. Añadimos nosotros un dato más: No va a existir Jurisprudencia sobre los nuevos tipos —o si se quiere van a existir tantas cuantas Audiencias Provinciales— al menos hasta que el curso natural de las cosas logre por vía del esfuerzo individual unificar criterios (labor en la que el Tribunal Constitucional constituido en Tribunal de Casación? tiene mucho que decir).

Sentado lo anterior, aclarar que dada la necesaria concisión de este comentario, tanto por razones de publicación cuanto más por lo limitado del que lo suscribe, sólo vamos a dar algunas pinceladas referentes a los arts. 420, 421 y 582 del C. Penal, intentando sobre todo que resulte de utilidad práctica para el buen hacer de la Justicia, a unos de cuyos colaboradores (los Sres. Letrados) va dirigido especialmente, por ello evitaremos excesivas disquisiciones doctrinales, que aunque útiles no son imprescindibles.

El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones

Según la Fiscalía General del Estado el bien jurídico protegido lo es la integridad corporal y la salud física o psíquica de las personas (circular citada), más tal afirmación tomada sin duda de la dicción literal del art. 420 C.P., no nos parece del todo acertada. No han faltado autores que sosteniendo tesis en otros tiempos mayoritarias, afirman que lo es la salud y la integridad física de las personas (Bajo Fernández y Rodríguez Devesa), o los que desde una tesis de unidad sostienen que lo es sólo la salud (del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo, Muñoz Conde y Berdugo), sin embargo nosotros siguiendo a Beristain Ipiña y más recientemente a Tamarit i Sumalla, nos alineamos junto a los que entienden que el bien Jurídico Pro-

tegido lo es la "Incolumidad personal", que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua se define como sano *sin lesión o menoscabo* lo que —siguiendo la exposición del Profesor Tamarit en su libro "La reforma del delito de lesiones"—, *presenta una mayor virtualidad para delimitar el objeto jurídico de tutela, en la medida que define mucho mejor que la noción de salud, un ámbito de garantía de la indemnidad de una dimensión de la persona; es decir, expresa con mayor precisión la existencia de un auténtico derecho, como concreta posición jurídica de su titular ante el Estado y el resto de los ciudadanos*, lo cual deja desprovisto de todo fundamento el mantenimiento de la protección penal mediando consentimiento del lesionado, y encuentra base constitucional en los art. los art. 10.1 —dignidad humana—, 15 —tratos inhumanos o desgradantes—, englobando asimismo los conceptos de salud —art. 43 y 53.3 C.E.—.

Concepto de lesión. Diferencia entre el delito y la falta

La Fiscalía General del Estado, a la que nos adherimos en este particular, define con marcado carácter normativo y práctico *la lesión como la alteración del bienestar físico y mental*; se basa para ello en el bien jurídico protegido (restrictivo respecto del nuestro y por ello abarcado por éste) y en la inducción a través de los distintos conceptos descriptivos que contienen los tipos para fijar los resultados en ellos penados, teniendo presente por demás la inclusión en el art. 582 C.P. de los malos tratos a diferencias de lo que sucede en derecho comparado donde con mejor criterio existen delitos específicos de malos tratos (así en Italia el "percosse" —golpes— o en el derecho anglosajón el "assault" —agresión—) que permiten un tratamiento global de las conductas *asociales o insociables* sobre las personas. En este sentido —sigue diciendo la circular 2/1990— no s' debe considerarse lesión el proceso patológico que conocemos

como enfermedad, sino también las alteraciones mínimas de ese equilibrio que produzcan un malestar, pero no precisen atención médica, ni un mecanismo curativo, que pueden integrar una lesión constitutiva de falta. Esto nos conduce a la primera consecuencia práctica: **los pequeños daños físicos o alteraciones morfológicas tales como equimosis, arañazos, hematomas, etc.**, que curan sin precisar atención médica, **constituyen una falta, y no el delito del art. 420 del C. Penal.**

¿Cuál es pues el ámbito propio del delito y cual el de la falta?

De una interpretación literal, lógica, sistemática, sociológica, en la que se atiende al espíritu y finalidad de la norma (art. 3 del Código Civil), se extrae lo siguiente:

A) Para que una acción lesiva adquiera la categoría de delito es necesario que para su curación requiera **además** de una primera asistencia facultativa, un **ulterior tratamiento médico**. Nótese que la referencia a ese tratamiento es temporalmente posterior a la asistencia médica primaria, por ello la Fiscalía sienta una primera consecuencia de enorme relevancia: *todos los actos médicos aún curativos, fijados o practicados en dicha primera asistencia, forman parte de ella y no constituyen un tratamiento médico diferenciado.*

B) El tratamiento médico debe de ser **necesario** para la curación, "requieran" dice la Ley. El término utilizado por el legislador no nos parece el más acertado toda vez que se presta a interpretaciones extensivas proscritas por el derecho penal moderno; nosotros alineándonos con la postura mantenida por el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto de Ley entendemos que hubiera sido más claro y delimitadora usar la expresión "exijan necesariamente". Lo cierto es que la interpretación correcta del término legal implica en todo caso que *el tratamiento médico ha de ser necesario para la curación*, con lo que ha de excluirse de este concepto los tratamientos meramente sintomáticos, de higiene

o estética, y deben incluirse por contra otros no farmacológicos como la inmovilización, reposo, rehabilitación etc., *siempre que sin ellos no sea posible alcanzar el equilibrio anterior a la acción causante del daño*. Esta postura que es la seguida por la Fiscalía, parece la más acertada si se contempla desde los principios informadores del ordenamiento punitivo, con especial referencia al carácter fragmentario y de "última ratio" del derecho penal, evitando en lo posible una criminalización excesiva de las conductas de los ciudadanos.

Finalmente señalar que las prescripciones dietéticas sólo se consideraran tratamiento médico en la medida en que necesariamente deban observarse para la evolución favorable y curación de las lesiones, en palabras de la tan citada circular cuando sean dietas curativas. Nótese que se plantea así un nuevo problema interpretativo: si lo prescrito por el facultativo es por ejemplo, una *dieta blanda* con la finalidad de evitar molestias o dolores pero que no incluye en la evolución curativa de la lesión (como ocurre en las inflamaciones de cardia producidas por un fuerte puñetaño) ¿se considera delito o falta?. La respuesta entendemos que no es unívoca; si sólo existió esa prescripción médica el hecho en principio sería constitutivo de falta salvo que se pudiera incluir por las circunstancias en que se produce la agravación en alguna de las modalidades del art. 421, con lo que sería un delito de lesiones cualificado por los medios comisivos o el resultado. Es precisamente en este punto donde la Ley parece más criticable, no por la intención del legislador (que la consideramos acertada), sino por la defectuosa técnica legislativa que utiliza y que sin duda planteará en la práctica no pocas dificultades como luego veremos.

C) En la misma línea argumental, no pueden considerarse como asistencia médica a efectos de la adición a la primera, los actos destinados a vigilar o comprobar el éxito o adecuación de aquella o a complementarla: retirada de vendajes, informe

de sanidad, o la retirada de puntos de sutura, (circular 2/1990).

D) Por último téngase en cuenta que *por tratamiento quirúrgico se entiende el que según la ciencia médica lo es, lo sea de cirugía mayor o menor, excluyéndose de él las extracciones dentarias y las suturas.*

Para mejor ocasión dejamos el comentario sobre quién ha de ordenar el tratamiento, apuntemos sólo que la Ley dice que este ha de ser *médico*, y por tanto una interpretación literal excluirla aquellos prestados u ordenados por titulados intermedios (A.T.S. etc.) lo que está en abierta contradicción con el espíritu de la reforma y desconectado de la realidad de la España actual y del desarrollo y preparación de esos profesionales de grado medio.

El art. 582: su remisión al 421 del Código Penal

En el párrafo primero in fine del art. 582 nos encontramos con una extraña remisión al art. 421: "El que ... causare a otro una lesión que no precise tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se trate de alguna de las lesiones del art. 421". La calificamos de extraña porque cuando el intérprete acude al artículo remitido se encuentra con que éste a su vez comienza diciendo "Las lesiones del artículo anterior...", con lo que a primera vista parece que se trata de una remisión doble, art. 582-421-420, más esta solución es ilógica a todas luces: si el legislador define las lesiones constitutivas de falta en el art. 582, y esa conducta típica es por simple confrontación excluyente de la definición de lesión como delito que da el art. 420, es absurdo que por el juego de las remisiones volvamos a exigir los requisitos de éste. Eso sería tanto como decir que aquellas acciones lesivas que no precisen tratamiento médico o quirúrgico o sólo exijan una primera asistencia (falta), se transforman en delito cuando además de producirse por los medios comisivos del art. 421.1 y 3 o con el resultado del art. 421.2,

requieran además de la primera asistencia tratamiento médico o quirúrgico (definición del art. 420). En términos coloquiales, si esa fuera la interpretación del precepto, podríamos decir que "para ese viaje no hacen falta alforjas".

La literalidad de la dicción del art. 421 conduce a entender que aquellas lesiones en que concurra alguno de los elementos especializantes del art. 421, pero que no precisen para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico, **son impunes**, y ello porque como admite la Fiscalía no son punibles por el art. 582 por cuanto éste las excluye de su previsión típica, y tampoco lo serán por el 421 por no ser lesiones que reúnan los requisitos del art. 420.

La solución a nuestro entender es imposible y sólo se puede obtener por vía de una nueva reforma; de un lado parece claro que la intención del legislador fue —como dice la Fiscalía— que siempre que se de un resultado de los previstos en el número dos del artículo 421 o concurra una de las modalidades de los números primero y tercero del mismo, el hecho sea considerado siempre delito, más de otro lado aparece que eso sería una interpretación lógica, sistemática y contextual acorde con el art. 3 del Código Civil pero que rozaría la interpretación extensiva proscrita por la cien-

cia del derecho penal, además de propiciar interpretaciones divergentes entre los Juzgados y Tribunales con la consiguiente desigualdad ante la Ley y merma de la seguridad jurídica. La solución de la Fiscalía General del Estado nos parece correcta desde la perspectiva de la función acusadora propia del Ministerio Público, más no nos parece adecuada desde la perspectiva constitucional de defensa de la legalidad y de los intereses de los ciudadanos por cuanto la legalidad tiene en el ámbito punitivo como presupuesto ineludible la seguridad jurídica que dada la ausencia de Jurisprudencia en la materia nos parece utópica.

Conclusión

La realidad diaria de los Juzgados creemos que pasa por tres puntualizaciones:

— Los Sres. Médicos-forenses deben en los sucesivos emitir informes que se limiten a relatar el proceso clínico de evolución y tratamiento de las lesiones, sin emplear en la medida de lo posible expresiones vagas o genéricas como "estuvo sometido a tratamiento médico" o "necesitó tratamiento quirúrgico", toda vez que son conceptos jurídicos (si se prefiere elementos típicos) cuya comprobación e integración corresponde exclusivamente al Juez; basta pues con un relato de los

actos médicos que se hayan producido y les conste que el examen directo del lesionado y de los documentos que en fase de instrucción o posteriormente se incorporen a la causa.

— Es necesaria la prueba pericial del médico-forense en aquellos supuestos en que por ser el hecho anterior a la reforma existan dudas sobre la Ley aplicable, teniendo en cuenta la retroactividad del art. 24 del Código Penal.

— Es a nuestro juicio imprescindible una nueva reforma del delito de lesiones, so pena de convertir al Tribunal Constitucional en una tercera instancia como ya apuntamos antes.

Sirvan, en definitiva, estos breves apuntes para orientar en lo posible la labor de los Sres. Letrados, con referencia a lo que estimamos es una Ley defectuosa y falta del necesario reposo, y sirva también esta modesta colaboración a la necesaria unión entre los distintos partícipes en la función, siempre difícil, de interpretar el derecho, (particularmente en el campo penal), donde, "aunque las virtudes de Dios son todas iguales, más resplandece a nuestro parecer la Clemencia que la Justicia" (Cervantes).

(*) Magistrado de lo Penal

LA PRORROGA FORZOSA DE LOS ARRENDAMIENTOS Y EL «DECRETO BOYER»

(*) José Arturo PEREZ MORENO

No cabe duda de que una de las materias más vivas del Derecho es la correspondiente a los arrendamientos urbanos. Y es así no sólo por su casuismo y su incuestionable trascendencia en la vida cotidiana, sino también porque los Abogados, en su afán diario, ofrecen a los Jueces, cada día, en el cúmulo de asuntos a que la materia da lugar, nuevas interpretaciones, incluso rebuscadas, que, luego, cuando aparecen en las Sentencias, son rápidamente asumidas por el común de la doctrina, y pasan a formar parte de este cambiante sector del ordenamiento jurídico.



Muchas son las cuestiones que podrían abordarse en este sentido: el famoso giro jurisprudencial —hoy ya comúnmente aceptado— en el sentido de dar validez a las cláusulas de revisión donde sólo aparecía la referencia al aumento de renta, la controvertida cuestión de cuál sea el procedimiento adecuado para hacer ejercicio de la acción de resolución de un contrato sometido al llamado "Decreto Boyer" —cuestión ésta sobre la que posiblemente aparezca un artículo en el próximo número de la revista—, o, ya más cerca de lo concreto, unas recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Granada sobre la consideración como obra de la división de un local en dos por un tabique de madera y sobre el retracto en relación con la permuta a la que se dio forma de compraventa, etc... —Asuntos todos que demuestran que esta materia es quizás de las que más nivel de "discepción jurídica" tienen y han tenido en nuestro vivir jurídico de cada día.

En esta línea, se acaba de dictar una Sentencia que, difundida en los medios de comunicación, ha traído a colación un asunto que parecía firmemente establecido en la práctica: la situación en que ha quedado el instituto de la prórroga forzosa, después de la promulgación del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, o, como dice la Sentencia a que me refiero, "coloquialmente denominado Decreto Boyer", y, en especial, de su artículo 9.1.

Se trata de la Sentencia de fecha 14 de Febrero de 1991, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, cuyo Ponente ha sido el Ilmo. Sr. Magistrado D. Damián Álvarez García.

En ella, la Sala estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada —arrendatario— y revoca la Sentencia dictada por el entonces Juzgado de Distrito Número 14, que había estimado la demanda y había declarado resuelto el contrato VERBAL de arrendamiento concertado en Marzo de 1987, con relación a una vivienda sevillana.

Como base procesal fáctica, es preciso partir del hecho de que, según la parte arrendadora el contrato se concertó por un año, mientras que la parte arrendataria niega ese hecho y mantiene que nada se pactó en cuanto a la duración del contrato. Se ha declarado en la Sentencia que ese tema quedó sin probar.

La parte arrendadora sostuvo la resolución del arrendamiento por entender que, con independencia de que el contrato fuese verbal y que no constase el pacto de duración, el contrato debía resolverse al ser posterior al "Decreto Boyer" y no regir, por tanto, la prórroga forzosa. Obviamente, la parte demandada defendía todo lo contrario.

Recordemos que el artículo 9.1 del "Decreto Boyer", se titula "SUPRESION DE LA PRORROGA FORZOSA EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS URBANOS", y que en su texto establece que los

contratos celebrados a partir de su entrada en vigor "tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable FORZOSAMENTE el régimen de prórroga..."

Expone luego la Sentencia que ese precepto ha sido objeto de dos interpretaciones dispares que, resumidamente expuestas, son:

A).— La mantenida por FUENTES LOJO y acogida por el T.S. en su Sentencia de 12 de Mayo de 1989, y por las Audiencias Provinciales de Valencia y Santa Cruz de Tenerife: no existe prórroga legal salvo que así se pacte.

B).— La defendida por FERNANDEZ ARAMBURU y DIEZ PICAZO y recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid: subsiste la prórroga forzosa obligatoria salvo que sea convencionalmente excluida.

La Sala de Sevilla se inclina por la segunda de las tesis expuestas; creo que es necesario siempre pronunciarse y, modestamente, desde luego, he de decir que, desde mi punto de vista, la doctrina más adecuada es la primera; otra cosa indudable es que una de las características más hermosas del Derecho es su carácter de opinable; por ello, paso a continuación a exponer cuáles son los argumentos de la Sentencia comentándolos en mi opinión, sometida, por supuesto siempre a cualquier otra mejor fundada en Derecho. Tales argumentos de la Sentencia que se comenta son:



"PRIMERA.— Del adverbio "forzosamente" que emplea el artículo 9.1 del Real Decreto-Ley 2/85, se infiere que la prórroga legal sigue siendo la regla general, la cual queda sin efecto cuando, de manera expresa, se estipule que la duración de la locación sea por tiempo determinado y exacto... Dicho art. 9.1 no suprime —pese a su encabezamiento o enunciado— la prórroga legal, sino su carácter forzoso... pues únicamente establece que no es aplicable forzosamente el régimen del art. 57 LAU..."— A continuación aclara la Sentencia —centrándose en el justo lugar al que quiere llegar—, que la intención de fijación de un plazo por las partes no ha de ser por escrito, sino que puede deducirse de la prueba, e incluso que, siendo por escrito, no es preciso que sea técnicamente perfecta, sino que basta "la rigurosa fijación de un período temporal de duración del arrendamiento, delimitado en su día inicial y final, la alusión a la reconducción tácita del régimen del Código Civil, y la mención del Real Decreto-Ley 2/1985 (incluso por su denominación usual y coloquial), pueden constituir elementos suficientes para patentizar la voluntad negocial de excluir el arrendamiento urbano (no anterior al 9 de Mayo de 1985) del régimen de prórroga de la LAU".

Contrariamente a esta interpretación entiendo que si el citado Real Decreto-Ley tituló el artículo como "Supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos", la voluntad del legislador es patente, con lo que la interpretación sistemática se opone a lo mantenido en la Sentencia comentada.



Pero es que, además, la interpretación auténtica también puede deducirse de la Exposición de Motivos de la disposición: "La situación del sector de la construcción ha aconsejado... la SUPRESION de la prórroga forzosa de los arrendamientos

urbanos..."— Es clara, pues, la voluntad legislativa de SUPRIMIR la prórroga forzosa.

Por último, la interpretación lógica, no puede, a mi juicio, conducir al resultado expuesto por la Audiencia sevillana.— En efecto, el artículo 9.1, en mi opinión, establece dos cosas:

1.— Que a esos contratos no les es aplicable FORZOSAMENTE el régimen de prórroga forzosa de la LAU.

El segundo inciso del precepto no guarda relación semántica con el primero, de modo que, lo que se dice en cuanto a la prórroga forzosa es que se suprime para todos los contratos CELEBRADOS —no dice escritos— después de su entrada en vigor.

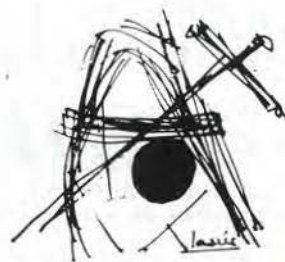


El adverbio FORZOSAMENTE no permite deducir que la prórroga siga siendo la regla general. Antes la prórroga era forzosa, y ahora se dice que a los contratos posteriores a la norma no les es aplicable forzosamente la prórroga, luego se quiere decir, precisamente, que ello ha dejado de ser regla general, para pasar a ser de aplicación VOLUNTARIA: las partes pueden pactar que el contrato se rija por el artículo 57 LAU, pues no está prohibido, sino que el legislador ha dejado abierta tal posibilidad, y lo ha hecho precisamente con el uso de ese adverbio.

2.— Que los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes.

Y aquí sí aparece el único problema que se plantea, a mi juicio en el pleito: qué duración tiene el contrato, dada la falta —o, al menos, falta de prueba— de pacto expreso.

Pues, sabido es, ello es un tema resuelto desde antiguo en el artículo 1.581 del Código civil: por el mismo tiempo en que se haya pactado el pago periódico de la renta.



Es decir, se trata, justamente, de lo que defendía la parte actora en el pleito objeto de la Sentencia comentada: "que el arrendamiento no puede tener una duración indefinida o ilimitada, y que se pactó una renta mensual, debe entenderse, en base al art. 1.581 del Código civil (aplicable al caso de autos merced al principio de supletoriedad prevenido en el art. 4.3 del Código civil), que el inquilinato se ha hecho por meses", procediendo, pues, la resolución pedida del contrato.

"SEGUNDA.— "Tal criterio hermenéutico resulta más acorde con el acertado carácter social que ostenta la legislación especial arrendaticia urbana, significada por una marcada protección del arrendatario, en razón a la función social que supone proporcionar y mantener el que va a constituir el hogar o morada de una familia, y por la necesidad ética de evitar especulaciones en perjuicio de legítimos derechos. La regulación especial locativa urbana es armónica, a su vez, con la moderna concepción jurídica, social e intervencionista, del contrato; se aparta de la regulación del Código civil, inspirada en los postulados de una concepción individualista y liberal, que funda el derecho contractual en el dogma de la autonomía de la voluntad; y, además, conecta estrechamente, de una parte, con el derecho de todo español a una vivienda digna y adecuada —consagrado en el artículo 47 de la Constitución como derecho fundamental y como principio rector de la política social y económica—, y de otra parte con la concepción moderna de un Estado Social de Derecho —proclamado en el artículo 1.1 de nuestra Ley Fundamental—. De ahí que cualquier disposición normativa con Rango Legal que suponga disminución de la protección de los arrendatarios, en los contratos locativos urbanos comprendidos en el ámbito de aplicación objetiva de la Ley especial, ha de ser interpretada restrictivamente".

No hay por menos que reconocer el notable esfuerzo que implica esta segunda razón, por cuanto que, además, responde a unos sentimientos compartidos; pero, con el mayor respeto, no puede dejarse de pensar que, lejos de lo que se está diciendo defender, en realidad, con la aplicación al caso concreto que se hace, resulta que la tesis se habrá de aplicar sólo a los casos en que las partes no hayan dispuesto de un debido asesoramiento, porque, si lo han tenido, el contrato será escrito y claro, y, sin duda, tendrá plazo limitado o, por el contrario, prórroga forzosa; con ello resulta que la tesis progresista deviene discriminatoria, y no hay mayor regresión que la desigualdad.

Por el contrario, de aceptar la solución interpretativa no elegida... resultaría que el derecho a la prórroga legal no sería un derecho renunciante, sino un derecho inexistente, salvo que expresamente se pactara por los contratantes: el cambio sería tajante y radical (pues la prórroga pasaría de constituir un derecho "ex lege", necesario e irrenunciable, a ser un derecho eventual y contingente cuyo nacimiento dependería de la voluntad concorde de ambas partes contratantes) y vendría motivado por una disposición legislativa, contemplada en el art. 86 de la Constitución normativa, emanada inicialmente del Gobierno fundada en razones de extraordinaria y urgente necesidad (confesadamente económica) y de naturaleza

coyuntural, interina y provisional, como es el Real Decreto-Ley".

En cuanto a esta última razón, sólo hay que decir que, a mi juicio, evidentemente, lo ocurrido es lo que se expone en segundo lugar, y que, además, ello ha ocurrido, en efecto, por los trámites establecidos en el artículo 86 de la Constitución, es decir, por un Decreto-Ley aprobado por el Gobierno y ulteriormente debatido y votado en el Congreso, que acordó su convalidación, con lo que el Decreto-Ley ha perdido hoy esa aureola anterior que se apunta en la Sentencia comentada.

En definitiva, el tema está en candilero, desde luego no por mucho tiempo, pues más tarde o más temprano, habrá una doctrina jurisprudencial comúnmente aceptada al respecto.

Y es que, no cabe duda de que una de las materias más vivas del Derecho es la correspondiente a los arrendamientos urbanos...

De "lege ferenda" son argumentos válidos, como todos, pero, de "lege data", no puede sino reconocerse que la prórroga forzosa ha desaparecido como regla general y que no es admisible que se aplique sólo a quienes, por las razones que fuere, han omitido la prudencia de un claro pacto escrito. No pudo ser ello lo querido por el legislador, que, precisamente por esa razón, no habló de contratos escritos, sino "celebrados".

De otro lado, tras la promulgación

del "Decreto Boyer" no puede decirse que la legislación locativa urbana defiende al arrendatario mediante la prórroga forzosa, sencillamente porque no es así, y, por último, en cuanto al derecho a una vivienda digna y adecuada —art. 47 de la Constitución— no se trata, evidentemente, de una norma de derecho privado, sino de un mandato a los poderes públicos, para posibilitar ese derecho de los ciudadanos, que son tanto los arrendatarios, como los arrendadores que —por no ser profesionales, pudientes o cautos— hayan adolecido del debido asesoramiento.

"TERCERA.— El precepto contemplado pretende liberalizar "ad futurum" una materia legalmente normada, excluida de la autonomía de la voluntad contractual, intocable e intangible: el derecho del inquilino a la prórroga legal, irrenunciable en el momento de suscribir el contrato, según el art. 6 de la LAU. Con arreglo al criterio de interpretación normativa escogido y defendido, resulta que el derecho irrenunciable del arrendatario a la prórroga legal, forzada por el arrendador, se convierte de hecho —merced al art. 9.1 del Real Decreto-Ley 2/1985, y para locaciones urbanas sometidas a la Ley especial y concertadas desde el 9 de Mayo de 1985— en un beneficio legal no necesario al ser susceptible de exclusión, siempre que ésta sea expresa y no presunta.

(*) Abogado

NOTAS SOBRE FUNDAMENTO, LEGITIMACIÓN, RESOLUCIONES RECURRIBLES Y MOTIVACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Mariano SAMPREDRO CORRAL
Magistrado Sala IV Tribunal Supremo



1. La anterior estructura orgánica y procesal del orden jurisdiccional laboral era inadecuada a los efectos de formar una jurisprudencia, que asegurase una aplicación uniforme de las leyes. Materias tan importantes, cual la de conflictos colectivos e impugnación de convenios, quedaban fuera de la competencia del Tribunal Supremo al atribuirse su conocimiento, en exclusiva, al Tribunal Central de Trabajo —artículo 136 y 139 del Texto refundido de la L.P.L. de 13 de Junio de 1980—.

De otra parte, la conformación del proceso laboral en instancia única con la configuración de medios extraordinarios de impugnación —recursos de casación y suplicación, de los que conocían— con arreglo a criterios cuantitativos y cualitativos señalados en los artículos 153 y 156 del aludido texto procesal— el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo habían dado lugar a una peculiar situación piramidal de la ordenación laboral (1). que reflejaba la existencia de una especie de alternatividad en la formación de la doctrina, —el propio Tribunal Supremo había sentado el valor especial que tenían las sentencias

del Tribunal Central de Trabajo, en tanto no fueran desvirtuadas a través del recurso en interés de la ley— aunque asegurando la primacía y función rectora de la casación mediante la articulación de un recurso en interés de ley a los efectos meramente jurisprudenciales de fijar la doctrina legal y evitar que la interpretación dañosa o errónea de la ley perdure —art. 185 T. R.L.P.L.—

La nueva estructura orgánica del orden social, perfilada en la Ley Orgánica del Poder Judicial —6/1985 de 1 de Julio— y la antigüedad de los preceptos delimitadores de las competencias de los órganos jurisdiccionales del orden social —artículos 93 de los Juzgados de lo Social; 75 de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia; 67 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y 59 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo— únicamente permitía discernir, con certeza, lo siguiente: que todos aquellos órganos, a excepción del Tribunal Supremo, conocerán de asuntos en primera instancia; que, al desaparecer el Tribunal Central de Trabajo, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores asumirán además el conocimiento de los recursos que establezca la ley, contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social, y que las Salas de lo Social del Tribunal Supremo conocerán de los recursos de casación y revisión extraordinarios que establezca la ley en materias de ese orden jurisdiccional. Permanecía, pues, sin definir —con su indudable repercusión en la determinación del ámbito de la casación laboral— la permanencia o no de la instancia única; si en caso afirmativo, habría de subsistir, el sistema cualitativo-cuantitativo, como delimitador de las materias propias de ca-

sación y suplicación (2); ó si, partiendo, también de la instancia única, habría de establecerse otro criterio determinativo (3).

Este último sistema es acogido por la ley 7/1989, de 12 de Abril, de Bases de Procedimiento Laboral (L.B.P.L.), al distinguir dos recursos de casación: uno, el ordinario o común —base trigésimocuarta— contra las sentencias dictadas en la instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, y otro, para la unificación de la doctrina —base trigésimoquinta— frente a las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.- Estamos de acuerdo, con Desdentado Bonet, en que la dirección seguida es la más conveniente (4). De una parte atribuye a las Salas de lo Social de los T.S.J. unas competencias acordes con su configuración constitucional —agotamiento, según el artículo 152 de la C.E., de las instancias procesales, salvo el reconocimiento de la jurisdicción en toda España del Tribunal Supremo, ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma— y previstas en la mayor parte de los Estatutos de Autonomía sin incidir en exclusiones innecesarias; de otra, extiende el ámbito de casación a materias más cualificadas y selectivas. No es de extrañar, sin embargo, que la polémica al efecto, haya sido intensa, dado que, en definitiva, la delimitación de referencia implica también, cotas de poder (5), formulándose como más distantes las posiciones de minoría catalana —enmienda 57 al proyecto de L.B.P.L.— que pretendía reducir el recurso de unificación a la contradicción de las sentencias de la Sala de lo

Social con las sentencias del Tribunal Supremo, y la tesis de Izquierda Unida —enmienda 97 al citado proyecto— que intentaba extender la casación común a las decisiones de los Juzgados de lo Social sobre reclamaciones que exceden de dos millones de pesetas o que afecten a despidos de los representantes de los trabajadores.

FUNDAMENTO

1. La atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de los recursos de suplicación demandaba una ordenación en modo tal que —según expone la Exposición— de Motivos III, de la L.B.P.L. de Abril de 1989 «que de asegurada la unificación de jurisprudencia que el respeto a los principios de unidad jurisdiccional y de igualdad en la aplicación de la ley exigen».

A ello responde el recurso especial de casación para la unificación de doctrina del que la mencionada Exposición destaca dos notas relevantes: una negativa, consistente en que en modo alguno es un continuo del actual recurso en interés de ley de que conoce el Tribunal Supremo, contra sentencias dañosas o erróneas dictadas por el Tribunal Central de Trabajo; y otra positiva en el sentido «que su estimación produce efectos sobre las situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida».

A pesar de lo expuesto, entendemos que el fundamento de este recurso, y por ende su finalidad, *no es la igualdad en la aplicación de la ley, sino la uniformidad jurisprudencial*, acorde con el designio original de la casación de «defensa de la ley» —lo que debe quedar claro para evitar que, el mismo, se confunda con una tercera instancia. (6).

Y debe ser así, porque desde tal perspectiva de igualdad, la jurisprudencia constitucional ha sentado reiteradamente, que la igualdad en la aplicación de la ley solamente es predicable de las decisiones que tengan su origen *en un mismo órgano jurisdiccional* (S.T.C. 47/1989, de 21 de Febrero), y que es legítimo el cambio de criterio por parte de jueces y Tribunales, siempre que sea *razonado, razonable y consciente*, esto es mantenido, una vez que se adopta, con un mínimo de continuidad, de modo que lo prohibido, por aquel principio, es

un cambio arbitrario (S.T.C. 2/83, de 24 de Enero y 16/1989, de 16 de Octubre). Es decir, que las decisiones en contradicción han de provenir del mismo órgano jurisdiccional, recaer sobre casos o supuestos conflictivos sustancialmente análogos, y apartarse la resolución última de la anterior sin explicación razonada, pues la posibilidad de modificar el criterio previamente adoptado constituye, incluso, (S.T.C. 49/1985, de 28 de Marzo) exigencia ineludible de la propia función judicial, cuando aquel se considera posteriormente, erróneo, dado que «el juez está sujeto a ley, y no al precedente, y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquella, es decir el sentido de la misma que reconsidera como ajustado en el momento de juzgar».

2.- Remarca, la doctrina; que el recurso *en interés de ley* es el antecedente inmediato del de *unificación de doctrina*, y señala a la vez, la similitud existente entre ambos recursos. En realidad la semejanza deriva de que ambos recursos se instituyen frente a sentencias dictadas en el recurso extraordinario de casación, su conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo y su finalidad es procurar la unidad jurisdiccional —unidad jurisdiccional hoy existente, en virtud de la reforma orgánica antes citada—. Pero dejando aparte otras diferencias (8), —quizás en el recurso de interés de ley priva más la rectoría del Tribunal Supremo, función pública que justifica su *exclusiva interposición por el Ministerio Fiscal*— existe una sustancial y es que la estimación del recurso —base trigésimo quinta-4—, de la Ley de Bases y artículo 225-4 del Texto articulado de la Ley de Procedimiento laboral vigente, de 27 de Abril de 1990 (T.A.L.P.L.) «produce efectos sobre las situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida», lo que no ocurría en el de interés de ley.

No cabe duda, pues, que la naturaleza del recurso de unificación de doctrina, al tener plenos efectos jurisdiccionales, es la propia de un recurso de casación y no solo porque así lo denomina el capítulo IV del Libro III de T.A.L.P.L., sino porque el mismo a tenor del artículo 216 de tal texto procesal, se configura, como un recurso extraordinario, de carácter devolu-

tivo, que tiene por objeto la unificación de la doctrina con ocasión de sentencias dictadas, en suplicación, por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes otros diferentes en idéntica situación, donde en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Lo que separa, pues, este recurso del ordinario de casación es la clase de resoluciones recurribles y los motivos del recurso. Respecto a lo primero al ser sólo recurribles —art. 215 T.A.L.P.L.— las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, y ser político la concepción del recurso de suplicación ante el extinguido Tribunal Central de Trabajo, como «pequeña casación» (9) —consideración que ha de tener el actual recurso de suplicación, aunque el órgano competente para su conocimiento no sea único, sino plúrimo—, es evidente, como afirma Cruz Villalón (10), que este recurso se viene a convertir en un «recurso extraordinario adicional, a modo de segunda casación, frente a resoluciones ya de revisión extraordinaria, dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia».

En cuanto a lo segundo es claro que el único motivo, ha de coincidir con su finalidad, es decir, evitar sentencias contradictorias de las Salas de lo Social en aras de la unidad jurisprudencial y defensa de la ley.

LEGITIMACIÓN

1.- El artículo 217 del T.A.L.P.L. establece que «el recurso podrá prepararlo cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal», legitimación coincidente con la señalada en la Base trigésimoquinta -2-. La legitimación de las partes no es sino fiel reflejo del principio dispositivo, rector en los procesos civiles en que se debatan, cual ocurre en el proceso laboral, intereses jurídicos privados.

Como afirma Montero Aroca (11), los principios conformadores del proceso son iguales en lo civil y en lo laboral debido a la naturaleza de los intereses en juego que son siempre privados, en el sentido que corresponde

a la iniciativa de las partes —a diferencia de la «necesidad» del proceso cuando versa sobre intereses públicos— la facultad de iniciar el proceso, determinar su objeto y ponerle fin, sin que pueda imponerse a los titulares del derecho subjetivo la obligatoriedad de demandar —con las excepciones, en el proceso laboral, de los procedimientos de oficio—.

El hecho, pues, de poder afectar la sentencia recaída, en este recurso, a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada justifica que las partes, como titulares o portadores de un interés directo sobre la relación jurídico-material actuada en juicio, ostenten legitimación. La ley no dice que partes deben ser emplazadas, sino que remite al artículo 206 que habla meramente, de «emplazamiento de las partes», por lo que surge el problema de si han de ser emplazadas todas aquellas que, en tal concepto, intervinieron en la instancia o solamente quienes se personaron en la Sala de lo Social. Un argumento, a favor de la primera tesis, es que la intervención del Ministerio Fiscal —como recurrente en este extraordinario recurso—. Ajeno en las instancias anteriores, puede suponer un cierto giro del proceso, que demanda tal emplazamiento a fin de que se haga efectivo el principio de contradicción o de igualdad de armas en el proceso.

2.- Sorprende, a primera vista, que un proceso marcado por el principio de oportunidad, que conduce al dispositivo con las consecuencias expuestas de que las partes lo inician, delimitan su objeto y contenido, y pueden ponerle fin —puede transformarse— conservando intacto su objeto —pretensión, resistencia, en la expresión del citado Montero Aroca— en un proceso de carácter inquisitivo en virtud de la facultad de recurrir que se confía al Ministerio Fiscal. La función que, constitucionalmente, se le asigna «en la defensa de la ley y del interés público» —artículo 124 de la Constitución— justifica su emplazamiento en un recurso que pretende la unificación de la doctrina, pero es más dudoso que aquella función pública comporte también la atribución legal de parte al Ministerio Público (12). El designio de conformidad de doctrina está presente, igualmente, en el recur-

so ordinario de casación laboral por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate» —artículo 204 e) del T.A.L.P.L.— y, sin embargo, en tal recurso no se ha reconocido legitimación para recurrir al Ministerio Público. Quizás el propósito de «...actualizar el cuerpo legislativo... al objeto de lograr un tono armónico caracterizado por su uniformidad...» —exposición de motivos II del L.O.P.J.— hubiera requerido una regulación pareja a la contenida en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cuya ley reguladora al establecer —artículo 102 1-b L.J.C.A.— un recurso para la unificación de la doctrina con plenos efectos sobre la situación originada en la sentencia impugnada únicamente concede la cualidad de recurrente a quines sean parte en el juicio del que deriva el recurso, de modo que ni siquiera el coadyuvante tiene legitimación al efecto (13).

La razón humana está organizada de tal manera que, a veces, la contemplación de lo viejo hace comprensible lo nuevo y es, tal vez, un «cierto continuismo» del anterior recurso en interés de ley (14) —no aplicable en el proceso laboral vigente, por mandato expreso de la Disposición Adicional primera del T.A.L.P.L.— lo que determina la supervivencia legitimadora del Ministerio Público, a pesar de la sustancial diferencia entre aquel recurso y el de unificación de la doctrina, singular maridaje entre principio dispositivo e inquisitivo que —no se nos oculta— puede dar lugar a inquietantes perturbaciones procesales.

3.- El original proyecto de la ley de Bases de procedimiento laboral legitimaba a «los sindicatos y asociaciones empresariales representativas para interponer este recurso, pero tal inserción fue suprimida en el Senado, como consecuencia de la aceptación de la enmienda número 76 presentada por el grupo parlamentario del C.D.S. En fase anterior a Martínez Emperador —cuestionando también si el fallo recaído en anterior instancia había de seguir dejando intacta la situación jurídica —y ante el temor de que muchos fallos contradictorios no tuvieran la corrección adecuada habría

sostenido (15) que «quizás fuera necesaria ampliar esta legitimación a los sindicatos y organizaciones empresariales más representativas.»

Hoy, pues, es claro que la ley excluye de la legitimación a tales organizaciones, salvo, naturalmente, que fueran parte en el proceso.

RESOLUCIONES RECURRIBLES

1.- El recurso de unificación de doctrina únicamente procede —artículo 215 T.A.L.P.L.— «frente a las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia».

Se descartan, pues, las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social, Audiencia Nacional y por los Tribunales Superiores de Justicia cuando actúan como órganos de instancia, ya que, frente a las primeras —excepto cuando, por ley, no son impugnables— el instrumento unificador es el recurso de suplicación y, frente a las segundas, el recurso ordinario de casación, evitándose así, como dice CAMPOS ALONSO (16) el recurso «per saltum», que constituía regla normal en la anterior conformación del Texto refundido del proceso laboral, y que si acoge, con la terminología de recurso de casación directo, el artículo 1658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma operada por la ley 34/1984, para el solo supuesto de que lo soliciten las partes «por entender que la cuestión a resolver es estrictamente jurídica».

La expresión precisa y concreta de «sentencias» tanto en el artículo 215 como en el 216 del T.A.L.P.L.— excluye, de la posibilidad del recurso, las resoluciones judiciales en forma de autos, a que se refieren los apartados segundo y tercero del artículo 203 del citado texto articulado, como recurribles en el recurso de casación ordinario. La exclusión no reza respecto al auto de la sala teniendo por no preparado el recurso, pues el artículo 219 se remite, en cuanto al trámite, a lo establecido en «los artículos 206, 207 y 208 de la presente ley», y el primero de éstos, en sus ordinales 2 y 3, establece que cabe recurso de queja frente a los autos de la Sala teniendo por no preparado el recurso o poniendo fin a su trámite.

2.- La ampulosidad del término —unificación de doctrina— no corresponde a la realidad, al permanecer fuera de su órbita revisora unificadora, en primer lugar, las sentencias irrecurribles en la vía laboral —cuales son las dictadas en materias de vacaciones, electoral, clasificación profesional y sanción a los trabajadores por faltas leves y graves— y en segundo lugar, sentencias que no fueran dictadas por la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o por otras Salas de lo Social del mismo —algunos Tribunales Superiores, como los de Castilla-León, Andalucía y Canarias, tienen varias Salas de lo Social— dado que la contradicción, legitimadora del recurso, únicamente se admite entre las mismas o con referencia a las pronunciadas por el Tribunal Supremo.

De este modo, no se incluyen en el ámbito unificador todas aquellas sentencias dictadas en otros órdenes jurisdiccionales, a pesar de la conexión que pueda existir en la materia reguladora —así un mismo hecho puede ser constitutivo de delito y de infracción laboral grave determinante de despido, las circunstancias de un accidente de trabajo pueden dar lugar a sanción administrativa por infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, y a la vez, actúa como soporte legal de un recargo en la prestación de Seguridad Social, cuyo conocimiento viene atribuido a la jurisdicción laboral; normas de la misma naturaleza pueden ser aplicables por diferentes órdenes jurisdiccionales, según se trata de trabajadores o personas a las que afecta una relación estatutaria o funcional— ya que la finalidad de la ley, según se desprende de la L.B.P.L. de Abril de 1989, y de la propia redacción del precepto, es más limitada, lo que determina, en lógica consecuencia, la atribución del conocimiento de recursos a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

De lege ferenda pudiera pensarse en un instrumento unificador para estos supuestos, de conexión de materia regulada mediante la instauración de una Sala especial del Tribunal Supremo, como pudiera ser la Sala encargada de resolver los conflictos de competencia— integrada según el artículo 42 de la L.O.P.J., por el Presidente del Tribunal Supremo y dos ma-

gistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto.—

Para los casos de materias excluidas del recurso de suplicación, pudiera acudir al recurso en interés de ley, regulado en el artículo 1718 de la L.E.C. —aún cuando no explique efectos, sobre la situación jurídica creada por la sentencia recurrida—, a tenor de la supletoriedad inserta en la Disposición, 7) Adicional primera 1 del T.A.L.P.L., pero, precisamente, el apartado 2 de la misma niega su aplicabilidad.

3.- El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de decidir sobre cuestiones planteadas respecto a resoluciones recurribles en unificación de doctrina. Así, el auto de 15 de Enero de 1991, dictado en el recurso 112390, expresa:

«El artículo 216 del T.A.L.P.L. excluye «por imperativo legal la doctrina contenida en sentencias del extinguido Tribunal Central de Trabajo, que no son aptas para viabilizar el dicho recurso— de casación para la unificación de doctrina».

A su vez, el auto de 24 de Enero de 1991, recaído en el recurso 1.134/90, afirma:

«...la doctrina cuya unidad está encomendada a este recurso no es otra que la propia del orden jurisdiccional central, aunque, dándole por sobreentendido, no se especifique en que ley, y ello, porque la competencia de esta Sala IV, a quien esta atribuido el recurso se ciñe a dicho orden, a tenor del artículo 59 de la L.O.P.J. y porque las sentencias que son ocasión y destinatarias de las unidad doctrinal están estreñidos al mismo orden, artículo 75 de la misma ley» «*Razonamiento jurídico primero*, añadiendo posteriormente:

«...Como la resolución judicial a que se acoge el recurso como contradictoria con la recurrida es la de la Sala Tercera de este Tribunal y además no tiene forma de sentencia sino de auto, en contra de la letra de la ley, es evidente según lo razonado que el recurso debe ser inadmitido».

Razonamiento jurídico segundo.

Añade obiter dicta, este último fundamento jurídico.

Aún con todo no es ocioso añadir

que se trata, en el primer motivo del recurso, nervio de todo el determinar, la competencia y sobre esta cuestión esta Sala no puede establecer más que criterios uniformes en el orden social y que la unidad de criterios de esta Sala con el resto de las Salas que componen este Tribunal corresponde a la Sala de conflictos».

En el mismo sentido el auto de 17 de 1991, pronunciado en el recurso 990.90, dice:

«La última referencia —la del artículo 216 del T.A.P.L. del Tribunal Supremo— ha de entenderse realizada a sentencias de esta Sala, sin que pueda extenderse a las de otras Salas de este Tribunal respecto las que no opera la unificación de doctrina como exigencia interna del orden social en la aplicación de las normas que delimitan su ámbito jurisdiccional. No tienen por tanto, la consideración de decisiones comparables a efectos de guardar la pareciación de una contradicción en este recurso a las resoluciones de otras Salas del Tribunal Supremo, pues la doctrina que ha de unificarse es la del orden social y no esta con la de otros órdenes jurisdiccionales».

MOTIVOS

Los motivos del recurso se adecúan al fin perseguido, que es el genuino del recurso de casación: defender la ley y unificar la jurisprudencia mediante una interpretación uniforme de aquella. No se trata de conseguir una igualdad en la aplicación de la ley, sino en aras de la certidumbre o seguridad jurídica, mantener el imperio de la misma y su uniforme interpretación. Como ha dicho el Tribunal Constitucional —en el auto de inadmisión de la Sala 2ª en 4 de Mayo de 1990, respecto a sentencias contradictorias dictadas por distintos órganos jurisdiccionales las diferencias de interpretación son consustanciales a la propia función jurisdiccional y aunque ello puede afectar a la seguridad jurídica, queda fuera del ámbito de la específica vía del recurso de amparo, no correspondiendo al Tribunal «armonizar los distintos criterios jurisprudenciales decantados por los Tribunales ordinarios».

Conforme al indicado objeto y finalidad el artículo 221 de T.A.L.P.L.

establece los requisitos de viabilidad del recurso.

El primero es que el escrito de interposición deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la sentencia o sentencias contrarias». Ha de relacionarse tal requisito con el mantenido en el artículo 216, expresivo de que los pronunciamientos distintos se produzcan «en mérito a hechos fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales respecto de los mismos litigantes u otro, en idéntica situación».

El segundo, inserto en el artículo 221, es continuación del anterior y de la palabra «contrarias», de la que le separa la copulativa «y», consiste en la «fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, así como del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El texto legal es suficientemente claro y explícito para apreciar que el objeto de la censura jurídica del recurso no es la simple contradicción de las sentencias descritas en el artículo 216 del T.A.L.P.L. —en cuanto repetimos, la disponibilidad consustancial a la existencia de diversos órganos judiciales, y a la independencia funcional que les atribuye la Constitución— sino la de unificación en la aplicación e interpretación de la norma jurídica y la formación de la jurisprudencia. En el mismo sentido advierte Campos Alonso que «ni la invocación que se hace en el apartado III de la Exposición de motivos de la ley al principio de igualdad, ni la modificación sufrida en el texto definitivo de la Ley de Bases que omite por primera vez la exigencia de que la sentencia impugnada sea constitutiva de infracción de norma legal puede desvirtuar la razón de ser de este recurso, que vuelve a los orígenes jurídicos de la verdadera casación, de prevalencia del *inconstitutionis sobre el ins litigatoris*, añadiendo gráficamente que la contradicción actúa como vehículo instrumental que permite llegar a la meta de salvar la ilegalidad, sometiendo, así, a los Tribunales Superiores de Justicia al imperio de la ley.

La cuestión, no obstante, no espacifica en la doctrina, y así Cruz Villalón sostiene que el único y exclusi-

vo motivo de impugnación para este especial medio de impugnación, es la contradicción de sentencias y que la ley de Bases no sigue la amplitud de motivos del antiguo recurso en interés de ley, que era admitido siempre que se estimase dañosa o errónea la doctrina sentada por el órgano judicial inferior. Las razones que llevan a este último autor a sostener un criterio restrictivo no desnaturalizan «la muy concreta finalidad de unificación doctrinal, buscada en este especial recurso»: evitar una peligrosa acumulación de asuntos ante el Tribunal Supremo con la consecuente *dilación* en la resolución y mantener la virtualidad práctica en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia —pueden resultar no muy convincentes.

En primer lugar, el recurso se califica legalmente de casación, y la finalidad de ésta, desde su origen, no ha sido resolver sobre sentencias contradictorias, sino defender la ley, unificando su interpretación y aplicación. En segundo lugar no se presenta como probable que esta finalidad pueda producir acumulación excesiva y «desconocimiento virtual» de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, pues de contrario, las exigencias de un requisito precisa, cual es la fundamentación de la infracción legal y del quebrantamiento de la doctrina, habrá de limitar «per se» el número de recursos dando, por tanto, mayor eficacia práctica a las resoluciones de aquellos Tribunales y evitando que este concreto recurso de casación se convierta en una tercera instancia.

Finalmente hay que añadir que la doctrina se muestra unánime en incluir en el concepto de ley —que se tacha de infringida— tanto los de naturaleza procesal como sustantiva pues a ambas se debe extender el fin unificador perseguido por el recurso.

La reciente sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 Febrero de 1991 —primera que resuelve un recurso para la unificación de doctrina— se decide por la exigencia del doble motivo del recurso y expone:

«... Ante la específica traza que presenta este recurso de casación para la unificación de la doctrina, la Sala examinará si existe o no la infracción legal denunciada, si se da o no la con-

tradicción que se invoca en él y si se ha producido o no en virtud de la concurrencia de las notas indicadas un quebranto de la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. Lo primero, es referente a la ilegalidad de la resolución impugnada, que constituye la esencia y la razón que justifica la existencia misma de este recurso de casación, impulsado por la necesidad de lograr la doctrina cierta y unitaria y de devolver a la casación su genuina naturaleza, presenta las dificultades de una materia tan compleja, como la que se ventila en el recurso y en el proceso todo. Para ello analizará la Sala, en primer lugar cual es el derecho aplicable al caso y decidirá de tal planteamiento si la sentencia ha cometido o no la infracción legal que se denuncia».

Posteriormente en el último fundamento de derecho se especifica:

«Si faltan en este recurso los dos requisitos de simultánea concurrencia exigidos en el artículo 221 de la ley de procedimiento laboral-infracción contradicción, ya que la sola infracción legal no es bastante, sino que habrá de ir documentada en la contradicción en que incurre; y la sola contradicción tampoco lo es, si no se apoya y sostiene la infracción cometida en la sentencia.

Y será con la conjunción de los dos requisitos como se produce, por consecuencia de ellos, el quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia, que este nuevo recurso, por razones de seguridad jurídica y de certeza del derecho trata de evitar.

NOTAS:

- (1) Valdés del-Rè de «vértice organizativo-dual con los Tribunales Superiores». La nueva Planta de la jurisdicción del orden social. Revista Española de Derecho del Trabajo n.º 28.
- (2) Este sistema fue adoptado por el anteproyecto del Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Igualmente, la Enmienda 94 ante el Congreso, de I.U., propugnaba la impugnación de ciertas sentencias de los Juzgados de lo Social «per saltum» ante el Tribunal Supremo, como acontecía en el T.R.L.P.L. derogado.

(3) Sobre esta triple alternativa. Desdentado Bonet A. las competencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pág. 96 a 99, en *La Reforma del Procedimiento Laboral*. Alarcon Caracuel y otros, Marcial Pons 1989.

(4) En el mismo sentido, Salinas Molina F. Introducción: Esquema de la distribución entre los diversos órganos de la jurisdicción social y su efectiva aplicación. La reforma del Procedimiento cit., pág. 108.

(5) Alarcón Caracuel. Valoración crítica de la L.B.P.L. La Reforma... citó pág. 31 a 34, critica la instauración del recurso de unificación de doctrina al que califica de polémico por una razón técnica —construirse sobre competencia «materialmente casacional», atribuida mediante el recurso de suplicación a los T.S.J.—; origen de recelos políticos— unión de la casación desde su origen, a la cuestión de distribución de poderes— y creador de un falso problema, no exigido por ningún precepto constitucional.

(6) Iglesias Caverio M. Los Recursos laborales en la ley de procedimiento laboral. *Revista Relaciones Laborales* n.º 12, pág. 25, subraya que este recurso rompe la regla general de doble grado de jurisdicción, proclamada en la Base 31-1, y que «al no ser firmes las sentencias dictadas por las Salas de lo Social desde que se dictan, sino a partir del undécimo día siguiente a la notificación, más que un doble grado, hay tres grados».

(7) Parte de la doctrina le niega el tratamiento recurso. Así Blas Oliet, di-

ferencia de los recursos de casación, de suplicación y en interés de ley. Dieciséis lecciones sobre casación en lo laboral. Universidad de Madrid 1974, pág. 498, afirma que en buena técnica procesal, no es institución tendente a resolver conflictos sociales, o a la protección opuesta en práctica del derecho subjetivo, ni existe pretensión ejercitable frente a persona distinta existente, ni determinada, ni su estimación satisface quejas concretas ejecutables, ni ofrece seguridad ya lograda con la cosa juzgada, ni justicia-el fallo no es modificable—.

(8) Martínez Emperador R. El sistema de recursos en el anteproyecto del texto refundido de la L.P.L., en *Actualidad Española* n.º 48/1986, pág. 2.458 y ss. o Cruz Vallalón y «la unificación de doctrina legal en la Ley de Bases de P.L. la reforma —cit— pág. 150.

(9) OLIET B. Diferencia... cit pág. 506. En el mismo sentido de asimilar suplicación y casación con el que guarda una identidad esencial ALONSO OLEAM.: *Derecho Procesal de Trabajo*— cuarta edición revisado 1985, pág. 239. MONTERO AROCA y el proceso laboral. Tomo I. Barcelona 1988, pág. 73. GONZÁLEZ VELASCO.

(10) La unificación... cit. pág. 152-153.

(11) Las partes ante el procedimiento laboral. Estudio especial de los principios de igualdad y gratuidad en PUNTOS críticos en materia de Procedimiento Laboral. Mesa Redonda

C.E.O.E. 1987.

(12) CRUZ VILLALÓN op. cit. pág. 154 a 162 se muestra radicalmente contrario a la legitimación del Ministerio Fiscal.

(13) González Pérez J. *Derecho Procesal administrativo*. Tomo 3 Tercera edición, pág. 414-420.

(14) El anteproyecto del Texto Refundido de la L.P.L., citado elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia, afirmaba en su Exposición de Motivos, el propósito de conservar no sólo la estructura y terminología conservables, sino también el máximo de este texto, que ha sido contrastado por la experiencia, como eficaz y rigurosamente elaborado».

(15) La Nueva Organización y competencias de los órganos del orden social de la jurisdicción, en *El Nuevo Orden Social de la Jurisdicción* Abril 1986 C.E.O.E., pág. 56. Del mismo autor *El Procedimiento Laboral*: estudio especial del Régimen de Recursos en la doctrina del Tribunal constitucional en Puntos Críticos, en materia de procedimiento laboral —marzo 1987, pág. 159 a 162—.

(16) Campos Alonso M.A. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. *Rev. Actualidad Laboral* n.º 27/90, pág. 317 a 321; y el mismo autor Mesa Redonda: recurso de casación para la unificación de doctrina. *Rev. Poder Judicial*, número especial XIV, pág. 197 a 200.

N. de la R.— El presente trabajo constituye la primera publicación sobre la materia. El autor analiza, en primicia para Sala de Togas, lo que conoce y vivió «desde dentro de la Justicia Laboral». Este artículo recoge pues las primeras e históricas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el novedoso recurso de UNIFICACIÓN DE DOCTRINAS.

«LA PROPIEDAD URBANISTICA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD»

SUMARIO:

I. VISION GENERAL DE LA LEY DEL SUELO (Ley 8/1990, de 25 de Julio)

- A) PRECEDENTES LEGISLATIVOS, LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS.
- B) CARACTERES DE LA NUEVA LEY.
- C) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA LEY
- D) RELACIONES DE LA LEY CON LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO.

II. LA PROPIEDAD URBANA

- A) CONCEPCIÓN LEGAL DE LA MISMA
- B) INCIDENCIAS JURÍDICAS DE ESTA CONCEPCIÓN
- C) PROBLEMÁTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

III. RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

- A) LA PUBLICIDAD Y SUS RELACIONES CON DIVERSAS INSTITUCIONES LEGALES DE LA LEY DE SUELO
- B) CREACIÓN DE REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL DE LA PROPIEDAD.
- C) LEGISLACIÓN VIGENTE Y DEROGADA.

José María CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad



I. VISIÓN GENERAL DE LA LEY DEL SUELO.

La publicación de la nueva Ley del suelo 8/1990, de 25 de Julio, con unas finalidades que luego precisaremos, provoca en el jurista un intento de acercamiento general a sus proyectos y un pequeño estudio de dos puntos concretos, como son la propiedad y el Registro de la misma, con el gran trasfondo de si con esta regulación se logra alcanzar ese gran principio constitucional (art. 9,3 Constitución española) de la «seguridad jurídica», pues toda legislación que nutra el contenido del «ordenamiento jurídico» ha de sujetarse al principio citado.

A. PRECEDENTES LEGISLATIVOS, LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS.

Prescindiendo de antecedentes remotos en el urbanismo español (Leyes de Ensanche y Extensión de 26 de Julio de 1892; de Saneamiento y Mejora interior de 18 de Marzo de 1985; de Solares de 15 de Mayo de 1945 y diversos artículos de la Ley de Régimen Local de 24 de Junio de 1955, además de otras disposiciones), donde viene a concretarse la primera gran normativa sobre la materia, es en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de Mayo de 1956. Fue una Ley difícil y técnica que tardó en aplicarse, entenderse y prestarle la atención que debiera por las distintas esferas jurídicas de la nación. Singularmente las relaciones que la Ley del Suelo tenía previstas con el Registro de la Propiedad se circunscribían a un artículo genérico y a dos o tres exigencias registrales, con un auténtico olvido de los grandes servicios que la institución registral podría prestar al urbanismo. Remedando a NUÑEZ LAGOS (1) en su famosa frase que relacionaba el Registro con

la institución de la posesión, podríamos decir que existía entre urbanismo y Registro la política «del gruñido y del zarpazo». La situación no mejoró con la nueva Ley 19/1975, de 2 de Mayo (fecha histórica capaz de animar al legislador), ni con el texto refundido de 9 de Abril de 1976 (Real Decreto 1346, de igual fecha) no ya sólo en sus diversos enfoques, sino en el de la institución registral. Lo mismo sucedió con los diversos Reglamentos que se publicaron para su aplicación y desarrollo (R. Decreto 2159/1978, de 23 de Junio, sobre planeamiento; R. Decreto 3288/1978, de 25 de Agosto, sobre Gestión Urbanística y R. Decreto 2187/1978, de 23 de Junio, sobre Disciplina Urbanística, aparte de otras disposiciones).

El juicio «valorativo» de esta legislación —aparte de coincidir con el mío— lo expresa la vigente Ley 8/1990, de 25 de Julio donde, en su preámbulo dice que «se ha revelado insuficiente». Aunque concreta esta insuficiencia a la gran libertad de que gozan los propietarios del suelo urbano y a la no utilización de los «medios represivos» de la Administración, en el fondo viene a reconocer más ade-

lante la necesidad de sus inevitables relaciones con la institución registral.

Lo que sucede, y esto puede ser un principio conflictivo, es que cuando esta última Ley se publica está ya vigente la Constitución española donde, de una parte, se respeta el *derecho de propiedad* y de otra, se reconoce a las Comunidades Autónomas una competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 149 Constitución), lo cual lleva a que la Ley no tenga una aplicación general. De otra parte no debe olvidarse, al enjuiciar esta Ley, el artículo 9,3 de la misma Constitución, donde existen unos principios de publicidad de disposiciones legales, de retroactividad, de legalidad y de seguridad jurídica, que veremos si se respetan en la presente edición de esta Ley.

B. CARACTERES DE LA NUEVA LEY

La gran finalidad de la Ley es el intento —no sé si eficazmente conseguido— de impedir la especulación del suelo, consiguiendo una utilización del mismo de acuerdo con el interés general. Sobre esta base entran en juego dos condicionamientos jurídicos o condiciones básicas: la igualdad de todos los españoles en los procesos de urbanización y edificación y la función social de la propiedad en su vertiente económica. Desde el punto de vista de un Estado democrático y de Derecho no pueden ponerse objeciones a esta finalidad.

Se han realizado varios cursos de conferencias, mesas redondas, coloquios y alguna publicación importante, aparte de ciertos artículos periodísticos (2), y el ambiente que se respira en torno a todo ello no es tan favorable como el legislador en sus intenciones pretende. Entiendo que es pronto para enjuiciar y que lo prudente es esperar a ver lo que sucede en este rodaje legislativo, no vaya a ser como todo avance que lleva consigo el retroceso (3). Limitémonos ahora a señalar sus caracteres:

a. *¿QUÉ CLASE DE LEY ES?* La pregunta es importante ya que con esta Ley se barren y eliminan muchas cosas, se ignoran los derechos adqui-

ridos y hay un ataque serio a la institución de la propiedad. La propiedad es dentro de la Constitución, uno de los derechos fundamentales de la misma (art. 33,2 dentro del Capítulo de los Derechos y Libertades). Por ello tendría que ser una Ley «orgánica». Pero es curioso cómo en su concepción resulta que se trata de una «*ley de bases*» para la formación de textos articulados, o de una «*ley ordinaria*» cuando se trate de refundir diversos textos legales en uno, conforme al artículo 82,2. Si las delegaciones no pueden realizarse sobre materias a las que regulan o se deben referir las leyes orgánicas, esta ley comienza a ser conflictiva y, si se me apura, circunfleja: montada a dos vertientes (4)

b. *ES LEY DIFÍCIL Y TÉCNICA*. Es ley difícil de entendimiento y de aplicación. No es de fácil entendimiento, como puede ser el texto del Código civil, que está al alcance de cualquier ciudadano, sino que es una ley dirigida a los ya «iniciados» en la materia y en su terminología, alejándose con ello de lo que podríamos llamar principio de «igualdad» de los españoles.

Por ser una ley técnica —técnicamente impecable, según dice ALONSO LASHERAS— (5) se ofrece con ciertas dificultades para su aplicación y cumplimiento por parte de los Ayuntamientos, insuficientemente preparados para recibir este legado y hacerlo cumplir. En esto poco se aparta de las anteriores.

c. *LEY DE AVANZADA PROGRAMACIÓN*. Bajo unas ideas de igualdad, función social y contenido económico del derecho de propiedad, se altera —como veremos— el concepto de propiedad, se establece el principio de que «la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos», y se concentra en manos de la Administración un auténtico «arsenal» de medidas de ataque al propietario, que se asemejan a una declaración de guerra contra el mismo. Conviene preguntarse ¿Con ello se persigue una municipalización o nacionalización del suelo urbano? Se trata de medidas drásticas que conducen —en caso de aplicación estricta— a esa

conclusión.

d. *NO ES LEY TERRITORIAL*. Así como la legislación hipotecaria es ley territorial, ya que su flexibilidad admite las posibles excepciones del derecho foral, esta legislación, que lo fue en su día, carece en la actualidad de este carácter. No es, por tanto, territorial, ya que, de una parte, no se aplica a determinados municipios (los que no lleguen a 25.000 habitantes y otros casos peculiares que en ella se establecen), de otra, cada Comunidad Autónoma tiene ciertas facultades de regulación en la materia y, por último, la disposición final hace una distinción entre preceptos de «*aplicación plena*», de «*legislación básica*» y aplicación «*Supletoria*». Resulta sumamente complicado aplicar esta terminología y llegar a la sutil distinción entre lo que es básico y lo que es de aplicación plena. La originalidad del legislador llega a límites insospechados.

e. *LEY DE APLICACIÓN INDIRECTA CON FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA*. La intención del legislador es que la Ley se aplique al día siguiente de su publicación —con determinadas normas transitorias para ciertas situaciones—, aunque con un gran fallo que no solo provoca inseguridad jurídica, sino incertidumbre frente al modo de legislar y derogar— lo cual provoca en el ciudadano una cierta inseguridad, pues al texto que se le ofrece habrá que incorporar todo lo *no derogado* por incompatible y esperar a que el texto refundido que se le promete cumpla esa exigencia, lo mismo que el Reglamento y el ofrecimiento de que hipotecariamente se solucionen los problemas que la Ley reserva para el posible Reglamento. Que al ciudadano se le imponga la ley «en desarrollo» que puede tener ciertos matices diferenciales por no ser considerados como incompatibles con sus principios, es un grave atentado al principio de «*seguridad jurídica*» del artículo 9 de la Constitución.

Para completar la materia sería preciso ir examinando caso por caso de las disposiciones transitorias, para ver, con detenimiento, si en ellas se viola o no el principio de irretroactividad de sus disposiciones sanciona-

doras o restrictivas de sus derechos individuales. Pero, como es una ley en «desarrollo», que tiene de aplicación un año, vamos con la disposición transitoria octava que venía a solucionar unos graves problemas de interpretación en relación con las obras nuevas y que jugaba con unos plazos que permitían dar solución a muchos casos. No vamos a descender a la clasificación de errores materiales, formales o de concepto, pero si fijamos que cuando la Ley se publica en el BOE lleva en último lugar un condicionamiento expreso: «Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley» y la firman S.M. el Rey y el Presidente del Gobierno. Días después se publica en el BOE una «*corrección de errores*» donde se suprime dicha disposición transitoria, sin que esa rectificación la avalen con su firma el Rey o el Presidente de Gobierno. (6)

C. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA LEY.

El pulso de la interpretación legal es aquí donde debe entrar en juego para ver si la Ley acierta o no al resolver el tema que plantea. Es decir, es el momento de sacar la balanza y pesar ventajas o inconvenientes, aunque creo que lo prudente sería esperar a ver el desarrollo y la aceptación o no de sus disposiciones legales en los ámbitos en los que debe tener su juego: empresarios, entidades de crédito, constructores, propietarios, promotores, etc.

a. VENTAJAS. Sean o no buenas, acertadas o torpes, las medidas que se toman, lo cierto es que tiene un fin bueno: la especulación del suelo debe cortarse, pues otras leyes anteriores, como la Ley de Tasas, no lo pudo lograr y la abortada subida catastral tampoco. A esa inicial intención cabría añadir las ideas progresistas y democráticas del planeamiento urbano, los grandes deseos de publicidad de situaciones y limitaciones, así como la creación de Registros Administrativos y la conexión de estos y de los actos administrativos con el Registro de la Propiedad. Con todo ello parece que se levanta el velo de una pasividad, para el logro de unas realidades.

b. INCONVENIENTES. Aquí ya hay que jugar con especulaciones, suposiciones, previsiones y hasta con conceptos abstractos. La difícil papeleta que se ofrece a los Ayuntamientos con expresas competencias en la materia, la conversión del urbanismo en una función administrativa, el poder «prepotente» que se adivina frente al incumplimiento de los deberes urbanísticos, los discutidos criterios de valoración frente al crédito bancario, suponen restricciones al espíritu intencionalmente bueno del legislador, pero agresivo para el que ha de soportarlo.

D. RELACIONES DE LA LEY CON LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO.

La Ley ha provocado un avance en sus pronunciamientos y maneja el concepto de la propiedad, dándole un sentido que, como veremos, choca con el tradicional y hasta creo que con el admitido por la Constitución. Ha tenido, por otra parte, que reconocer que esa actividad administrativa urbanística estaba distanciando su problemática de la institución registral, que, aparte de su raigambre histórica, tiene la confianza del pueblo. Ha variado la idea y comienza a contarse con el Registro como elemento que permite soluciones que contribuyen a resolver problemas de titularidad, de cargas, de publicidad, de regularización de la propiedad, etc.

II. PROPIEDAD URBANA.

A. CONCEPTO LEGAL DE LA MISMA

En la Exposición de Motivos —convertida hoy en preámbulo— se dice que la Ley «determina el contenido económico del derecho (de propiedad), valorando a efectos expropiatorios, las diferentes facultades que lo integran, según su grado de adquisición...». Por su parte el artículo 1 de la Ley dispone que «La función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio».

La cosa creo que no puede estar más clara: la Ley del Suelo —con algunos intentos anteriores ha configurado la propiedad urbanística «*como vacía de contenido*». En esta aprecia-

ción coincide GONZALEZ PEREZ (7). Es como tener un título universitario sin contenido: Vd. es propietario, como es licenciado en Derecho, en Medicina, en Farmacia o en Económicas, pongo por caso.

La propiedad no tiene el contenido tradicional del uso, disfrute y disposición que el art. 348 del C.c. le ofrece; no, es una propiedad de un terreno al que gradualmente se le van nutriendo de contenido y que en el último tramo acceden al patrimonio del interesado si cumple los requisitos y exigencias legales. A todo ello se acompaña una valoración diferente. Los derechos a que puede aspirar el propietario en su ascenso los señala el artículo 11 de la Ley: *derecho a urbanizar* (dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planteamiento) *el aprovechamiento urbanístico* (atribución efectiva de los usos e intensidades susceptibles de adquisición privada o su equivalente económico), *a edificar* (o materializar el aprovechamiento urbanístico) y *a incorporar al patrimonio la edificación* (ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística).

El símil que se me ocurre es el de la *escalera*. El propietario debe ir ascendiendo, peldaño a peldaño, por esa escalera que la Ley le ofrece y cuando llegue al final incorpora todo a su «*patrimonio*» (debió decir propiedad, ya que el concepto de patrimonio es distinto jurídicamente) no por accesión sino por ordenación urbanística. Si no sube y baja, ya sabe a lo que se expone: la expropiación, la ocupación, el nuevo planteamiento, etc. No se lo que pensará el ciudadano de a pie, pero si lo que protestará el «motorizado» si la Administración le dice: Vd. es propietario de un coche con cuatro marchas y la que va hacia atrás: para meter la primera necesita autorización, para la segunda que exista un plan de ordenación, la tercera que Vd. esté decidido a poner en marcha el coche y la última supone que el coche es suyo. Solo le queda la marcha atrás, pero si la utiliza se lo expropio.

La tesis del dominio «*vacío de contenido*» ha sido uno de los temas manejados por los urbanistas, adminis-

trativistas y políticos (8), pero, con todos los grandes respetos para las opiniones ajenas, mi postura es totalmente diferente —cosa que ya he manifestado en otros momentos (9)— y contraria a configurar la propiedad como vacía de contenido. Nada de eso dice la Constitución y aunque lo dijera ya veríamos luego las consecuencias. No se puede admitir esa figura, ni legitimar al planificador como encargado de llenar ese vacío, al propietario como un titular de una pancarta y al funcionario como un vigilante y administrador celoso de lo que hace el titular. Y se me hace más cuesta arriba esta concepción cuando en países tradicionalmente comunistas se está especulando y reivindicando la idea de la propiedad.

JOSSEF PIEPER (10) decía: «Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propiedad de alguien. Esta proposición anuncia con soberana sencillez una realidad fenomenal. La Justicia es algo segundo. La Justicia presupone el Derecho. Si algo se le debe a un hombre como suyo, el hecho de que tal se le deba no es obra de la Justicia. El acto por el cual inicialmente algo es propio de alguien, no puede ser un acto de Justicia...» Si la Justicia no crea el Derecho, sino que lo declara o lo reconoce ¿Cómo es posible que un Plan tenga esa fuerza oradora?.

Si el Planeamiento —al clasificar los terrenos— distingue entre los urbanos los de reserva, los rústicos etc., parece que ya establece una gran diferencia y sujeta a los que la Ley aplica a un sistema especial: les despoja de su contenido de propiedad y los vacía el contenido: ¿Habrá expropiación de facultades dominicales antes existentes o el terreno pasa, sin más, a convertirse en una escalera para ascender los peldaños normativos?. Ello nos llevaría a distinguir dos clases de propiedades: una la rústica (llena de facultades) y otra la urbana (vacía de contenido). ¿Y la Constitución al referirse a la propiedad y su función social, a cual de ellas se dirige?.

La Constitución avanzó en el concepto de propiedad y de la antigua teoría de las «limitaciones» se pasó, como era lógico, a la de las «delimitaciones» de la misma, nacidas del sentido social y de la naturaleza propia de la institución. Pero nunca puede deducirse de su expresión que a la propiedad la configure como «Vacía de contenido». Vamos a esbozar esa teoría, tal y como se ha entendido, por la doctrina para ver cómo frente a la misma se alza la interpretación que esta Ley pretende dar al concepto de «delimitaciones» y al «sentido social» de las mismas, lo cual es importante para juzgar si la Ley se ajusta o no a los términos constitucionales en que se concibe el derecho de propiedad.

La denominación y el contenido de la teoría de las delimitaciones fue puesto en circulación por la doctrina alemana representada por WESTERMANN y traída a la parcela ibérica por GARCÍA DE ENTERRIA en su conocido trabajo publicado en el Anuario de Derecho Civil en el año 1958 (11). No hay en la propiedad urbanística limitaciones, sino «delimitaciones» de la propiedad en su contenido normal. Parafraseando a ORTEGA Y GASSET, podría decirse que estas «delimitaciones de la propiedad», más que en el *contorno* de la misma, estén en el *dintorno*. A mi entender de ese trabajo y de otros posteriores de administrativistas y urbanistas no se deduce más que esta teoría «conforma o modaliza» el contenido del derecho de propiedad según el sentido social y la misma naturaleza de esta concepción (12).

Aceptar la tesis de la nueva Ley que, invocando esta teoría, configura a la propiedad como «vacía de contenido» es reducir la titularidad normal a una titularidad fiduciaria de difícil reflejo registral por ser gradualmente, peldaño a peldaño, nutrida de facultades. La teoría de las «delimitaciones» provocaba el choque de dos publicidades: la del Plan y la registral, aunque GARCÍA DE ENTERRIA (13) dándose cuenta de la enormidad jurídica que ello significaba abogaba en favor de la necesaria publicidad. Vámonos con las incidencias que todo

ello supone.

B. INCIDENCIAS JURÍDICAS DE ESTA CONCEPCIÓN

En el fondo las incidencias no sólo son jurídicas, sino económicas. Las jurídicas se refieren a si esta normativa va en contra de la concepción que la Constitución tiene de la propiedad, y de si esta Ley al desviar el mismo concepto debe tener carácter orgánico para lograr ese fin.

Entre las económicas la más importante es la que afecta a las instituciones de crédito por el juego de valores que van ascendiendo por esa escala antes apuntada y desde el valor inicial puede llegarse al valor urbanístico. Difícilmente la institución de crédito puede conceder los hipotecarios sobre valores que sobrepasen el inicial por la gran amenaza que supone el que el propietario —por las circunstancias que sean— no llegue a alcanzar el valor urbanístico. Ello va a significar en el campo financiero una paralización de obras con graves repercusiones en el constructor, el urbanista, el urbanizador, el contratista, etc.

Entiendo que habrá que acudir a otros medios de financiación, ya que el riesgo del acreedor hipotecario no tiene ni la posibilidad del ejercicio de la acción de devastación del artículo 117 de la L.H. donde la solución del «administrador judicial» no permite subrogarse en el procedimiento urbanístico para alcanzar el último peldaño.

PROBLEMÁTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Dando por supuesto el transcendente principio de seguridad jurídica a que se refiere el art. 9,3 de la Constitución española, se hace preciso una pequeña reflexión en torno a si el mismo queda respetado por el texto legal. Creo que de todo lo que llevamos dicho pueden deducirse ciertas excepciones al citado principio, como son:

a. La derogación de la disposición transitoria octava por medio de una rectificación de errores, sin firma que la legitime, infringe el principio de «jerarquía normativa» que afecta al de

seguridad jurídica.

b. La aplicación inmediata de una legislación, con un posible desarrollo posterior, en la que han de estar jugando simultáneamente preceptos nuevos y otros anteriores de dudosa contradicción con los primeros, afecta igualmente al principio de seguridad jurídica, en cuanto les falta claridad, certeza y seguro conocimiento de una norma.

c. La configuración de la propiedad «vacía de contenido» que va nutriendose por fases o escalones que marca el artículo 11 de la Ley, genera en quien se propone la adquisición del terreno unas ciertas inseguridades, si la situación no se publica debidamente. Algo parece apuntar, en este tema, el artículo 29 que luego examinaremos, con su doble criterio de informar y remitir datos al Registro de la Propiedad.

d. Esa configuración apuntada repercute en el juego de los derechos de tanteo y retracto, en las ocupaciones, en las expropiaciones, demoliciones, etc.

III. RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el preámbulo de la Ley no se hace referencia a la relación que la normativa debe tener con la institución registral, pero del espíritu y de la letra de la misma se deducen un conjunto de disposiciones que abordan temas concretos que es preciso exponer. En todos ellos resplandece la necesidad de una publicidad y una coordinación entre el acto administrativo y lo que el Registro publica. Es la primera vez que en forma tan extensa se tiene en cuenta por la legislación urbanística esta institución publicitaria.

A. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y SUS RELACIONES CON DIVERSAS INSTITUCIONES LEGALES DE LA LEY DEL SUELO.

Quizás las críticas más incisivas que se han hecho a la legislación urbanística procedan del hecho de no haber tenido en cuenta el principio de publicidad, el de certeza, el de seguridad y el del respeto a los derechos

adquiridos, pues la Administración actuaba en plena desconexión y desconocimiento de las demás instituciones contenidas en ese «resto» de Ordenamiento jurídico español a que se refiere el artículo 9,1 de la Constitución. Y así resultaba difícil que en la calificación registral —no hay que olvidar que la legislación urbanística maneja terrenos, polígonos, áreas, etc. y el Registro de la Propiedad se lleva por «fincas»— se pudiera exigir —pongo por ejemplo— la licencia urbanística si se desconocía si el inmueble estaba o no afecto, sujeto o incluido en un Plan o disposición administrativa de ordenación. En este sentido se pronunció la Dirección General en una conocida Resolución (14). Trata de remediarse esto ahora con una serie de medidas y disposiciones que pasamos a exponer:

a. *Información y publicidad.* El artículo 29 de la nueva Ley arbitra un sistema «supletorio» para el logro del derecho de información y de publicidad de «facultades urbanísticas», ya que el mismo sólo funciona «en ausencia de legislación urbanística específica» (lo cual no ayuda en nada a la seguridad) y se concreta:

—Los Ayuntamientos deben suministrar a los interesados que lo soliciten una «información» sobre el régimen urbanístico aplicable a una finca, unidad de ejecución o sector, aprovechamiento tipo y aplicable al área de reparto en que se encuentre y el grado de facultades urbanísticas aplicables al tiempo de facilitarse dicha información.

—Los Ayuntamientos —no el interesado— remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de los deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 15, a fin de que se tome «nota marginal» en las inscripciones de las fincas respectivas.

Entiendo que la disposición tiene una gran trascendencia en orden a la coordinación registral y frente al tercero que confíe en los pronunciamientos registrales, pero quizá no esté lo suficientemente perfilada, pues lo que el Ayuntamiento informa no es lo mis-

mo que lo que remite al Registro. La nota marginal —como apunta GONZÁLEZ PÉREZ— no se contempla en la Disposición Adicional 10ª, si bien parece evidente que tendrá vigencia indefinida, conforme al apartado 3 de la citada disposición.

b. *Las edificaciones y las obras nuevas.* Dentro de los derechos o facultades urbanísticas a que se refiere el artículo 11 de la Ley está el de la edificación y su proyección frente al Registro de la Propiedad. Lo recoge el artículo 25 de la misma en su párrafo 2, después de que en el primero siente el principio de que la edificación concluida al amparo de una licencia «no caducada» por la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio (?) de su titular. En su párrafo segundo el legislador distingue:

— *Obra nueva terminada.* Para su inscripción en el Registro de la Propiedad es preciso acreditar el otorgamiento de «licencia» de edificación y presentar una «certificación» de un «técnico competente» que afirme la terminación de la obra y que es «conforme» al proyecto aprobado.

— *Obra nueva en construcción.* Se permite su inscripción presentando la licencia correspondiente y una certificación de técnico competente que afirme que la obra nueva se «ajusta» al proyecto. Pero el propietario —en todo caso— deberá hacer constar la terminación de la obra en el plazo de TRES MESES a partir de que esté concluida, mediante una «acta notarial». Licencia y certificaciones cabe que se testimonien en el cuerpo del documento público.

Quizá sea uno de los artículos más sometidos a estudio por parte de los que han tomado contacto con su problemática y es —sin duda— el artículo que en los coloquios que siguen a las charlas o conferencias ofrece más campo de preguntas. Intentando recoger aunque sea brevemente algunos de los temas afrontados, distinguimos los siguientes:

1. *Problema transitorio.* La supresión de la disposición transitoria 8ª a través de una correlación de errores (15) ofrece un panorama de cuestiones:

—*Escrituras públicas de obras acabadas antes de entrar en vigor la Ley.* Son inscribibles, sin más requisitos.

—*Obras nuevas acabadas, pero no documentadas antes de entrar en vigor de la Ley.* Se hace preciso distinguir dos casos:

— Las realizadas «sin licencia» habiendo transcurrido más de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley. A ellas parece referirse la Disposición Transitoria 6ª que considera que —estén conformes con la ordenación urbanística o cuando ya no procedan las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística— se entienden incorporadas al patrimonio de su titular y serán inscribibles, bastando acreditar su antigüedad.

— Las que han sido realizadas y tienen más de CUATRO AÑOS contados a partir de su terminación. Las opiniones son diferentes: en la reunión colegial de Registradores se opinó que era necesario aplicar el artículo 25,2 de la Ley por no haber transcurrido el plazo para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. GONZÁLEZ PÉREZ considera que cuando el plazo de cuatro años se cuenta a partir de la terminación de la obra (y no de entrada en vigor de la Ley) se aplica el artículo 185 de la antigua (reformado por R. D. Ley de 16 de Octubre de 1981) y el 31 del Rgto. de Disciplina urbanística, pudiendo inscribirse, previa justificación de la terminación de la obra.

En CANARIAS (Ley 7/1990, de 14 de Mayo) se admite la inscripción sin acreditar la licencia cuando se hubiere declarado *prescrita* por la Administración o por los Tribunales la infracción en que la obra hubiera incurrido (art. 15).

Debe añadirse que el art. 185 de la antigua Ley del Suelo y el R.D. Ley de 1981 que lo reforma establece el plazo de CUATRO AÑOS en una doble proyección: es un PLAZO DE CADUCIDAD para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística (cosa que es viable que entra dentro de la calificación registral) y ese mismo plazo de PRESCRIPCIÓN de las infracciones urbanísticas,

cosa que es ajena a la misma calificación, sin que el Registrador pueda declararla sin justificación judicial o administrativa.

División horizontal en obra nueva no concluida. La Ley Hipotecaria en el número 4 del artículo 8 admite la inscripción del régimen de propiedad horizontal por pisos cuya «construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada», aparte que en su párrafo segundo dispone que «en la inscripción del solar... se harán constar los pisos meramente proyectados».

El tema se plantea ahora, no en base de los términos del artículo 25,2 de la Ley del Suelo, sino de su artículo 11 que entiende que la obra nueva hasta que no esté terminada no entra en el patrimonio del propietario. Si la Ley del Suelo admite —aun incidiendo en una contradicción— la inscripción de la OBRA NUEVA sin concluir ¿cómo no va a poder inscribirse la propiedad horizontal de la obra comenzada o de los pisos meramente proyectados?

La única duda es si para esa inscripción sería preciso la licencia y la certificación correspondiente y estimamos que no es preciso, ya que la Ley circunscribe —y en esto la interpretación ha de ser restrictiva— a la obra nueva o a la obra en construcción. Otro problema será el que plantee la inscripción de la propiedad horizontal si excede o no de los cauces y límites de la licencia. (16).

El tema de estas inscripciones de propiedad horizontal de *pisos en construcción y venta de los mismos sobre «plano»* está en el riesgo que se corre si el constructor no termina la obra, caduca la licencia o se anula la misma (arts. 23 y 24 de la Ley), lo cual supone desembocar en una posible expropiación forzosa o venta del mismo carácter por un valor del 50% de su aprovechamiento. No inscribir supone paralizar el movimiento urbanístico que lleva consigo la contratación de los créditos y la iniciativa de nuevas obras, los intereses en lucha decidirán cual es el preferente.

2. *Las licencias.* La licencia administrativa o autorización —o permi-

so para la realización de ciertos actos— genera dentro del texto de la nueva Ley algunos problemas de los que destacamos los siguientes:

—Para inscribir la obra nueva terminada o en construcción es requisito imprescindible la «Licencia», bien presentando el original o el testimonio notarial correspondiente. La función calificadora, en este punto, se ajustará a los términos que señala el artículo 100 del R.M. Al tratarse de un documento complementario la inscripción reflejará la fecha, la vigencia y el funcionario que la autoriza. Algunos otros han mantenido que en la inscripción habría de hacerse constar el uso, la superficie, el número de unidades etc. Todo va a depender de lo que exija en su redacción el Reglamento Hipotecario en su posible redacción en el plazo de seis meses (Disposición Adicional 10ª, segundo, 6)

—No es lo mismo la licencia que la CÉDULA URBANÍSTICA. A ella se refería el artículo 63 de la anterior Ley de Suelo como documento acreditativo de las circunstancias urbanísticas que concurren en las fincas del término municipal de cada Ayuntamiento. Entiendo que no hace falta mayores profundidades, aunque si quepa decir que las CÉDULAS DE CALIFICACIÓN en las viviendas de protección oficial, hace las veces de la licencia administrativa.

—Al lado de las licencias expresas, parte de la doctrina admite las «tácitas» al amparo del artículo 9 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales (como excepción a lo que dispone la LPA de 17 Julio 1958 y 2 Diciembre de 1963, art. 95), siempre que se acredite la solicitud de licencia y la denuncia de la mora. Pero yo opino todo lo contrario. pues no hay que olvidar que ese Reglamento de Servicios está derogado. y el que la nueva Ley —como luego veremos— parte del principio de no admisión del silencio positivo más que en un caso especial (artículo 15,3 y Disp. Adicional 4) (17)

Se habla también de «licencia condicionada» y para ello se trae a colación la Disposición Adicional 10ª, 1ª, 4ª que considera como asiento prac-

licable la nota marginal, para las «condiciones especiales de concesión de licencias», que, a mi entender, es otro tema. (18)

—Quizá si sea más importante distinguir entre licencias ilegales y caducas, pues para que la inscripción se realice se hace necesario que la licencia no esté «CADUCADA» (por haber transcurrido el tiempo para el que se otorgó), aunque sea «ILEGAL». La «ilegalidad» escapa a la calificación registral por la presunción de validez y ejecutoriedad que tienen los actos administrativos (cosa que, a mi juicio, no debería suceder pues con ello no hace más que crearse una inseguridad jurídica). Por eso el artículo 27 de la Ley afronta el caso y conecta el problema con el Registro de la Propiedad, distinguiendo.

—Si se declara ilegal la licencia (administrativa judicialmente) no se incorpora la edificación al patrimonio y la resolución que lo declare debe «comunicarse» al Registro de la Propiedad para su debida constancia (conforme al número 8 de la Disposición Adicional 10ª, primera, será por medio de una inscripción).

—Si el propietario no hubiere adquirido una de las facultades de aprovechamiento urbanístico (atribución de los usos e intensidades susceptibles de adquisición privada) cuando solicitó la licencia que luego se anula, se procederá a la expropiación del terreno o su venta forzosa.

Pero si adquirió dicho derecho, debe solicitar «NUEVA LICENCIA» en el plazo que establece la legislación urbanística, que no podrá exceder de un año (salvo que la legislación especial señale otro) que se computará desde el requerimiento que a tal efecto se formula al interesado.

Al legislador le sigue planteando problemas la edificación y, por eso, en el artículo 28, sin perjuicio de plantearse un caso que la realidad puede brindar, de entrada y respecto a la institución registral. Juega con dos conceptos: licencia *conforme* con la *ordenación* urbanística, pero que *excede* al *aprovechamiento* urbanístico. *Entamos en el mundo del tecnicismo:*

la ordenación se realiza a través del Plan del mismo nombre y que da derecho a urbanizar, pero que el aprovechamiento (usos e intensidades susceptibles de adquisición privada) puede restringir o ampliar en usos o intensidades. Pues bien:

—Si la edificación, conforme a licencia y ordenación, excede de la del aprovechamiento y no hubiere transcurrido el plazo (es plazo de caducidad y no de prescripción) para el restablecimiento de la legalidad, el titular o sus causahabientes deberán abonar a la Administración el valor del exceso.

—La repercusión hipotecaria de ello está en la línea tradicional del principio de fe pública registral y, por lo tanto, el tercero protegido por el artículo 34 L.H. no estará obligado al pago, pero la Admon. tiene acción contra el propietario inicial o las personas que le hayan «sucedido». Acepto la terminología empleada, pues todo ello se complicaría si se habla de causahabientes (19).

—El planteamiento a través de conferencias, coloquios y trabajos sobre el tema de si es viable que una persona solicite una licencia y que sea otra persona distinta la que declare la obra nueva, es un problema que está solucionado por los artículos 12 y 13,1 del Reglamento de Gestión Urbanística, que me imagino dejará vigente el texto refundido de la presente Ley.

—Quedan —y quizá con ello no se agote la materia— dos temas en torno a la licencia: su aplicación o no a «suelo no urbanizable» y la aplicación del artículo 25,2 a «todos» o a ciertos municipios. En esto me tengo que guiar un poco de ciertas conclusiones expresamente acordadas (19). Contra la opinión de J. Luis LASSO que defendió la inaplicabilidad del artículo 25,2 al suelo no urbanizable (cosa que a todas luces parece defendible), el acuerdo consideró aplicable dicho artículo a esta clase de suelo, aún y a pesar de que la Ley regula en dos Capítulos diferentes (el II del Título I y el III del mismo Título) estos temas.

Invocando la Disposición Adicional Primera, punto tres, en la que se

distingue la aplicación «general» de la Ley y los municipios en que no se aplica, pero si deben regir las disposiciones específicas sobre adquisición gradual de facultades, se entendió que sería aplicable el artículo 25,2 con su licencia y certificación.

3.- *Intervención de técnico competente.* Las posibles cuestiones que suscita la redacción del artículo 25,2 de la Ley en torno a esta figura que va a certificar, podrían marginarse en el sentido de que el Apartado 6 de la Disposición Adicional 10ª se remite al posible Reglamento Hipotecario. No obstante podríamos apuntar estos problemas:

—Tanto la Ley Hipotecaria, como el Reglamento Hipotecario, en las declaraciones de obra nueva (art. 208 L.H. y 308 R.H.) hablan de Arquitecto director de la obra o Arquitecto municipal, pero la antigua Ley del Suelo y la actual hablan de *técnico competente*, lo cual al ser idéntico supone la aplicación del artículo 178 L.S. anterior que, comentada por G. PÉREZ (20), daba la exclusiva a los Arquitectos y en las instalaciones industriales a los Ingenieros industriales o los de Caminos. Igualmente plantea el problema de la exigencia del visado del Colegio Profesional cuando así se establezca «expresamente» en los Estatutos de cada Colegio (Ley Colegios Profesionales de 13 de Febrero 1974). A estos efectos estudia también la diferencia entre «proyecto básico» y «proyecto de ejecución» y según su opinión será preciso el de ejecución, ya que el «básico» no legitimará la iniciación de la obra.

Es difícil pronunciarse en esta materia en la que juega la «competencia», cosa distinta de la «legitimación», pero la problemática debe solucionarla el texto complementario que se dicte y en tanto ir solucionando —caso a caso— los diferentes supuestos que se planteen: intervención de Aparejadores, no existencia en el municipio de Arquitecto municipal, etc.

—Si por técnico competente hemos de entender a todo aquel que interviene en la dirección de la obra, sin necesidad de que pertenezca a una profesión especializada, el problema

del Visado del Colegio se margina y queda pendiente el de si va a exigirse o no la legitimación de firmas: Maestro de obras, técnico competente que no haya intervenido en la obra, etc.

4.- *Otros problemas.* Podríamos apuntar los siguientes:

—Según el artículo 25,2 se le impone al propietario en el plazo de tres meses a partir de la terminación de la obra, la justificación de este hecho por medio de un acta notarial que debe incorporar la finalización de la obra.

La redacción del artículo no es muy correcta ya que en primer término habla de «propietario» de la obra nueva, cuando conforme con el artículo 11,4 sólo si se acredita que está terminada entra en su patrimonio. Surgen así los problemas de si el propietario no hace constar este extremo en el plazo de TRES MESES pierde o no ese derecho a justificar la obra nueva terminada y de si presentando en el Registro una declaración de obra nueva no se acompaña del acta notarial. Sería un defecto subsanable y podría pensarse que lo que está inscrito es la «obra comenzada» a efectos de tercero. A los efectos de calificación, al Registrador le basta que el acta y la certificación entre en el plazo de los tres meses, aunque la realidad sea otra diferente.

—La terminología que el artículo emplea considerando que en unos casos la certificación debe ser CONFORME y en otros que se AJUSTA entendemos que carece de transcendencia, pues viene a decir lo mismo.

6.- *Limitaciones legales en orden a la disposición y a la privación del derecho.* Aparte del instrumento de la expropiación forzosa, las demoliciones, la venta forzosa, la ocupación y otras medidas que penalizan ciertos incumplimientos, vamos solamente a referirnos a las relaciones que estas figuras tienen con la legislación hipotecaria, el tema de los tanteos y retractos legales, al derecho de retorno y al de reversión.

—A los efectos de garantizar el cumplimiento de la programación del planeamiento se concede a los Ayunta-

mientos (arts. 90 a 95) derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones onerosas. Igualmente los arts. 96 y 97 otorgan estos derechos para garantizar el cumplimiento de las limitaciones sobre precios máximos de venta de las viviendas de protección oficial. Son sus requisitos:

1.- Que los Ayuntamientos señalen o «delimiten áreas» donde ha de aplicarse el sistema de tanteos y retractos con notificaciones pertinentes. La Ley —en su tecnicismo— habla de «*áreas de rehabilitación integrada*» de difícil entendimiento para el profano, pero que abarca a las fincas edificadas.

2.- Que la transmisión sea «*onerosa*». Supongo que volverá a plantearse el tema de los negocios de «*aportación o comunicación de bienes*», muy en boga en la actualidad.

3.- Cumplir con las exigencias de las notificaciones y ajustarse a los plazos que se establecen. No está muy claro el computado de esos plazos y, sobre todo, el concepto de «*caducidad*» de la notificación de que habla el artículo 94. Lo que si parece claro es que la fecha de inscripción no puede ser tenida en cuenta, ya que la misma se imposibilita si no se justifica la notificación exigida (art. 95).

Desde el punto de vista hipotecario tiene singular importancia toda esta regulación por tres exigencias: a) Los Ayuntamientos deberán remitir a los Registros de la Propiedad copia certificada de las calles o sectores comprendidos en las áreas y de los propietarios afectados, lo cual destruye la tesis de ROCA SASTRE de que los derechos de tanteo y de retracto no necesitaban ser inscritos por gozar de una publicidad superior a la registral. b) El número tres del artículo 93 de- roga en este punto (?) el Código Civil, pues considera que estos derechos de tanteo y retracto son preferentes al de comuneros. c) En todo caso la justificación de la notificación no pasa de ser un defecto subsanable que admite la anotación preventiva.

—A los efectos de obtención de terrenos dotacionales se establecen los sistemas de expropiación forzosa y

ocupación, según los diferentes supuestos que se contemplan en los artículos 57 y siguientes. A nuestros efectos sólo cabe destacar la conexión que esta forma de obtención de «*terrenos dotacionales*» debe tener con el Registro de la Propiedad y ello viene regulado en el artículo 59, que se, desarrolla de esta forma:

—Se publicará por la Administración respectiva a la relación de los terrenos y propiedades afectados, aprovechamientos urbanísticos y unidad o unidades de ejecución, notificando a los interesados la ocupación prevista.

—El órgano actuante expide certificación a cada uno de los propietarios ocupados con los datos a que se refiere dicho artículo.

—Copia de dicha certificación debe enviarse al Registro, acompañada de correspondiente «*plano*» para inscribir la superficie total a favor de la Administración en los términos que reglamentariamente se establezcan.

—En forma simultánea —y esto no está nada claro en la Ley, pero lo estará en el Reglamento— se debe abrir folio registral (es decir como si se tratase de finca nueva) independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada y a ella se traslada el historial de la finca con anterioridad a la ocupación.

GONZÁLEZ PÉREZ (21) para conciliar la Disposición Adicional 10ª, primero, 5, el artículo citado y el 54 del Reglamento de Gestión urbanística, dice que cabrían dos asientos: la nota marginal de la transferencia al margen de la última inscripción de dominio de la finca ocupada y la apertura de un folio independiente al aprovechamiento urbanístico de la finca ocupada.

A mi entender puede haber tres clases de asientos a practicar: la inscripción total de la superficie a ocupar por la Administración (que puede comprender una o muchas fincas), la nota marginal de la ocupación en cada finca (que implicaría a su vez la segregación de la misma para formar finca nueva) y la del aprovechamiento que contiene todo el historial de la

finca que se cierra.

—Las relaciones del sistema de expropiación forzosa no parecen tener grandes variantes en lo que se refiere con su conexión registral del expediente, pero si es importante destacar, a los efectos de la figura de la *reversión*, los distintos casos a tener en cuenta que suponen una excepción a la misma, ya que la alteración del destino no genera reversión: a) Si se altera su destino concreto y se sustituye por otro dotacional público. b) Si durante ocho años fue implantado el uso dotacional y c) En las expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos salvo que hayan transcurrido cinco años sin edificación o diez sin que la hubiera sido la urbanización (art. 75).

—Merece la pena destacar cómo en los procedimientos de desalojo de viviendas que supongan residencia habitual, se hace renacer el DERECHO DE RETORNO que, solamente puede ser aplicable a los arrendamientos existentes el 30 de Abril de 1985, fecha en que se suprime la prórroga forzosa. La Disposición Adicional quinta en su apartado 3º da vigor a este derecho de retorno, planteando la duda de si se está refiriendo a todos los arrendamientos o sólo a los anteriores o a los que subsisten después de la posible reforma del Decreto de BOYER.

d.- Actos inscribibles, diferentes clases de asientos y documentación hábil. En la Disposición Décima se señalan los diferentes actos que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad y se precisa igualmente la clase de asiento que debe practicarse, y la documentación hábil a este respecto, por lo que nosotros nos vamos a permitir agrupar la materia y señalar las clases de asientos para los respectivos actos:

1.- Son objeto de «*Inscripción*» los actos y acuerdos siguientes: a) Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución. b) Las cesiones obligatorias de terrenos o como consecuencia del aprovechamiento urbanístico. c) Las sentencias firmes. d) Cualquier acto que en desarrollo del planeamiento urbanístico o de sus instrumentos de ejecución modifique el

dominio o cualquier derecho real o su descripción.

2.- Son objeto de «*anotación*» preventiva (asiento caducable a los cuatro años, pudiendo prorrogarse, aunque no se dicen plazos): a) La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de procedimiento de apremio. b) La interposición del recurso contencioso administrativo sobre anulación de instrumentos de planeamiento, ejecución o licencia. (En este último caso parece que la anotación debe decretarla la autoridad judicial a la que se le pida, mientras que la prórroga parece que puede pedirla el órgano urbanístico actuante, criterio que debe salvar la reforma del Reglamento).

3.- Son objeto de «*nota marginal*» (con efectos circunscritos de dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las originó con vigencia indefinida): a) Las condiciones especiales de la licencia. b) Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

También cabe NOTA MARGINAL en la iniciación del expediente de reparcelación o la de afección de terrenos a las obligaciones del sistema de compensación. Tienen una duración de CUATRO AÑOS, pudiendo prorrogarse por otros TRES.

Complementariamente se dictan normas para la inscripción de los títulos de reparcelación o compensación mediante el procedimiento de cancelación de asientos o agrupación previa y posterior división, así como otras normas de mecánica registral según que el titular registral sea o no el mismo de la finca resultante.

El título para la práctica de todas las operaciones registrales (modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones, inmatriculación de fincas o excesos de cabida, reanudación de tracto, cancelación de derechos incompatibles) sería el mismo que permite la inscripción de la reparcelación o compensación: *certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante*, en la que se harán constar en

la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias de las personas, derecho y fincas. Todo ello, salvo que la legislación establezca otra cosa (como sucede en el caso del derecho de superficie —art. 172,2 L.S. que exige escritura pública o el número 1 de la Disp. Adicional Décima, primero, que exige «*resolución judicial*»—).

CREACIÓN DE REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL DE LA PROPIEDAD.

La verdad es que resulta sumamente difícil descubrir en una frase del preámbulo de la Ley si la misma se está refiriendo a la creación o potenciación de ciertos Registros. La frase dice: «el de dar cobertura a una serie de instrumentos jurídicos cuya utilización por las Administraciones urbanísticas pueden facilitar su gestión y, en particular, potenciar su intervención en la regulación del mercado del suelo». Creo que aparte de las medidas penitenciales aplicables al propietario insumiso, pueden encerrarse en esa medida los derechos de tanteo y retracto, la expropiación forzosa, la ocupación, la venta forzosa, etc. así como la institución del Registro de la Propiedad y la creación y potenciación de dos Registros de carácter administrativo.

Hasta incluso autores que negaron la distinción entre Registros jurídicos y administrativos, como G. PÉREZ (21) admiten hoy día que tanto el Registro de «*Transferencia de aprovechamientos*» (que ahora se crea) como el de «*Solares y terrenos sin urbanizar*» (que ahora trata de revitalizarse) son registros «administrativos» o, lo que es lo mismo, no producen más que una publicidad «*noticia*», pero no una publicidad «*efecto*» que es la seguridad jurídica que ofrece el Registro de la Propiedad a quien adquiere confiando en los datos que el mismo refleja. (23)

a.- *Registro de Transferencias y aprovechamientos.* No se trata de un Registro «CENTRAL», sino «municipal», ya que, conforme el artículo 55, los Ayuntamientos crearán este Registro en el que se inscribirán —al

menos— los siguientes actos:

—Acuerdos de cesión o distribución de aprovechamientos, mediante documento público.

—Acuerdos de compra, venta o cesión de aprovechamientos urbanísticos

—Transferencias coactivas de aprovechamientos.

La conexión que guarda este Registro con el de la Propiedad es la de convertirse en requisito previo para poder practicar la inscripción en este último. Lo cual lleva a una conclusión importante: si el Registro de Transferencias produjese el efecto jurídico deseado, no hubiera sido preciso la inscripción en el de la Propiedad (art. 56). No obstante, no debe olvidarse que la inscripción en el Registro de Transferencias puede producir un efecto jurídico de adscripción automática del terreno destinado a dotación del dominio público municipal y su afección al uso previsto en el planeamiento (art. 57,2 a)

b.- Registro de solares y terrenos sin urbanizar. De la escasa regulación de este Registro se deduce tiene otra proyección de la hasta ahora existente. Por lo pronto debe llevarse en todos los municipios en los que se aplique «íntegramente» la Ley.

Su finalidad es hacer constar en el mismo los solares y terrenos sin urbanizar por haberse incumplido los deberes urbanísticos y la Administración no opte por la expropiación forzosa. La inscripción de esos terrenos provoca la venta forzosa mediante el procedimiento de concurso, lo cual distancia a este Registro del existente —según dice G. PÉREZ ya que en el anterior se podían excluir los terrenos del régimen de enajenación forzosa y ahora no (art. 160 L. S. y 63 a 65 y Disposición Adicional segundo 1 y 2 de la nueva Ley)—

No guarda correlación con el Registro de la Propiedad, según el texto de la Ley, pero es de esperar que se regule un medio de conexión para evitar situaciones incompatibles.

C. LEGISLACIÓN VIGENTE Y LA DEROGADA.

En las disposiciones finales y en la derogatoria se intenta solucionar un tema de vigencia y aplicación de normas que, llevando buena intención y hasta tener basamento jurídico, provocan una situación de expectativa, de incertidumbre y de falta de seguridad jurídica. No lo digo por esa clasificación que se hace de legislación básica, plena y supletoria, sino en base de la derogación tácita de preceptos incompatibles que lo pueden ser en la letra y hasta en el espíritu, o solamente en el espíritu y no en la letra... Ello obliga a tener que estar manejando hasta tanto surja el texto refundido un conjunto normativo —uno en cada mano— para descubrir la incompatibilidad y corriendo el riesgo de que el legislador se arrepienta y trate de remediar un mal inminente que se produzca por la aplicación de la ley, dejando como estaba cierta situación. Si a ello se añade que, aparte de esas dos legislaciones, ha de tenerse en cuenta la especial de cada Comunidad Autónoma, las dificultades suben de punto para la debida aplicación de preceptos.

Del logro de la finalidad que esta Ley persigue el tiempo puede ser el gran testigo y poco vale que ahora se hagan buenos o malos augurios. Lo que si puede decirse es que los medios discurridos para el logro de la finalidad no guardan el equilibrio suficiente, ya que en la «Santa Barbara» se ha almacenado mucha pólvora con el gran riesgo de que explote.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) NÚÑEZ LAGOS (R.) «Realidad y Registro» (R.G.L. y J. 1945)
- (2) En el Diario ABC (28-9-90) escribe un ponderado artículo ALONSO-LASHERAS (A.) donde apunta la inconstitucionalidad de ciertos preceptos. El Diario «EL PAÍS» (12 de Abril de 1990) recoge anticipadamente una serie de opiniones de signo político que inclinan balanzas a favor de la misma o desequilibran las mismas en contra de ellas, según las afiliaciones. Elogian el texto ROCA CLADERA (J.) y

GARCÍA ARRECIANO (J.) bajo los títulos «Historia de un fracaso» y «Maniobras especulativas», mientras que lo atacan GARCÍA ARIÑO («Inseguridad jurídica o una ley para el otro mundo») y MARTÍNEZ CAMPILLO (R.) («Un proyecto que nace muerto»), así como otros de JERONIMO ANDREU («Un esfuerzo desvirtuado») y LEAL MALDONADO J) («Fin de la pasividad»).

Obra completa de comentarios ajustados a su texto solo conozco en este momento la de GONZÁLEZ PÉREZ (J.) «Comentarios a la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Cívitas, Madrid, 1990. En el mes de Noviembre se organizó un SEMINARIO por «ASER-LOCAL» sobre la reforma, valoraciones, intervención pública y Registro de la Propiedad a cargo de MENENDEZ REXACH, BASSOLS COMA (M.), MERELO ABELA (M.), GARCÍA BELLIDO (J.), ARMENGOT DE PEDRO (A.), HIPOLITO LANCH (F.), MUÑOZ DE DIOS (G.) y LASO MARTÍNEZ (J.L.). Anticipándose a este seminario se celebró en Madrid otro organizado por el INSTITUTO DE ESTUDIOS SUPERIORES. FUNDACIÓN UNIVERSITARIA «SAN PABLO-CEU» en el mes de Octubre sobre el tema genérico «Nueva Ley de reforma del régimen urbanístico y Valoraciones del Suelo» en el que intervinieron los siguientes profesores: GARRIDO FALLA (F.), BASSOLS COMA (M.), GÓMEZ FERRER (R.), BERGASA PARDOMO (O.), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (T.R.), PAREJO ALONSO (L.), PÉREZ JIMÉNEZ (P.), SUAY RINCON (J.), PARADA VÁZQUEZ (R.), CORRELA MONEDERO (M.), CHICO Y ORTIZ (J.M^a), GARCÍA BELLIDO (J.), JIMÉNEZ BLANCO (A.), MENÉNDEZ REIXACH (A.) y QUIROSA DE ABARCA (J. M^a). El Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga organizó un Curso sobre la reforma del régimen urbanístico y Valoración del Suelo en el que se impartieron cuatro Conferencias a cargo de CHICO Y ORTIZ (J.M^a), BASSOLS COMA (M.), MORILLO (J.A.) y OTERO CEREZO

(J.A.) un conjunto de MESAS REDONDAS en las que intervinieron diversos especialistas de los temas, aparte de Registradores y Notarios, siendo moderador el Notario de Málaga UTRERA RAVASSA (C.).

Cabe citar también el Seminario organizado por la Universidad Politécnica de Madrid y la Escuela Superior de Arquitectura sobre la reforma del régimen urbanístico y su incidencia en el Crédito Hipotecario, interviniendo NARBONA RUIZ (C.) GONZÁLEZ SÁNCHEZ (S.), SERRER MORENO-SIL (A.), MARTÍ FERRER (M.), GALLEGO ANABITARGE (A.) siendo moderado GARDENAS Y CHAVARRI (J.).

También en la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid se celebró otro curso a cargo de los citados profesores que intervinieron en el Curso del CEU. En Bilbao, organizado por la Delegación de Registradores se celebró una Mesa de Comunicaciones en la que disertó LASSO MARTÍNEZ (J.L.) sobre el tema del Registro de la Propiedad y la nueva Ley del Suelo, del cual ya habla en Madrid anteriormente, por haber formado parte de la Comisión redactora de texto legal. La Revista «LUNES 4,30» hace una recopilación de todo lo dicho firmada por CARBONELL SERRANO (V.) y GÓMEZ FABRA (J.L.) y el Avance Informativo del C.N. de Registradores, en su número 10 —inserta otra recopilación que forman RAMOS BLANES (A.) y ACEDO-RICOI (F.).

(3) No me canso de citar el discurso de mi paisano MIGUEL DELIBES en su recepción de la Real Academia de la Lengua, donde, aparte de sacar a colación su condición de cazador y comparar todo avance con la escopeta que mata, pero da el culatazo, cuenta casos impresionantes como el de la isla a la que le echan tantos insecticidas para matar la plaga de mosquitos, que se llena de ratones y para restablecer el equilibrio ecológico tiene que lanzar en paracaídas a miles de gatos. El invento de la píldora que produce cáncer. La campaña del aborto sustituida ahora por la de los anticonceptivos...

(4) No creo que sea preciso utilizar en estos momentos esa clasificación de disposiciones legales de que habla GARCÍA DE ENTERRÍA (E.) («Curso de Derecho Administrativo», CIVITAS, 1979, pág. 134 T.I) que distingue entre leyes orgánicas, leyes ordinarias de pleno, Comisión y refrendadas, Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Reglamentos... etc.

(5) ALONSO-LASHERAS (A.) «Ley del Suelo» (Diario ABC, 28-9-90). La ley del suelo no frenará la especulación inmobiliaria. Es dudoso que estas disposiciones faciliten suelo y viviendas a precios asequibles. La fórmula de valoración del suelo es una de las cuestiones más polémicas del texto legal. La delimitación constitucional de competencias con autonomías impide una ley de carácter verdaderamente general. Se centra únicamente en sancionar el incumplimiento de los deberes urbanísticos...

(6) Si verdaderamente se respeta o debe respetarse el principio constitucional de la «jerarquía normativa», en cuya virtud solamente una ley puede ser derogada por otra de igual rango, que nos lleva a la aplicación íntegra del principio de legalidad (todos admitidos en el artículo 9,3 de la Constitución) es inaceptable esta «derogación» por corrección de errores. Creo que ya el Tribunal Supremo de Justicia se ha manifestado en otra ocasión sobre un punto análogo procedente del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (también es coincidencia) en Sentencia de 30 de Mayo de 1990, que recojo de un comentario de ABC (2-10-90) firmado por TRIAS SAGNIER (J.).

Por supuesto que la justificación de la rectificación se debe al no haberse admitido por el Congreso la enmienda aprobada por el Senado y su remisión indebida al BOE nada sirve jurídicamente. No puedo dar a la luz un comentario sutil —como todos los suyos— de un ilustre compañero Notario y Registrador que se hace eco y cruces de este sistema derogatorio de disposiciones.

(7) GONZÁLEZ PÉREZ (J.) «Comentarios a la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoración del

suelo». Civitas, 1990, pag. 68)

(8) Cito entre otros a MARTÍN MATEO (R.) «La penetración pública en la propiedad urbana» (R.C.D.I. Nov.-Diciembre 1972), MARTÍN BLANCO (J.) «El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo», (Edt. Montecorvo, 1964) NUÑEZ RUIZ (M.) «Derecho urbanístico español» (Edit. Montecorvo, 1967).

(9) CHICO Y ORTIZ (J.M^a). Sirva por todos mis trabajos el denominado «El urbanismo y el Registro de la Propiedad» (R.D. Notarial, Enero Marzo 1978, pag. 252).

(10) PIEPER (J.) «Justicia y fortaleza». Editorial RIALP, 1968.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.) «La Ley del suelo y el futuro del urbanismo» (a.D.C., 1958)

(12) Hay que añadir algún argumento más y quiero extraerlo de una obra que supone un estudio serio sobre el concepto de propiedad en la Constitución española. Su autor es LÓPEZ y LÓPEZ (A.M.) («La disciplina constitucional de la propiedad privada», Tecnos, 1988). En principio no hay más remedio que poner en contacto el artículo 33,1 de la Constitución con el artículo 53,1 de la misma donde se exige una ley para regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la misma, pero que «en todo caso deberá respetar su contenido esencial» y, según el texto de la Ley y la misma Exposición de Motivos (hoy preámbulo) y sus antecedentes legislativos, nos ofrecen una propiedad «vacía de contenido», sin «contenido esencial». Si partimos de la base de que existen dos clases de propiedad (aunque yo creo que hay más) rústica y urbana, es evidente que una y otra tiene «un contenido esencial», pues bien, el artículo 1 de la Ley del Suelo habla de un «contenido urbanístico» que se integra por la «adquisición sucesiva». Es decir, se parte de que el propietario no tiene ninguna facultad urbanística (ver en este sentido el artículo 1) las cuales son «susceptibles de adquisición» que la «función social» condicionará en su ejercicio.

El autor en su estudio cita dos Sentencias del Tribunal Constitucional que afronten el tema del «*contenido esencial*». Una es de 37/1987, 26 de Marzo y otra 111/1983, de 2 de Diciembre, en las que se recoge la doctrina alemana al decir que en el artículo 33 «se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde el punto de vista «institucional» y desde la vertiente «individual», esto es, como un derecho subjetivo». Y donde reside la «función social» es en el «*ejercicio del derecho*», no en su contenido. La función social «*comprime*» el poder que de manera normal tiene el dueño sobre la cosa. La intervención delimitadora del legislador sobre el haz de facultades que configuran el derecho no puede *deformar* su núcleo básico de manera tal que no resulte reconocible o anule o dificulte, so pretexto de tutelar intereses sociales, más allá de lo razonable, su ejercicio en pro de la utilidad individual.

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.). Obra citada («La Ley del suelo...») y «Actuaciones públicas y actuaciones privadas en el derecho urbanístico» (Conf. en el C.N. Registradores de la Propiedad, 1973)

(14) Resolución de 17 de Junio 1966 que recordaba la necesidad de exigir licencia, siempre que se conociese previamente las determinaciones del Plan general.

(15) Me remito a lo que ya se dice en la nota 6ª y, en consecuencia, la disposición octava debe ser considerada como vigente.

(16) Este problema está en íntima relación con las facultades calificadoras, difícilmente competentes cuando la certificación considere conforme la licencia y la obra realizada. Existe la picaresca en la que en la declaración de obra nueva no encajen los pisos o apartamentos que luego aparecen en

la declaración o constitución de propiedad horizontal, pero entiendo que puede superarse el tema mediante un cálculo de los metros edificables y asignados a cada piso o local. Por supuesto que la venta de pisos en construcción —mientras no se arbitre otro sistema— corre el gran riesgo de la caducidad o anulación de la licencia con expropiación o venta forzosa y valor del 50% de su aprovechamiento (arts. 23 y 24 de la Ley).

(17) La teoría del silencio administrativo —cosa que he calificado como «grosería administrativa» que tiene signo denegatorio, va teniendo excepciones «positivas» en las que la no contestación (¿Cómo es posible que en un diálogo, aunque sea escrito; aquel a quien se pregunte se niega a contestar? La mentalidad ibérica ha utilizado un argumento: a quien pregunta se queda de guardia... se estima como concesión del derecho que se reclama. La teoría negativa estaba establecida en el art. 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958 y 2 de Diciembre de 1963, pero admitía ciertas excepciones que estudia con detenimiento E. PÉREZ en la obra citada tantas veces. Tanto este autor, como las conclusiones registrales sobre el texto de la Ley, dan por vigente el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y su artículo 9 (17 Junio 1955). Es bien cierto que el R.D. 1372/1986 del 13 de Junio aprueba un nuevo Reglamento para las Corporaciones o Haciendas Locales, pero solamente deroga el de 27 de Mayo de 1955. Lo mismo sucede con el texto refundido del R. D. Legislativo 781/1986, de 18 de Abril. Conviene tener en cuenta que la Disposición Adicional 4ª es categórica y solo admite el caso peculiar del artículo 15,3 de la propia Ley. Otros problemas que generan inseguridades jurídicas.

(18) Creo que la cita legislativa de la Disposición Adicional no admite la categoría de «licencia condicional», aunque GONZÁLEZ PÉREZ considera que sólo serían inscribibles aquellas condiciones que tengan transcendencia real. No obstante, si tenemos en cuenta que el incumplimiento de las condiciones puede determinar la extinción de la licencia, según el artículo 16 del Reglamento de Servicios de 17 Junio 1955 y sentencia de 2 de Febrero de 1990, prácticamente tienen transcendencia real todas las condiciones de la licencia, que legitimará la obra nueva (art. 25).

(19) La verdad, es que no merece la pena traer aquí, de nuevo, la temática que suscita la terminología empleada y a la que he dedicado algunos trabajos, diferenciando el concepto de adquirente causahabiente y sucesor o heredero, pues el adquirente y causahabiente puede serlo por cualquier título, el sucesor o heredero, solamente lo es por un título gratuito.

(20) GONZÁLEZ PÉREZ (J.) Comentarios a la Ley del Suelo». Civitas, 1988.

(21) GONZÁLEZ PÉREZ (J.) «Comentarios a la Ley de reforma...», pág. 514 y siguientes.

(22) GONZÁLEZ PÉREZ (J.) Obra citada («Comentarios a la ley de reforma...») pág. 308.

(23) CHICO ORTIZ (J.Mª) Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales, (Marcial PONS, 1987) en la que se recogen las ideas de muchos otros artículos.

—EN EL DECIMO NUMERO DE SALA DE TOGAS— COMPENDIO DE UNAS ILUSIONES Y UNOS TRABAJOS

Emilio ESTEBAN HANZA

SALA DE TOGAS quiere hoy vestirse de gala ante sus lectores, con motivo de su décima aparición. Número EXTRAORDINARIO en la cantidad de colaboradores y en la magnitud de su contenido.

Bueno es, por ello, elaborar un compendio de las materias, títulos y colaboraciones que han prestado su apoyo en la aventura que entraña siempre toda publicación periódica.

NACIMIENTO

Recordaréis que este Boletín, que va cobrando dimensiones de Revista, nació en la festividad de nuestra patrona Santa Teresa allá por octubre de 1988.

SU DENOMINACION

Para su consideración, estudio y decisión, se presentó por un Consejo de Redacción ante el pleno del Consejo un listado de nombres, casi todos de raigambre o simbolismo jurídicos, en sus muchas vertientes, incluso algunos alusivos a la historia de nuestra ciudad.

Para los curiosos, de datos estas fueron las denominaciones consideradas para el "nasciturus":

"La Toga dice", "Lege Ferenda", "Juicio Plenario", "En Estrados", "Instructa", "Portus Magnus Jurídico", "Erga Omnes", "Justicia in Itinere", "SALA DE TOGAS", "Relator", "Trámite de Vista", "De iure et Facto", "Apuntamiento", "pliego de posiciones", "Podium Jurídico", "Testifical", "Tribuna Jurídica", "Tribuna Togada", "Advocatus", "Luz y Ley", "Rumbos Jurídicos", "Almería Jurídica", "Litis Contestatio", "Conclusiones Provisionales", "Parte Actora", "Absolvendus est", "Rex Iusta", "Habeas Corpus", "Acción Confesoria", "Ratio et Iure", "Lingua Libera", "Scintilla Liminis", "Scintilla", "Pacta Sunt", "Electa Via", "Favorabilia Amplianda", "Ars legis", "Ius Naturales", "Sine Conditio", "Chartae Advocati", "In ius Vocare", "Lex et homo", "Sine Excepcione", "Lex est Equitas", "Sic Rebus", "Justicia y Equidad", "Ratio Legis", "Exposición de Motivos", "Litis Pendencia", "Almería Locus Regit", "Codicilo Almeriense", "Cognición", "Cogni-

tio Extraordinem", "Plataforma", "En trámite", "Ad cautelam", "Ad exemplum Legis", "Ad Libitum", "En aval", "Cuota Jurídica", "Fundamentos de Derecho", "Sin prórroga", "Sine cautela", "Facultes Agendi", "Libra", "Bilans Justiciae", "Facultas", "Ius Defensio", "Mihi Factum", "Dabo tibi ius", "Labor, Justicia", "Emplazamiento", "Papyrus", "Iter Libertatis", "Senda Jurídica", "Entre nosotros", "Senda Curial", "La Curia Habla", "Portus Magnus Curial", "Urci Jurídico", "Urci Curial", "Al-Mariya Jurídica", "Al-Mariya Curial", "Bayyana Jurídico", "Bayyana Curial".

El Consejo de Redacción, en su segunda reunión plena, eligió por unanimidad el título que todos conocéis: SALA DE TOGAS.

En cualquier caso el Boletín, destinado principalmente a los abogados y juristas almerienses, está volando a los más diversos puntos de nuestra geografía.

concesión de la Cruz Distinguida de San Raimundo de Peñafort.

Jurisprudencia.- Fausto Romero Miura.

Se comenta la sentencia de 16/11/1984, en cuanto a los requisitos del recurso de amparo, con motivo de competencias sucesivas del Consejo Gral. del Poder Judicial y T. Supremo. El autor pregunta ¿quién juzga a los jueces?

Entrevista.- Colegiado nº 602. Jesús Ruiz.

Al Fiscal Jefe de la Audiencia de Almería, Juan Manuel de Oña Navarro, Jugosas manifestaciones sobre la justicia en la sociedad democrática, creación del Consejo Fiscal, etc.

Cultura y Derecho.- E. Esteban Hanza.

Artículo con alusiones a la Cultura y al Derecho, y en el que el autor perfila, pregunta y pide sugerencias, sobre los proyectos de la Comisión de Cultura del Colegio.

Los Cuchitriles.- Fausto Romero Miura.

Es una protesta por la asignación de locutorios, insuficientes, a todas luces, a los Abogados, en su misión de asesoramiento a los clientes internados en el Centro Penitenciario del Acebuche. Alude al agravio comparativo respecto de otros locutorios más confortables.



LOS CONTENIDOS Boletín nº 1

Saludo.- Antonio Pedrol Rius, Pte. del Consejo Gral. de la Abogacía.

Presentación. Ramón Muñoz, Decano almeriense.

A Juan Pérez Pérez.- Fausto Romero Miura.

Comentario a su rica personalidad y labor jurídica, con motivo de la



Boletín nº 2

Galería.- J. José Pérez Gómez.

Autobiografía del veterano abogado —casi 50 años vistiendo la toga—, con ricas vivencias y cierta añoranza del pasado.

Colegiados de Honor.- José M^a. Contreras Díaz.

Autosemblanza, con toda la historia ejemplar en la Fiscalía almeriense y su Jefatura.

La Facultad de Derecho otorga medalla al Colegio Almeriense.- E. Esteban Hanza.

Descripción de este solemne acto celebrado en el Paraninfo de la Universidad Granadina.

Nuestro Decano.- Colegiado nº 602. Jesús Ruiz.

Un perfil del Sr. Muñoz que aborda temas candentes de justicia.

Apuntes y reflexiones sobre el VI Congreso de Abogados Jóvenes.- José Murcia Ocaña. Pte. Abogados Jóvenes.

Explica reuniones y ponencias de este dinámico grupo togado, con comentarios personales del autor.

Los Jueves Jurídicos.- E. Esteban.

Se recogen las conferencias dadas por el profesorado universitario granadino en el marco del Convenio Colegio de Abogados-Facultad de Derecho.

Se abordan las siguientes materias: El impuesto de sucesiones (Eseverri); La adopción (Moreno Quesada); Perspectiva judicial (Muñoz Rojas); Ley de sanciones tributarias (Herrero Madariaga); y La S.A.T. (Pérez Serrabona).

Jurisprudencia.- Fausto Romero Miura.

Sentencia 12/7/88 que declara inconstitucional la exigencia de documento liquidado de impuestos en los procedimientos judiciales.

De mi archivo. La acción de reembolso de fiador que paga.- Joaquín Monterreal.

Relata un caso judicial llevado, con resolución desfavorable, haciendo el autor una crítica técnica y muy estimable de lo que entendía error de fallo. Todo ello alusivo al art. 58 de la Ley Cambiaria.

Los partidos judiciales.- Diego Blesa.

Habla el autor de su tierra natal.

Huércal-Overa y la justicia como virtud y como órgano y función.

Justicia para la justicia.- Fausto Romero.

Se reivindican derechos del funcionario judicial, en un momento desfavorable por la discriminación legal hacia los niveles bajos del funcionariado.

Adiós a Vicente Segovia.- E. Esteban.

Un recuerdo emocionado a la trayectoria profesional y humana de este ejemplar funcionario de la Administración de Justicia, fallecido en aquellas fechas.

**Boletín nº 3**

Galería.- Diego Alarcón Moya.

Semblanza del prestigioso compañero, de la Junta de Gobierno y Delegado de la Mutualidad de la Abogacía, desde siempre...

Audiencias Territoriales.- Rafael Caballero Bonald.

Un artículo documentado sobre la supresión de las Audiencias Territoriales, por quien, como Presidente de la de Granada, las ha conocido y vivido desde dentro.

Entrevista.- José M^a. Reyes Monterreal.

Sobre la visión de la Justicia por un veterano magistrado almeriense, que evoca, junto a temas doctrinales surgidos en el ejercicio de su profesión jurídica, pensamientos nostálgicos del terruño.

Jueves Jurídicos.- E. Esteban.

Comentarios sobre las conferencias pronunciadas en nuestra sede colegial por los profesores Serrabona y Muñoz Rojas, abordando el primero el Seguro del Automóvil, y el segundo la Responsabilidad por los errores de la Admón. de Justicia. Asistió como oyente García Pablos, el abogado del síndrome de la colza, quien aportó datos y experiencias del máximo interés en la materia de la conferencia.

Jurisprudencia.- Fausto Romero.

Sentencia del T. Constitucional de 20/2/1984 sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

V Congreso de la Abogacía Española.- Ramón Muñoz.

Se refieren noticias del Congreso celebrado en Palma de Mallorca.

De mi archivo.- La consignación de renta. J. Arturo Pérez Moreno.

Comenta su autor este requisito, en el sentido de no ser medio idóneo de consignación la transferencia y el giro.

Nombres propios y registro civil. R. Muñoz.

Se señalan, casuísticamente, los nombres de personas admitidos y rechazados en derecho, para inscripción en los libros del Registro Civil.

Partidos Judiciales.- Gabriel Alcobá Enríquez.

Un estudio de antecedentes y situación actual del Partido Judicial de Berja.

La Ley de Planta y Almería.- Fausto Romero.

Comentarios a la Ley con quejas a lo cicatera que resulta la misma para las necesidades reales de Almería.

Colegiado de Honor.- C. García Teruel.

Un comentario biográfico de su excelsa función judicial, que han conocido y admirado muchas promociones de abogados.

Al cierre. Conversaciones en Almería.

Es el libro de nuestro director Jesús Ruiz Esteban, con fotografías de Carlos Pérez Siquier. Una obra de calidad que recoge personajes del elenco artístico, político y social más variado de Almería.



Boletín nº 4

Galería.- Ginés de Haro.

Autobiografía de un letrado almeriense prestigioso funcionario del antiguo I.N.P.

Comentario del Código Civil Español.- José M^a. Chico Ortiz.

Un estudio histórico y técnico por un experto jurista —colaborador de nuestro boletín y vocal de la comisión de codificación—, sobre nuestra Ley sustantiva civil, con motivo del centenario de su promulgación.

Alusiones a su diaphanidad y permeabilidad ante los grandes cambios sociales, perfilan al Código como una obra monumental.

A Juan Ruiz-Rico Ruiz Morón.- Colegiado 602 J. Ruiz.

Una entrevista al Presidente de la Audiencia de Almería, que aborda los temas de la independencia judicial y el papel del abogado.

Jueves Jurídicos.- E. Esteban.

Comentarios a dos conferencias celebradas en nuestro colegio de abogados, sobre Sentencias extranjeras y su aplicación en España, a cargo del profesor Antonio Marín López; otra sobre la autonomía de la voluntad y el Registro, a cargo del Registrador e hipotecarista José M^a. Chico Ortiz, y otra de Antonio Jiménez Blanco, sobre la Ley de Costas que, a la sazón, estrenaba vigencia.

De mi Archivo. Notificaciones por correo.- J. M. Torres Rollón.

Con citas de Decretos y autores de la doctrina, el comentarista del tema acepta las tesis de las citaciones judiciales por carta, en aras de la

celeridad y economía procesal.

Ayuntamientos y devoluciones tributarias.- Juan Luis López Ortega.

Sobre posible devolución por el Ayuntamiento de Almería de cantidades ingresadas por contribuyentes en concepto de tasas municipales, hace el articulista distinguos según fechas y fases de los expedientes respectivos.

Jurisprudencia.- Fausto Romero.

Sentencia de 9/3/1988 sobre libertad de expresión de los abogados debiendo llevarse sus infracciones en actuaciones forenses, a la vía disciplinaria y no al proceso penal. Un auto judicial de 28/1/1987, es objeto de crítica negativa —y no sólo por el articulista de este boletín— como esperrpéntico y poco modélico.

Reseñas legislativas.- R. Muñoz.

Varias referencias a disposiciones, así como noticias de las votaciones en el V Congreso de la Abogacía Española, que se inició como el Congreso de la CONVIVENCIA y terminó, en buena parte y sectores, como el rosario de la aurora. Que le pregunten a Pedrol y a Música sobre los ruidos multidecibélicos emitidos por los descontentos, algunos de ellos eternos descontentos.

Los Partidos Judiciales.- E. Mulero Navarro.

Es Vera el objeto de este comentario salpicado de anécdotas y evocaciones de la vida profesional.

Asamblea de la Mutualidad.- Diego Alarcón Moya.

Nuestro Delegado eterno, competente y eficaz, nos plasma los acuerdos tomados en Córdoba el 3 de junio de 1989, sobre destino de los fondos de la Mutualidad.

Impuesto sobre préstamos hipotecarios y exenciones.- E. Esteban.

Un estudio actualizado de la materia lleva al autor a mantener tesis de exención en casos prácticos de la gestión tributaria.

Colegiados de Honor.- José Rodríguez Jiménez.

Este espacio lo cubre el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con una biografía que, deliberadamente él presenta escueta, y que, desde luego, es modélica.

In Memoriam.- Un grupo de abogados.

Una nota de dolor por la finada

Isabel, que dejó la toga para siempre, le dedican y rinden sus compañeros de despacho, en este número del boletín.



Boletín nº 5

Galería.- Francisco Gómez Angulo.

Cuenta nuestro compañero su vida familiar, estudiantil y profesional, con encendidos elogios a su mentor Rovira Torres.

Centenario de Castan Tobeñas.- Ramón Muñoz.

Este gigante del derecho, cuya obra de civil inundó las universidades y academias de opositores, es diseñado en su biografía, méritos y premios obtenidos por el autor de este artículo.

Entrevista.- Alfredo Batlles.

La recia personalidad de un notario almeriense, polifacético y artista del color. Sabe hermanar lo abstracto de su obra pictórica con caricaturas excelentes.

El autor ha dejado la fe notarial pero sigue trabajando intensamente con la espátula y el pincel, y aún con la pluma, en bellos artículos sobre el arte.

Festividad de Santa Teresa y Noticias.- Noticias de la solemnidad en la fiesta de la patrona de los abogados, jura de letrados y competiciones deportivas. El boletín recoge también en la sección noticias, datos sobre el diploma de los 25 años de ejercicio, a los letrados López Cuadra, G. Lao, G. Abad, F. Haro, J. Bernal, y premio otorgado al mejor expediente académico, obtenido por Purificación Díaz.

De mi Archivo. Sobre el Artículo 523 de la L.E.C.- José Fernández Revuelta.

El precepto número 523 de la última normativa procesal civil, que regula el pago de las costas, fue comentado y aplicado a un supuesto concreto acaecido, por el articulista, que entiende la existencia de contradicciones en el fallo objeto de su análisis.

La elocuencia del silencio.- J. M. Torres Rollón.

Se habla del silencio de la Ley, del silencio como declaración de voluntad, con doctrina del Tribunal Supremo. El enjundioso trabajo lleva unas notas bibliográficas de interés.

La embriaguez del conductor no asegurado.- E. Esteban.

No se exime a la aseguradora del pago del seguro voluntario. Se resalta lo insólito de dos sentencias contradictorias dictadas por dos Salas de Audiencia Territorial, juzgando el mismo siniestro. Se critica la tesis del T. Supremo que, en su última instancia, exime a la aseguradora del pago del seguro voluntario, si el conductor es el dueño y en cambio, se condena aquélla civilmente si el conductor embriagado es un tercero autorizado por el dueño.

Jurisprudencia.- Fausto Romero.

Sentencia T. Supremo de 11/5/1989 sobre la obligación de inscribirse los abonados en los Colegios profesionales respectivos.

La sentencia 15/7/1989, de la Sala de Almería, también, en el mismo espacio, es comentada como progresista, absolviendo a la encubridora por delito de robo al hacer ésta vida marital con el procesado —tesis del abogado J. Ruiz Esteban— y serle de aplicación la excusa absoluta del art. 18 en relación con el 17-2º.

Abogados españoles y Europa.- Fulgencio M. Pérez Dobón.

Se postula por el articulista para los abogados el sistema de pasantía, y escuela práctica del Colegio de abogados, y se hacen referencias al derecho comunitario.

Colegiados de Honor.- E. Navarro Esteban.

Con la sencillez que ha sido la tónica de su persona en su larga historia judicial, el magistrado cuenta su vida profesional desarrollada en los más diversos puntos de la geografía española.

Exhala el artículo autobiográfico amor por Almería y estima y deferencia para con los abogados; exquisito trato que ha merecido la correspondencia y simpatía de todos los profesionales que le conocieron.

I Aniversario.- Ramón Muñoz.

Una carta del Decano al cumplirse el primer aniversario del Boletín.



Boletín nº 6

Galería.- Siverio Martínez López.

Aparece una biografía completa que recoge la historia del estudiante, el maestro y el abogado, impregnada de emotivos datos familiares, con una proclamación testimonial de su fe religiosa.

El acceso de la mujer al ilustre cuerpo.- Beatriz Blesa.

... de los registradores de la propiedad.

La primera mujer que desempeñó la excelsa misión de registradora habla para Sala de Togas. Son objeto de su atención las satisfacciones y peripecias experimentadas en su larga singladura jurídica.

Es un exponente de que las reivindicaciones y los logros —los feministas también—, deben contar igualmente con el esfuerzo personal, como el mejor aliado.

Noticias varias.- R. Muñoz.

De interés para los abogados, estableciendo el Consejo General que las costas impuestas a terceros son de obligado pago y, por tanto, exigibles en la tasación a favor del profesional al servicio también de la

banca.

Asamblea de Decanos y Congreso del Notariado latino asimismo se reflejan en este espacio del boletín.

Condecoración.- Al funcionario jubilado Tomás Pérez Serrano.

Dos abogados que acceden a cargos públicos jurídicos.

D. Diego Miguel Alarcón Candela toma posesión como Juez del Juzgado de Primera Instrucción de Vélez-Rubio.

Desempeñó misiones judiciales anteriormente en la Magistratura de Trabajo de Almería.

Al hacer esta reseña conocemos que Diego Alarcón, muy querido por todos los compañeros, trasladará sus funciones a un nuevo Juzgado almeriense: Berja.

También el joven abogado —ejerciente número 1.136 del colegio almeriense— Emilio Esteban-Hanza Navarro, obtiene en la oposición de Notarías —a sus 26 años y primera participación— el número 9 de su Tribunal, que le permite desempeñar su misión fedataria en la Notaría almeriense de Dalías.

Capitalidad.- Un mapa, con constancia gráfica de la creación y ubicación de los nuevos partidos judiciales a tenor de la Ley de 2/12/1989, refleja además una serie de datos que facilitan el trabajo y rápida conexión con aquellos Juzgados por parte de los profesionales.

La responsabilidad civil de los padres por hechos.- Joaquín Montserrat.

Un estudio profundo —como profundo era el autor— de los artículos 1.902 y 1.903 permiten analizar el fundamento de un fallo de la Sala 2ª de la Audiencia Territorial.

El exégeta entiende que los padres sólo responden de los delitos de los hijos cuando sean éstos menores de edad, y se demuestre culpa o negligencia de dichos progenitores.

(Nota: lamentablemente Sala de Togas no llevará más firmas del autor porque nos dejó para siempre).

El desistimiento y figuras afines.- Jesús Saracho Mejía.

El articulista desarrolla, con la técnica del avezado Juzgador, las figuras y conceptos procesales del desistimiento y la renuncia, con alusiones a la amplitud necesaria del poder ad hoc, y al tema de las

costas.

Colegiado de Honor.- Carlos de Haza Cañete.

Un Magistrado de Trabajo, que dejó hondo y grato recuerdo en Almería, nos narra su vida profesional y sus amistades almerienses.

Al cierre. Crónicas Almerienses.- Jesús Ruiz.

Acababa de presentarse este libro en Almería, con 10 capítulos de Derecho —despido y letra de cambio— y otros tantos sobre divorcio en Almería, que ensamban lo jurídico y sociológico.

Se transcribe la introducción elaborada por J. M. Artero, y un comentario final del colegioado nº 602.



Boletín nº 7

Galería.- Francisco Balcázar Sanz.

Una biografía intensa y variada, expuesta por el protagonista, auxiliar de la justicia, profesor de E.G.B. y abogado. Su vocación jurídica se prolongó con su hijo, hoy Notario de nuestra ciudad.

II Congreso de Gentes del Derecho del Estado Español.- M^a. del Carmen Lázaro Ruiz y M^a. del Carmen Moncada García.

Las autoras del artículo desgranan el Congreso de Valencia, las bases de reforma del proceso que allí se apuntaron y ciertas soluciones prejurisdiccionales de los conflictos.

En la temática abordada no podían faltar alusiones al proceso tipo en las jurisdicciones laboral, civil y

contenciosa, así como la función con dimensión social que deben asumir tanto el forense como la Inspección de Trabajo.

Entrevista.- Ramón Alonso Fernández.

Un notario radicado en Almería y su provincia durante un cuarto de siglo, viene a Sala de Togas contando las glorias y sinsabores —bastantes más de las primeras— de la fe notarial ante los vecinos que la demandan.

Delegado de la Junta de Gobierno del colegio granadino, ha colaborado especialmente con nuestro colegio en actos culturales.

Jornadas sobre Reforma del Derecho de Sociedades.- E. Esteban.

Se describen las jornadas organizadas por los colegios de abogados y notarial, comentando el reciente decreto legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, que tanto ha incidido en las instituciones societarias españolas.

El comentarista hace una síntesis de las siete conferencias desarrolladas por los profesores del departamento de Derecho Mercantil de Granada, que desentrañaron todos los aspectos y facetas de las sociedades anónimas, de las de responsabilidad limitada y las en comandita por acciones, a tenor de la nueva versión legal.

Finalmente se recogen los puntos considerados en la última ponencia dedicada a supuestos prácticos, tanto a través de los ponentes Sres. García Rodríguez y Yago Ortega, como los planteados por el auditorio con amplia representación jurídica.

No deben silenciarse los nombres de los 7 conferenciantes mercantilistas granadinos Sres. Rodríguez Jiménez, Sánchez Rodríguez, Angulo Rodríguez, Pérez Serrabona, Gómez Beteta, Fernández Fernández y Moreno Quesada.

Unas jornadas coronadas por el éxito.

El juicio del Golgota.- Federico Puig Peña.

El autor almeriense, fiscal, abogado y publicista en materia civil y penal, aborda, junto al sermón de la montaña y las parábolas, las frases —las famosas siete palabras— pronunciadas por Jesús moribundo en la explanada del Monte de la Calavera.

De las especialmente dirigidas al

ladrón crucificado, extrae el autor del trabajo la tesis de un juicio, unos hechos delictivos, un juez y un fallo.

Merece leerlo por su profundidad teológico-moral-jurídica en el enfoque subjetivo del autor.

Noticias.- El Decano.

Felicitación al empleado Juan Segura; y normas sobre el funcionamiento del Consejo General de la Abogacía Española, contenidas en 15 artículos, y nombramiento de jueces y magistrados, constituyen esta sección noticiosa.

Jurisprudencia.- Fausto Romero.

Se comenta por el consejero de redacción que asume esta sección, el acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Madrid de 4/7/1986, declarando no ser sancionable el abogado que, tras larga espera, se ausenta e inasiste, lógicamente, al juicio.

Reunión del Consejo Constituyente del A.J.A. (Málaga).- Francisco Guerrero Martín.

El autor, miembro del grupo de Abogados Jóvenes, reseña la reunión celebrada en Málaga cristalizando la idea surgida hace años en nuestra Comunidad Autónoma: redacción de los estatutos fundacionales de A.J.A.

Lo que pretende —explica el articulista—, es crear una Federación de grupos de abogados jóvenes de la Comunidad Autónoma Andaluza, en defensa de sus intereses en este marco territorial, con objetivos, en fin, profesionales, formativos, sociales y culturales.

Colegiado de Honor.- Mariano Sampedro Corral.

Esta vez toca el turno a un magistrado de Trabajo que desempeñó la Magistratura de Almería y hoy cumple su alta misión judicial en el T. Supremo.

Relata su paso judicial por varias especialidades del derecho, en muy diversas ciudades.

Hoy D. Mariano, muy querido en Almería, es una personalidad indispensable en los estudios o proyectos de derecho laboral a los más altos niveles. Sin descuidar su excelsa misión administrando justicia, participa en conferencias, comisiones de estudio y enseña como avezado preparador los temarios a los opositores de judicatura y fiscalía.



Boletín nº 8

Galería.- J. M. Torres.

Un abogado veterano, que colabora con valiosos trabajos en nuestro Boletín, es entrevistado por nuestro Director, en un nuevo sesgo de este espacio de **Sala de Togas**. Sus mesuradas contestaciones son un ejemplo de vocación jurídica, de calidad y deferencia entrañable hacia sus compañeros.

Que cunda el buen hacer en las relaciones de los profesionales del Derecho.

Homenaje al Presidente del Tribunal Superior de Justicia.- Ramón Muñoz Sánchez.

En este número de **Sala de Togas**, se refleja el homenaje al que fue Presidente de nuestra Audiencia Provincial D. José Rodríguez Jiménez. Su dedicación sin regatear esfuerzos, a la Justicia, le merecieron el nombramiento para presidir el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha; y Almería y Albox —su pueblo natal— le tributaron su público reconocimiento en una fiesta popular, con la presencia de altas personalidades y autoridades.

Entrevista.- Jesús Ruiz.

El Registrador Juan Cuadrado, es entrevistado por nuestro Director, y se obtiene una jugosa y diversificada aportación de ideas, fruto de la rica personalidad del entrevistado.

La materia jurídica se salpica en amenas referencias a su historia familiar y a la de Almería.

Noticias.- Antonio Carmona López (Presidente).

Destacan la creación del Servicio de Notificaciones, Asamblea de Decanos, que acuerdan la protección del secreto profesional del Abogado, y la creación del Consejo de Colegios de Abogados Andaluz.

A continuación se recoge la elección en el grupo de Abogados Jóvenes, habiendo recaído el nombramiento de Presidente en Antonio Carmona López. La nueva junta tiene una composición mayoritariamente femenina. Con el presidente citado integran el resto de los rectores, Amparo Vizcaino (Vicepresidenta), Esther Cabañero (Secretaria), M^a. del Carmen Moncada (Tesorera), Francisco Guerrero Martín (Vocal 1^o), M^a. Dolores García (Vocal 2^o) y Pilar Soriano (Vocal 3^o).

Jurisprudencia. ¿Tenemos los abogados derecho a la huelga?.- Fausto Romero.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 8/4/1981 es comentada por el articulista, en relación con el auto de 3/1/1990 de la Sala de Almería, que suspende el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados en torno a una huelga —con prestación de servicios mínimos—, interino, se resuelven los temas, incluido el económico, del turno de oficio.

El redactor del artículo aborda reivindicando enérgicamente los derechos del abogado, en igualdad a cualquier otro sector, y alude a la decisión paralela de los jueces de no superar las mil minutas por año.

Las personas no pueden ser despojadas de los mínimos, viene a decir: "no va más" —alude— como un croupier de las salas de envite.

Discrepancias legislativas en torno a las Cooperativas de Crédito.- E. Esteban Hanza.

Un estudio de la reciente legislación sobre Cooperativas y Registro Mercantil, lleva al autor a la afirmación de existir desconexión, incoherencia y aún antinomia en esta interrelacionada normativa.

El Derecho al veto, la denominación, el capital social, la cancelación y otras materias son tratadas, poniéndose de relieve la falta de coordinación en las altas esferas legislativas, y ramas de la Administración, al abordar estos campos jurídicos.



Boletín nº 9

Galería.- José Romera Prieto.

Un abogado, que por su dilatada andadura profesional, ahora contempla con sosegada inactividad a toda su familia jurídica, es entrevistado en este último número de **Sala de Togas**.

Fue profesor de E.G.B., y una larga experiencia en la Abogacía, le permiten sobradamente, dar consejos, como hace, en esta ocasión que le brindó el Boletín, al abogado novel: "estar al día", "cuidar el buen nombre", "dedicación, por no ser un camino de rosas", y "mucho ilusión".

En el clan familiar de abogados, el jubilado que escribe entrega la antorcha a su hijo José Enrique.

Autocrítica de la Abogacía y los Abogados.- José M^a. Martínez de Val.

Se trae a colación las palabras del autor de un libro prologado por Pedrol Rius, donde se habla de la Abogacía, la Deontología, la oratoria forense y otras interesantes materias.

El Derecho y sus mentiras.- Nicolás López Calera.

El trabajo de un profesor de Universidad, catedrático de Filosofía del Derecho, hombre estudioso e inconformista ante la hipocresía y las desatenciones a su amada Universidad y hacia la auténtica docencia.

Algo de esa protesta refiere y denuncia en este artículo el autor,

recientemente nombrado académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

Ordenación y regulación del aparcamiento.- María José Martínez Tomás.

Un tema muy de actualidad en Almería, motivo de críticas adversas por su reciente implantación, la ORA, ha sido objeto de este estudio autorizado y objetivo por una mujer que debe abrir brecha en nuestro boletín ante las tímidas colaboraciones de sus compañeras.

Para el mejor estudio y enfoque ha tenido que desentrañar y desarrollar la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Reglamento de Bases de las Entidades Locales, entre otras.

Mutualidad de la Abogacía.- El Decano.

El intrusismo profesional y la asamblea de Decanos son considerados en este número 9 del Boletín.

Los derechos de tanteo y retracto por razones urbanísticas.- Julián Peinado Ruano.

Su autor, un prestigioso notario granadino, se adentra en estas instituciones de Derecho Civil que son objeto de regulación en tantas ramas especiales. En este caso ha de comentar la Ley 8/1990 de 25 de julio que los recoge.

El articulista hace interesantes referencias a la L.A.U. y a la L. Hipotecaria, afirmando que la Ley 8/1990 no prevé la posibilidad de anotar preventivamente la transmisión; y que la preferencia que se atribuye en el derecho de retracto a los Ayuntamientos hoy es superada por la primacía contemplada en el art. 25 de la Ley del Deporte.

Advierte, además que estos derechos no son originales, pues la Comunidad Autónoma del País Vasco los reguló con anterioridad.

Derecho y autor. Las fórmulas de todos los días.- José Fernández Reuvela.

Su autor cuenta, con mucho oficio, la vida cotidiana, sus anécdotas y sus rutinas.

La cafetería, el ordenador y su "fallo en RAM", el descafeinado, el semáforo y el amigo que te aborda, y la suspensión de un juicio.

Todo con la agilidad y amenidad del escritor avezado, para terminar, en su tesis de fondo, con "la vida sigue igual".

La Universidad, la novatada y la acogida.- Emilio Esteban.

Se queja el autor de que pervivan y degeneren, día a día, las novatadas universitarias, que tanto molestan y ofenden al universitario flamante, en el momento ilusionado de su acceso a los estudios superiores.

Propugna la creación de una Comisión del Profesorado y Alumnos veteranos que vele por que se cubra esta interesante fase con programaciones culturales, en las que participan veteranos y novatos, en aportación conjunta de ingenio, arte, deporte y, sobre todo, SOLIDARIDAD, indispensable para la juventud que ha de asumir los hilos rectores de una sociedad futura.

Festividad de Santa Teresa.-

Misa, comida de hermandad, jura de nuevos letrados, diplomas en el 25 aniversario —50 para el compañero Juan José Pérez que celebró doblemente esta efemérides— premio al mejor expediente para Antonio Jesús Sánchez, y entrega de trofeos deportivos, completan esta sección con la que se cierra el boletín número 9.

En la mayor parte de los Boletines han sido materia común dos secciones importantes en y para nuestro Colegio y Colegiados.

La **SECCION LEGISLATIVA**, del Consejero de Redacción GABRIEL ALCABA SALMERON, en la que se han recogido múltiples disposiciones de todo rango, dictadas a la sazón que afectan directa y personalmente a los Abogados y otros Juristas, y abordan facetas sustantivas y procesales de materias de palpitante actualidad.

Por el número abrumador que representan las citas legales publicadas, su reseña específica individual rebasaría los límites de este trabajo comprendio que espiga materias más genéricas o sintetiza *eccopmes* y epígrafes de noticias y artículos de escaso número de temas diversificados en su contenido.

De todos modos, aconsejamos la lectura particular de cada boletín, a este respecto de refrescar y tener presente la normativa más moderna.

La **SECCION DE JURAS DE LETRADOS** nos ofrece, con la fotografía de los incorporados en cada sesión, un panorama colegial de interés; no sólo porque facilita el mejor conocimiento de los nuevos y flamantes compañeros —que por el número progresivamente ascendente se nos pueden ir escapando— sino que dejan constancia y fé de la evolución de nuestro Colegio y del número —hoy asciende a más de 500 y en el Boletín constan juras por cuantía de 74— de los que componemos esta gran familia que lucha por la justicia.

Hemos sido excesivamente prolijos al recoger detalles y explicaciones de los espacios, secciones y títulos del Boletín. Pero esta posible desmesura pretende ser para el lector un INDICE completo de todo lo abordado; y, al propio tiempo, una mirada atrás, un autoanálisis fácil y ágil de la totalidad de los trabajos realizados, para los que han colaborado en **Sala de Togas**.

A los que no han participado, permite este Compendio observar, con ojo crítico, las omisiones y lagunas habidas, con la intención positiva de que en el futuro merezcamos sus aportaciones, que ferviente e ilusionadamente les solicitamos desde aquí.

«PONERLE PUERTAS AL CAMPO»

EL INVERNADERO COMO EXPLOTACION INDUSTRIAL

Fausto Romero-Miura

Para poner las cosas en su lugar, acaso convenga empezar por decir que, mientras nuestros padres de la patria debatían sesudamente el Código de Comercio, **Buffalo Bill**, por su parte, se entretenía matando, cuerpo a cuerpo, en la batalla de "Indian Creeck", al famoso jefe sioux "Mano Amarilla". Mes más, mes menos, pero por aquella época. Como aquella misma época, también, mientras nuestros legisladores alumbraban el Código Civil, el mismo **Buffalo Bill** se ganaba la vida haciendo "las Europas" — ¡quién sabe si en el mismo Madrid! — al frente de su compañía: la "**Buffalo Bill's Wild West**".

embargo, que, pese a ello, por Almería no puede aún transitarse por carretera ni por tren — y las bombas inteligentes — "cerebradas", en lenguaje militar — lo son lo suficiente para volar un bunker en Bagdad pero no para averiguar que estaba colmado de civiles, y se cargan a varios cientos de ciudadanos.

Sentado lo anterior, conviene decir que ese mismo Código dispone, en su artículo 326-2º que "**no se reputarán mercantiles las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas**", lo que considero un anacronismo absurdo, pues parece como si el entrañable Código de Comercio en su permanente regreso al futuro — no tuviese otro horizonte que el de 1885.

Porque tengo muy claro que la explotación de un invernadero constituye — o debe constituir, para matizar — un caso manifiesto de explotación comercial, de **empresa**, en el sentido mercantil del término. Y, si el Derecho es, sobre todo, lógica, pongo un ejemplo elemental: ¿tiene sentido que sea empresario el tendero que vende los tomates al por menor y no el agricultor que los produce y comercializa al por mayor; que sea empresario el señor del carrillo de pipas de la esquina y no lo sea el gran agricultor?

Y otro ejemplo, más claro y lineal aún: en una Piscifactoría, ¿debe ser considerado el empresario como Patrón, y, los empleados, como marineros a la parte, "aparceros-pescadores"; qué tiene que ver el concepto socioeconómico y jurídico de la pesca con la explotación industrial que se lleva a cabo en una piscifactoría?

Planteamiento de la cuestión

Mi interés por tema aparentemente tan árido — y no es un mal juego de palabras — viene de antiguo, a raíz de un asunto profesional que me fue encomendado sobre extinción de un contrato de aparcería de invernadero, por lo que estas

notas son parte de un dictamen mucho más amplio, con lo que no he hecho sino abrirme una vía de investigación.

De ahí que, dada la reducida dimensión de nuestro Boletín, apenas si quepa bosquejar algunas pinceladas en apoyo de la tesis que sostengo, por lo que en, estos apuntes, debo limitarme a la formulación de un principio general, de una filosofía — la de que la explotación de un invernadero constituye una empresa mercantil en toda regla, y con todos los beneficios que para el empresario conlleva su calidad de tal —, si bien para el desarrollo de tal categoría vaya de la parte al todo y tome como hilo conductor la anécdota de la aparcería.

Anécdota que, sin embargo, en la práctica diaria, no lo es tanto — o, más categórico: no lo es en absoluto — dada la posibilidad de que el aparcero-agricultor pretenda convertirla en un arrendamiento por tiempo de hasta veintiún años, según se desprende de los artículos 119-3, en relación con el 109 y el 25, todos ellos de la Ley de Arrendamientos Rústicos, con lo que el propietario — el empresario, en mi tesis — quedaría privado de su empresa, de hecho, durante toda una generación, porque la aparcería se rige, principalmente y salvo las excepciones que la propia Ley especial regula, por la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980.

Pero no obstante esa importancia crucial, tomemos la aparcería — a los efectos de este trabajo — sólo como ejemplo elemental y primario de nuestra tesis, por lo que debo prescindir, ahora, del estudio de su concepto, de sus antecedentes históricos, de su duración, — pese a ser, éste, un punto crucial, según la legislación vigente, para la inclusión o no de la aparcería en la L.A.R. — e, incluso, de tratar in extenso su naturaleza jurídica, aunque quede constancia de que, dada esa importancia socioeconómica, las relaciones contractuales relati-



Pues bien, ese Código de Comercio — como el Civil — es el que sigue vigente en España — aunque sometido a algún que otro **lifting** — disponiendo, por ejemplo, en su artículo 629, que son obligaciones del piloto registrar diariamente "la dirección y la fuerza del viento, el estado de la atmósfera y del mar, el aparejo que se lleve largo,.... el número de hornos encendidos, la presión del vapor, etc.".

Todo esto cuando el hombre ha llegado a la luna — bien cierto es, sin



vas a la explotación del invernadero —básicamente su arrendamiento y su aparcería—, con una notable extensión e incidencia en la vida económica de la provincia de Almería —de la zona mediterránea española, en general—, merezcan que se estudie con rigor, y se precise, tanto su naturaleza jurídica como su regulación legal, en orden a someter dichas relaciones contractuales a la legislación común —bien la mercantil, bien la civil— y a sacarlas de la legislación especial de Arrendamientos Rústicos que actualmente las rigen. Porque, a mi juicio, el invernadero tiene de todo, menos de rústico, como veremos.

Naturaleza jurídica

Es importante dejar sentado, a los efectos de estos apuntes, que, para la **Jurisprudencia** (por todas, la Sentencia T.S. de 15 de abril de 1982) la aparcería es un contrato con autonomía propia, innominado y atípico, “mixto de explotación asociada y laboreo por renta”, mientras que, para la **Doctrina Científica**, por el contrario, la naturaleza jurídica de la aparcería es un tema controvertido y especialmente virulento, sobre el que han llegado a formularse hasta cinco teorías, que van desde una modalidad del arrendamiento de cosas a un tipo especial entre los contratos conmutativos y los aleatorios, pasando por la co-

munidad de bienes y el contrato de sociedad.

La explotación industrial y su regulación legal

Dado el carácter esquemático de estas notas, partamos, como hipótesis de trabajo, —aunque extensible, en mi tesis, a todos los supuestos de aparcería— excluidos de la regulación legal comprendida en la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Y sentada esa premisa, ¿qué regulación legal le será aplicable?

Según la que podemos llamar **Doctrina clásica**, atendiendo a lo preceptuado en el artículo 1.579 del Código Civil, la regulación legal de las aparcerías no reguladas por la Ley de Arrendamientos Rústicos vendría dada por la preceptuada en dicho artículo: la aparcería se regirá “por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra”.

Pero baste una pregunta para desbaratar esta teoría: ¿por qué se define la aparcería como arrendamiento —“del arrendamiento por aparcería”— pero se remite, el Código Civil, a las normas del contrato de sociedad; por qué “las estipulaciones de las partes” tienen un carácter subsidiario respecto de las normas relativas al contrato de

sociedad, quebrando, así, el principio sentado en el artículo 1.255 C.C.?

Y, ¿es realmente la aparcería una sociedad?

Código Civil en mano, cabría pensar que sí, ya que la define, en su artículo 1.665, como el contrato “por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.

Pero, como señala **Lucas Fernández**, la relación de aparcería no es societaria, aunque sí asociativa. Y, de hecho, las situaciones asociativas en la explotación aparcerera pueden ser muy variadas. De ahí que, mejor que encasillarla en tipos legales para después aplicarles las correspondientes normas, sea, como dice **Puig Brutau**, ofrecer soluciones adaptadas a los problemas concretos que las distintas formas de aparcería exigen, por lo que interesa determinar cuáles son éstos en lugar de pretender localizar la solución por vía indirecta, a través de la asimilación del contrato a otros dotados de amplia regulación.

Así, en defecto de estipulación de las partes y a falta de costumbre, habrá que examinar en cada caso concreto el problema que se plantea y, de acuerdo con las características de éste, tratar de hallar la norma que sea más adecuada para satisfacer la necesidad que se presente, por lo que las normas sobre sociedad pueden ser de aplicación supletoria en lo que respecta al reparto de ganancias.

Téllez de Peralta profundiza un poco más en la orientación de **Puig Brutau** y **Lucas Fernández**, y atiende, a la hora de determinar la regulación legal aplicable a las aparcerías que están fuera de la Ley de Arrendamientos Rústicos, no a la disposición general del artículo 1.579 C.C., sino a la naturaleza de los distintos tipos de cultivos que se explotan en cada aparcería concreta.

Con las modernas técnicas de cultivo intensivo, donde el clima lo consiente —paradigmáticamente, en la provincia de Almería, con terrenos arenosos, riego por goteo, invernaderos para flores u hortalizas de primeror— sucede frecuentemente que el propietario del terreno in-

vierte capital en el terreno, generalmente de escasa extensión (de una a tres hectáreas), pero con fuertes costes de inversión para quitar las piedras, allanar el terreno, recubrir con una capa de mantillo fértil (con un espesor de 30 centímetros aproximadamente), fertilizar con abono orgánico, aligerar la tierra con arena de playa (con un espesor de 10 centímetros), construir el invernadero en plástico, sus canales o acequias y demás instalaciones para riego, incluido el riego por goteo, (con la ventaja de ahorrar agua, escasa en la zona; ahorrar mano de obra; posibilitar el abono de la tierra a través del riego mismo, mejorando la calidad de los productos, disminuyendo la salinidad del agua, etc.) hasta lograr las condiciones ideales para la producción de hortalizas fuera de su estación habitual.

En cualquier caso, lo cierto es que el propietario, fuertemente endeudado las más de las veces, se lanza a su actividad con un **espíritu empresarial** empujado por motivos de lucro y de comercialización.

Parece, pues, claro que en la apariencia de invernaderos no estamos en presencia de un contrato "**rústico**", sino **industrial**, por un doble motivo:

a) La inversión del propietario y la explotación de la finca es más propia de una gran y moderna industria que de una finca rústica tradicional, —término (rústico) equiparado por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua a toco, grosero, inculto, apegado a cosas lugareñas—, pues se trata de una producción forzada, sofisticada, —como antónimo de rústico: "falta de naturalidad"— industrializada y altamente especializada. Y la gestión, explotación y comercialización de los productos tiene un marcado carácter empresarial, con las enormes flotas de camiones trailers, y con aviones charters fletados expreso, poniendo en destino —todo el mundo— a través de una compleja red de transitarios, Agentes de Aduanas y consignatarios, en apenas unas horas, los productos perecederos cultivados intensivamente, y vendidos, previamente, al por mayor, en alhóndigas especializadas.

b) Porque, incluso gráfica o iconográficamente, los invernaderos

más tienen de naves industriales que de explotaciones agrícolas convencionales, aún siendo productos agrarios lo que se cultivan en ellos.

En cierto sentido no es, pues, exagerado decir que, en este tipo de explotaciones, **cambia el concepto de producto agroalimentario por el de alimento sin agro**, es decir, **alimentos producidos industrialmente sin referencia a la tierra**, aunque la instalación industrial (el invernadero) esté asentada en un terreno rústico.

Y, de hecho, la tierra es lo que menos vale, hasta el extremo de que periódicamente hay que cambiarla.



Piénsese, por ejemplo, en los llamados cultivos **hidropónicos**, en los que, en inmensas naves industriales, se producen alimentos **sin tierra**, pues germinan sólo con agua, en grandes recipientes. ¿Qué diferencia, pues, existe entre una hortaliza cultivada en agua o en tierra; por qué ha de ser mucho más onerosa para el propietario la explotación de esta última, si puede perder, de hecho, el dominio de la finca —la nave industrial, por analogía— durante los veintiún años a que tiene derecho el arrendatario?

Y otro tanto cabe decir, por ejemplo, de las Piscifactorías, a las que aludíamos al principio de estas notas.

Y es que ha cambiado extraordi-

nariamente la manera de trabajar en el sector primario. La técnica ha evolucionado, y de una agricultura y de una pesca artesanales se ha pasado, en muchos casos, a una agricultura y a una pesca sofisticadas y trabajadas con tecnología aplicada y finalidad claramente industrial: el invernadero y la piscifactoría pueden ser sus más claros exponentes, hasta el extremo, de que, en el invernadero, no se conoce el tractor ni el arado, y, en la piscifactoría, la red ni el anzuelo. Ni el pescador, obviamente.

Por ejemplo, ¿qué más le da al propietario de un invernadero que, urbanísticamente, se califique el suelo sobre el que se asienta como agrícola o como industrial? Es más, ¿qué calificación sería más adecuada? Porque mientras que muchos invernaderos tienen luz eléctrica, ¿cabe imaginarse un olivar o un naranjal o un parral (por poner cultivos propios y tradicionales de Almería) con tendido eléctrico y con bombillas o calefacción? Porque mientras una hectárea de suelo agrícola ordinario no llega al millón de pesetas, una hectárea de invernadero cuesta diez millones de pesetas.

Por decirlo muy gráficamente: con los invernaderos se le han puesto puertas al campo. En el sentido literal de la expresión, pues los invernaderos se cierran con puerta y candado.

Está claro, pues, que lo que se valora no es la tierra, sino la industria, la producción.

Tan es así que, nucleados en torno al mar de plástico, han surgido pueblos enteros —en Almería: El Ejido, San Agustín, Las Norias, La Puebla de Vúcar, La Mojonera, Campohermoso, San Isidro, etc.— en cuyas calles tienen agencias numerosos Bancos de ámbito nacional, y cuyos vecinos gozan de uno de los niveles de renta más altos de España. ¿Cabe decir esto de los cultivos rústicos o agrícolas tradicionales? Evidentemente, todo ello confirma el carácter **industrial** de la explotación de los invernaderos.

El contrato de empresa

De aceptarse esta teoría —que es la que propongo— este tipo de contrato dejaría de tener naturaleza "agraria" para pasar a ser un tipo de

contrato de arrendamiento de industria, de empresa, por lo que la regulación de los contratos asociativos tampoco tendría una aplicación directa, siendo, —o pudiendo ser— por el contrario de aplicación lo dispuesto en la legislación vigente —artículo 3.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— sobre los arrendamientos de industria: **“unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas”**.

Y la analogía es clara: ¿por qué el arrendamiento de industria ha de excluirse de la L.A. Urbanos y no de la L.A. Rústicos; por qué no es arrendamiento de local de negocio, sino de industria, un bar, por ejemplo, y sí ha de serlo rústico un invernadero; por qué no es arrendamiento rústico, sino industrial, una granja avícola y sí ha de serlo un invernadero?.

En función de lo expuesto, es decir, de la consideración de la aparcería de invernadero como equiparable a un arrendamiento de industria, se podría, incluso, obviar toda referencia a los criterios establecidos en los apartados 4º y 5º del artículo 6º de la L.A.R. para excluir o incluir este contrato de aparcería de invernaderos de dicho cuerpo legal, ya que el propietario lo que hace es ceder unas instalaciones industriales (invernaderos), a cambio de una parte alícuota de los frutos que se produzcan, es decir, una explotación que está industrializada, cualquiera que sea el tiempo fijado del arrendamiento (o de la aparcería), y de quien decida el tipo de siembra o prepare la tierra (toda vez que ésta es lo de menos, y el aparcerero se limitará a mantenerla, como expusimos), por lo que no existe propiamente un arrendamiento rústico pese a que tanto la tierra sobre la que se asientan los invernaderos, como los productos que se obtienen de la explotación, sean agrarios.

En definitiva parece evidente que, por su naturaleza jurídica y económica, este tipo de arrendamientos (o de aparcerías) de invernaderos no pertenecen a los arrendamientos rústicos comunes, y, del mismo espíritu de la L.A.R., se desprende la exclusión de la misma de este tipo

especial de contrato, que ha de regirse por lo pactado por las partes.

Reflejo jurisprudencial de esta doctrina

Fuentes Lojo, en su “Suma de Arrendamientos Urbanos”, pone de manifiesto una corriente jurisprudencial que, partiendo de presupuestos distintos —pero analógicamente asimilables— a los analizados (pues parte del estudio directo de los arrendamientos de industria), llega a la misma conclusión.

El artículo 3.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice: “El arrendamiento de industria o negocio de la clase que fuere, queda excluido de esta Ley rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas”.

Por tanto lo esencial para poder calificar un arrendamiento como de industria está en la intención de las partes, es decir, si realmente pretenden ceder un **todo organizado, una unidad patrimonial, de la que formen parte la instalación y la organización de la industria**.

Una Jurisprudencia continuada —baste citar, entre otras, las Sentencias T.S. de 16-marzo-1948, 30-junio-1949, 7-diciembre-1953, 30-enero-1956, 11-abril-1955, 30-enero-1956, 13-noviembre-1963, y un larguísimo etcétera— precisa, inequívocamente, que “el objeto del contrato de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales, conectados y adecuados a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva o de un fin económico, organización que constituye una unidad patrimonial”.

La Jurisprudencia, como indica Fuentes Lojo, exige otro requisito para considerar el arrendamiento de industria: el de la necesidad de la preexistencia y la continuación de la actividad económica. Por tanto, “no será aparente el régimen de arrendamiento de empresa cuando los contratantes presuponen la des-



aparición de la industria anterior para iniciar "ex novo" otra diferente el arrendatario, situación que no se producirá por el hecho de que éste amplíe, por su conveniencia, la explotación, añadiéndole un negocio nuevo, o introduzca sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada" (S. T.S. 14-noviembre-1980), aunque no es menester que esté funcionando, pues, como señala la **Sentencia de 29 de septiembre de 1955**, "cuando lo que se cede en arriendo es un conjunto de elementos debidamente organizados y apto para obtener inmediatamente un producto económico, lo que constituye una entidad patrimonial con vida propia, ese arrendamiento es de industria, aunque se halle inactivo y pendiente de que el arrendatario la ponga en marcha con los medios que se le entreguen".

Pero, para poder calificar un arrendamiento como de industria o de empresa, hay que analizar el **concepto mismo de industria**. Y, una vez más, es la Jurisprudencia la que la define. Así, en concreto, la ya citada **sentencia de 29 de septiembre de 1955**, dispone en su tercer Considerando: "la palabra industria... representa una idea sustancialmente integrada por la actividad del factor humano que la sustenta, el cual, con su auxilio de elementos materiales (trabajo manual), maquinaria y ar-

tefactos e instalaciones en mayor o menor número, según su desarrollo) económico (capital, créditos, clientela) o inmateriales (inteligencia, laboriosidad, crédito público), constituye una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la produce y mantiene, y susceptible de ser transmitido, cedido, traspasado de modo permanente o arrendado por tiempo determinado a otra y otras personas, que al recibirla como tal industria, no adquieren solamente los elementos auxiliares enumerados, por muy importantes que sean, sino una entidad dotada de vida, según la actividad que la anima, y multiforme en sus relaciones jurídicas derivadas de los derechos y obligaciones que le correspondan como objeto de derecho y elemento económico social".

De especial trascendencia es —a los efectos de estas notas— la **sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1960**, referida a un arrendamiento cuyo objeto era un terreno sobre el que se hallaba en pleno funcionamiento una **granja avícola**, y en el que el arrendatario había recibido, además del local, todas las instalaciones y servicios útiles de la industria o negocio, constituyendo el todo en su conjunto, una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, siendo pues, las instalaciones recibidas en arrendamiento suficientes para poder llevar a feliz término, dentro de lo que supone la órbita de lo a desarrollar, la finalidad de lo que se concertó. Y, en su segundo Considerando, la sentencia referida establece que "los actores, como dueños de la **industria de granja avícola** instalada en la finca arrendada, la cedieron al demandado, con sus gallineros, patio y pequeño almacén, así como la viviendas comprendida en el inmueble donde tal granja estaba ubicada, siendo lo cedido un conjunto de elementos, debidamente organizados y aptos para obtener inmediatamente un producto económico, o sea, esa **unidad patrimonial, que constituye el arrendamiento de industria** y que encaja en el precepto del artículo tercero de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

Y resulta especialmente esta sentencia por el objeto mismo del



arrendamiento de industria: una "**Granja avícola**", pues, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "**Granja**" significa: "**Hacienda de campo**, a manera de grande huerta, dentro de la cual suele haber una casería donde se recogen la gente de labor y el ganado"; "**avícola**" es un adjetivo perteneciente o relativo a avicultura; y "**avicultura**" significa: "**Arte de criar y fomentar la reproducción de las aves y de aprovechar sus productos**".

Es de significar que el artículo 1º de la Ley de Arrendamientos Rústicos define a éstos como "todos los contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta". Y, "**pecuario**" es un adjetivo perteneciente a ganado.

Por definición, pues, el arrendamiento de una granja avícola tiene que estar incluido en la Ley de Arrendamientos Rústicos, toda vez que ese arrendamiento tiene por objeto el aprovechamiento de una hacienda de campo donde se cría y fomenta la reproducción de las aves para aprovecharse de sus productos. Pero, sin embargo, resulta que, según la doctrina jurisprudencial expuesta, es un arrendamiento de industria.



Por tanto, si una explotación pecuaria como es la de granja avícola, que reúne todos los requisitos que hemos expuesto para la definición de industria, es considerada como arrendamiento de empresa o **industria**, la explotación de un invernadero debe tener la misma calificación jurídica, la misma consideración jurisprudencial y, aún, legal, pues cumple con el requisito de ser una organización industrial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada y cuenta con los elementos necesarios y adecuados para el uso industrial, y con la preexistencia y continuación de la actividad económica. En buena lógica, pues, el contrato de aparcería de invernadero debe ser calificado como arrendamiento de empresa o industria.

Lógica a la que es menester unir la hermenéutica jurídica y, en concreto y de manera especial, el artículo 3.1 del Código Civil, conforme al cual, "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas", extremos sobre los que no parece necesario extenderse tras todo lo

expuesto hasta ahora, básicamente, en orden a la realidad social de la explotación del invernadero como industria.

Pero es más. La jurisprudencia ha dado el espaldarazo definitivo a esta hipótesis que se propone —de calificación de este contrato como de arrendamiento de industria— en la **sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1962**, conforme a la cual, "por industria se viene entendiendo la aplicación de la actividad humana a la producción de riqueza, y, en este sentido es indudable que a la agricultura, encaminada a la mejor producción de frutos de la tierra, no se le puede negar el carácter de industria, básica y primordial fuente de bienes de consumo, a cuyo servicio ha nacido una técnica cada vez más perfecta y cuya influencia en la economía nacional la hace tan respetable y digna de protección como cualquier otra actividad industrial".

Partiendo, pues, de esta concepción del contrato de arrendamiento —o de aparcería— de invernaderos como arrendamiento de industria, la regulación legal no será, por tanto, otra que la que rige para este tipo de contratos que, como señala el artículo 3º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, viene dada por lo pactado entre las partes y lo dispuesto en la

legislación civil común, es decir, las disposiciones comunes a todo tipo de contratos, y las específicas del Código Civil sobre los arrendamientos.

Si bien, cabe otra alternativa, según la construcción jurisprudencial que hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de marzo de 1987. Línea Jurisprudencial que no comparto, pero que camina por el mismo sendero de excluir la aparcería de la L.A.R., y, una vez excluida, aplicar a esa aparcería la legislación común, el Código Civil, pero desde una doble perspectiva: desde la esfera de los arrendamientos ordinarios y desde la esfera del contrato de sociedad lo que, en la práctica, puede suponer abrir la puerta a las doctrinas anteriormente apuntadas, básicamente a la que configura la aparcería de invernadero como contrato de empresa o arrendamiento de industria. Y, en cualquier caso, a su exclusión del ámbito de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Conclusión

Parece, incluso, innecesario formularla: la elevación de la anécdota a categoría, y la conceptuación del invernadero como explotación empresarial, como industria, lo que debe conllevar:

- 1) Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Rústicos.
- 2) Consiguientemente, su inclusión en el Código Civil —y, de lege ferenda— en el de Comercio.
- 3) La atribución de la calidad de empresario al agricultor que explota —obviamente, tras lo expuesto, de manera y con ánimo de empresa o industria— un invernadero.
- 4) En función de ello, la posibilidad de que el agricultor se acoja a los beneficios (la suspensión de pagos, por ejemplo) que la legislación mercantil reserva para los empresarios.
- 5) Y la posibilidad, también, de asignar a la aparcería y al arrendamiento de invernadero el carácter de contratos mercantiles, bien tipificándolos como tales, bien incardinándolos en el variado catálogo de contratos asociativos —o de mero uso o disfrute, aunque considero técnicamente más ajustada la primera opción— que regula dicho cuerpo legal.



MUTUALIDAD

REUNION TERRITORIAL DE DELEGADOS, CELEBRADA EN SEVILLA

El día 24 de Noviembre pasado, se celebró en la sede del Colegio de Abogados de Sevilla, la reunión territorial de Delegados de la Mutualidad, en la Comunidad de Andalucía, con asistencia del Director de dicha Institución Pedro Moreno Lendinez y de los delegados de Sevilla, Córdoba, Jaén, Málaga, Antequera, Granada, Lucena, Jerez de la Frontera y Almería, excusando la asistencia por enfermedad el Delegado de Cádiz.

Comenzó la reunión, con un saludo de bienvenida a los asistentes, del Delegado de Sevilla, Manuel Cruz Herrera, que tuvo palabras de recuerdo, para los compañeros fallecidos, Juan Moreno Cordero de Huelva, y Silverio Fernández Tirador de León, acordándose, testimoniar la condolencia, a los familiares de dichos compañeros.

A continuación el Sr. Moreno Lendinez, informó amplia y detalladamente, de la situación de la Mutualidad, que a partir de primero de Enero de 1991, comenzarían a tener efectividad los acuerdos adoptados en la Asamblea General de la Institución celebrada en Madrid, en el mes de Junio de 1990, referente a la actualización de pensiones y cuotas de los acogidos al Plan de Seguridad Profesional, que voluntariamente suscriban la ampliación acordada, para incrementar las pensiones básicas de jubilación, viudedad e invalidez, habiendo cursado al efecto la Dirección de la Mutualidad, cartas dirigidas a los mutualistas interesados.

Se informó también de que algunos Colegios, habían establecido, un

tipo de papel profesional, que vienen utilizando en las actuaciones judiciales, indicando el Director que de la Mutualidad, que informaría de los expuesto al Organo recto de la Institución, para que adopte el acuerdo que considere procedente.

Con referencia a la situación de impago de cuotas por parte de algunos mutualistas morosos, que con su actitud, ocasionan la baja, informó el Director, que a todos los comprendidos en situaciones como la señalada, se cumple por la Mutualidad, la normativa vigente, comunicándole a los interesados, mediante telegrama, la suspensión de garantías, informando de ello, a los Colegios respectivos.

Finalizó la reunión, con la presencia del Decano del Colegio de Sevilla, que agradeció a los asistentes su desplazamiento a dicha ciudad, para participar en la reunión celebrada, manifestando su total identificación de la labor de la Mutualidad, que atiende a la previsión de los abogados acogidos a la normativa, establecida en los Estatutos y Reglamentos de la Institución.

Prestación de Maternidad

La Asamblea General de Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía, en la reunión celebrada el día 23 de junio de 1990, ha adoptado el acuerdo de implantar la prestación de maternidad en favor de mutualistas ejercientes. El reconocimiento de esta prestación se ajustará a las siguientes bases

BASES

Primera:

La Mutualidad de Previsión de la Abogacía establece la prestación de maternidad en favor de las mutualistas ejercientes que, en el momento del hecho causante, se encuentren

en la situación de alta y al corriente en el pago de las cuotas. También será exigible que se encuentren en la situación de alta como ejerciente y acrediten, como mínimo, 12 meses de ejercicio de la abogacía ininterrumpidamente con anterioridad al parto.

Segunda:

La prestación de maternidad consiste en el pago por la Mutualidad, sin abono por el mutualista de cuota alguna, de una cantidad de 25.000 pesetas por parto e independientemente de la prestación que pudiera devengar el beneficiario como consecuencia de convenio o aseguramiento individual concertado con la Mutualidad o al margen de la misma.

Tercera:

Esta prestación comenzará a devengarse a partir del día 1 de enero de 1991 por lo que serán objeto de indemnización los partos que se produzcan a partir de la citada fecha.

Cuarta:

El pago de la prestación será satisfecho por la Mutualidad, a través del respectivo Colegio, a la abogada-beneficiaria.

A tal fin, el Colegio señalará a la Mutualidad los beneficiarios que deben percibir la prestación, acompañando certificado emitido por el facultativo o A.T.S. que le haya asistido, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al parto. Transcurrido el periodo indicado sin haberse solicitado del Colegio el pago de la prestación se entenderá que renuncia a la ayuda que por este concepto pudiera corresponderle.

El Colegio remitirá a la Mutualidad, dentro del periodo indicado, la documentación presentada por la solicitante y testimonio suficiente de su condición de ejerciente en el

NOTICIAS

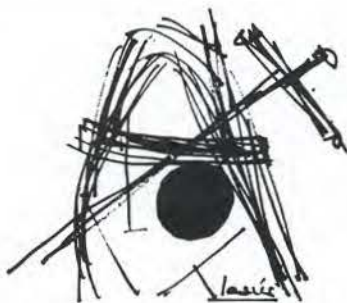
momento del hecho causante y tiempo de ejercicio profesional acreditado hasta ese momento.

Quinta:

La financiación de esta prestación se efectuará exclusivamente con cargo a los fondos provenientes de la recaudación de pólizas de la Mutualidad, sin que por parte de los beneficiarios tenga que abonarse cantidad alguna.

Sexta:

Las presentes bases tienen carácter provisional y tendrán vigencia durante el año 1991. Posteriormente estas bases serán modificadas, en su caso, en los términos que la experiencia aconseje.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocales nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados.

Elegidos entre Abogados y Juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión:

D. Fernando Jiménez-La Blanca y Rubio.

D^a María Soledad Mestre García.

D. Julio Padilla Carballada.

D. José Ant^o Zarzalejos Altares.

Elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías:

D. Juan Alberto Belloc Julbe.

D. Antoni Bruguera Manté.

D. José Juan Dávila Lorenzo.

D. Wenceslao Díez Argal.

D. José Luis Manzanares Samaniego.

D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Vocales nombrados a propuesta del Senado.

Elegidos entre Abogados y Juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión:

D^a María Teresa Fdez. de la Vega y Sánz.

D. José Luis Granizo y García-Cuenca.

D. Andrés de la Oliva Santos.

D. Tomás Vives Antón.

Elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales:

D. Rafael Fdez. Montalvo.

D. Fco. Javier Gómez de Liaño y Botella.

D. Eligio Hernández Gutiérrez.

D. Antonio Marín Rico.

D^a Margarita Mariscal de Gante y Mirón.

D. Juan Antonio Xiol Ríos.

A propuesta del Consejo General del Poder Judicial fue nombrado Presidente del Tribunal Supremo y del Poder General del Poder Judicial D. Pascual Sala Sánchez y Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial D. José Luis Manzanares Samaniego.



COMUNIDAD EUROPEA

El día 6 de noviembre de 1990 se ha celebrado en Roma una reunión de Ministros de Justicia de las Comunidades Europeas, a la que asistió el Ministro de Justicia de España.

Se ha tratado de la lentitud de la

Justicia en los países comunitarios y las influencias que ello puede tener en la Europa sin fronteras en 1993. Y se ha examinado el problema de los fraudes al presupuesto comunitario, ante una posible tipificación penal armonizada en cada Estado miembro. En el sector agrícola hay un fraude entre un 10 y un 20 por ciento.

Se abrieron a la firma dos Convenios de Cooperación Jurídica. Uno sobre transmisión de procesos penales, que permite que un proceso penal iniciado en un Estado miembro pueda ser seguido y sentenciado en otro Estado miembro, si se encontrase el acusado en dicho Estado. Y el otro sobre pago de pensiones alimenticias, al considerar insatisfactoria el funcionamiento del Convenio de Nueva York, de N.U., sobre pago de alimentos en el extranjero.

CONSUMIDORES USUARIOS Y ABOGACIA

La Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía ha dirigido escrito a algunos de los Colegios de Abogados de Andalucía (no al de Almería) aclarando algunos aspectos referidos y regulados por el Decreto 171/89 de 11 de julio. Se dice que la Administración no pretende ningún tipo de función interventora sobre las actuaciones desarrolladas por los Abogados, sino garantizar la defensa de los intereses de las personas que acuden al asesoramiento del profesional. De conformidad con la Ley de Colegios profesionales, la potestad disciplinaria corresponde al Colegio profesional. La actuación de la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía consiste únicamente en prestar su colaboración para solventar las incidencias que puedan plantear los usuarios. Esta colaboración se traduce en la remisión al órgano competente del Colegio de las reclamaciones que se presenten para su resolución. En ningún momento se ha planteado la posibilidad de que la Inspección de Consumo pueda inspeccionar los despachos de los Asesores Jurídicos.

TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

Organizadas por el Gobierno Vasco, en colaboración con el Consejo de Europa y el Consejo General del Poder Judicial, se celebraron en Bilbao unas Jornadas de estudio sobre jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en los días 17 a 20 de septiembre de 1990, en los locales de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, con asistencia de Jueces y Magistrados, Fiscales y Secretarios.

Los Ponentes fueron Magistrados y Letrados del propio Tribunal Europeo.



COMISION DE CULTURA

El día 19 de enero de 1991 la Comisión de Cultura del Colegio se desplazó a Granada para celebrar una entrevista con los Sres. Decano y Secretario de la Facultad de Derecho de la Universidad de dicha capital. En dicha entrevista se preparó el próximo ciclo de conferencias a celebrar en este Colegio de Abogados con la colaboración de la referida Facultad de Derecho.



V JORNADAS DE LA FE PUBLICA JUDICIAL

Durante los días 8, 9 y 10 de noviembre de 1990 se han celebrado en Salamanca las V Jornadas de la Fe Pública Judicial. El acto inaugural tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad, pronunciando después una conferencia D. Francisco Tomás y Valiente, Presidente del Tribunal Constitucional, que trató de "Estudio Histórico del Juicio Monitorio".

En estas Jornadas se ha pretendido la potenciación y ampliación de las funciones de los Secretarios judiciales.



18 Febrero 1991. Firma de escritura de préstamo en Sala de Togas del Colegio de Abogados.

PRESTAMO PARA ADQUISICION DE LA NUEVA SEDE COLEGIAL

El día 18 de febrero de 1991 se ha firmado la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria concedido por la Mutualidad General de Previsión Social de la Abogacía al Colegio de Abogados por importe de 72.000.000 de pesetas con destino a la adquisición de la nueva sede colegial. Por la Mutualidad firmó la escritura pública el Presidente de la misma D. Juan Caldés Lizana y por el Colegio de Abogados el decano D. Ramón Muñoz Sánchez. La firma de dicho documento tuvo lugar en la Sala de Togas del Colegio con asistencia de su Junta de Gobierno y ante el notario D. Alberto Agüero de Juan.

ASAMBLEA DE DECANOS

El día 15 de diciembre de 1990 se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Madrid la Asamblea de Decanos de Colegios de Abogados de España bajo la presidencia de D. Antonio Pedrol Rius.

La Presidencia informó sobre el protocolo de ayuda legal firmado con el Ministerio de Justicia; pasantía y gestiones realizadas hasta la fecha; Tribunal de la competencia y honorarios de Abogados.

Se presentó un documento de trabajo sobre modificación del Estatuto General de la Abogacía Española. Así como un informe sobre el Turno de Oficia y de Asistencia a detenidos y gestiones que se vienen realizando por la Presidencia y la Comisión en su día designada.

También se ocupó la Asamblea de la libre circulación y establecimiento de Abogados de la CEE y de la próxima aparición de un Real Decreto sobre esta materia.

Se estudió el problema que presenta el establecimiento de Escuelas de práctica jurídica y la pasantía por los Colegios de Abogados.



MOROSOS BAJA EN EL EJERCICIO

La Junta de Gobierno del Colegio ha acordado la baja de diez Abogados en ejercicio por falta de pago de las cuotas colegiales ordinarias. Las cantidades adeudadas serán reclamadas judicialmente.

REUNION DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS DE JUSTICIA

Los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España, reunidos en Mérida, Badajoz, en los días 11 al 14 de mayo de 1990, formularon conclusiones sobre la independencia judicial, gobierno del Poder judicial, selección de jueces e informática judicial.

Asociación de Mujeres Juristas Comisión de Abogadas

Se celebró en Toledo los días 6, 7 y 8 de Diciembre de 1990 el IV Congreso de Mujeres Abogadas que, como, todos los años, nos ha enriquecido a las asistentes.

En representación de Almería fueron: María Dolores González, M^a Concepción López, Antonia Segura y Mercedes Díaz, todas Colegiadas en este Colegio y miembros de la Asociación de Mujeres Juristas de Almería.

El Congreso versó sobre las uniones de hecho cada día más frecuentes en nuestro país, y que están suscitando problemas que la legislación existente no regula y por tanto no puede solucionar.

Publicamos aquí las Conclusiones, asegurándoos su fácil lectura, si bien se han entregado un ejemplar de las mismas en el Colegio a fin de que los compañeros/as que queráis consultarlas podáis hacerlo.

Por último informaros que ha sido Almería el único Colegio de España que no ha subvencionado a sus Colegiadas asistentes, habiéndolo hecho la Asociación en la cantidad de veinticinco mil pesetas a cada una de las asistentes.



El Presidente de la Real Academia Excmo. Sr. D. Juan Linares impone la medalla al nuevo académico, Esteban Hanza.

NUEVO ACADEMICO

El día 25 de Enero tomó posesión como académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada nuestro compañero Emilio Esteban Hanza.

El acto tuvo lugar coincidiendo con la apertura del curso de la Corporación y, juntamente con Emilio Esteban, ingresaron como A. correspondientes Antonio Ortega Carrillo de Albornoz (catedrático de Derecho Romano) y Roberto Rodríguez (profesor de Derecho Mercantil).

Como académico de número recibió el título Nicolás-María López Calera, catedrático de Filosofía del Derecho y colaborador de Sala de Togas, quien leyó el discurso proto-

colario sobre "Derecho y Poder". ¿La razón de la fuerza o la fuerza de la razón?", que fue contestado por el académico Buenaventura Camy Sánchez-Cañete.

A la ceremonia, presidida por Juan Linares Vilaseca, asistieron los restantes miembros rectores de la Corporación y gran cantidad de académicos, entre los que se encontraban Ramón Muñoz Sánchez y Fausto Romero-Miura y un numeroso público.

Con la lectura de la Memoria del curso y otras intervenciones se clausuró el acto, ofreciéndose a continuación una cena-homenaje a los nuevos académicos.

NOMBRAMIENTOS

O. 20.11.1990.

D. Francisco Manuel García Vallanueva. Secretario Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº. 1 de Huércal Overa.

Dª Rosario Collado Bueno. Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Purchena.

R.D. 1536/1990 de 29 de noviembre.

Magistrados:

D. Gordiano Casas Fernández, al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº 2 de Almería.

D. Carlos Barrientos Lema, al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº. 1 de Almería.

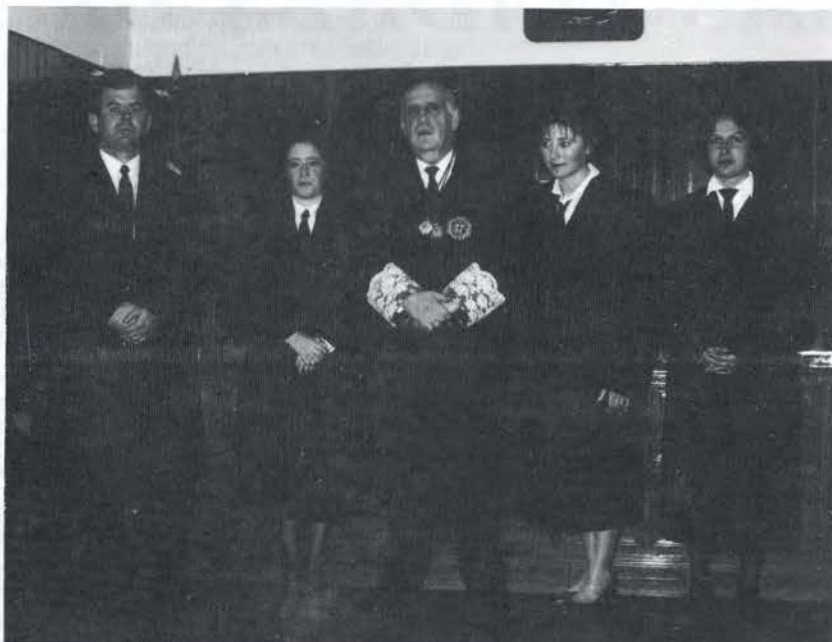
O. 11 diciembre 1990:

D. Emilio Juan Lentisco García. Secretario del Juzgado de lo Penal Nº. 1 de Almería.

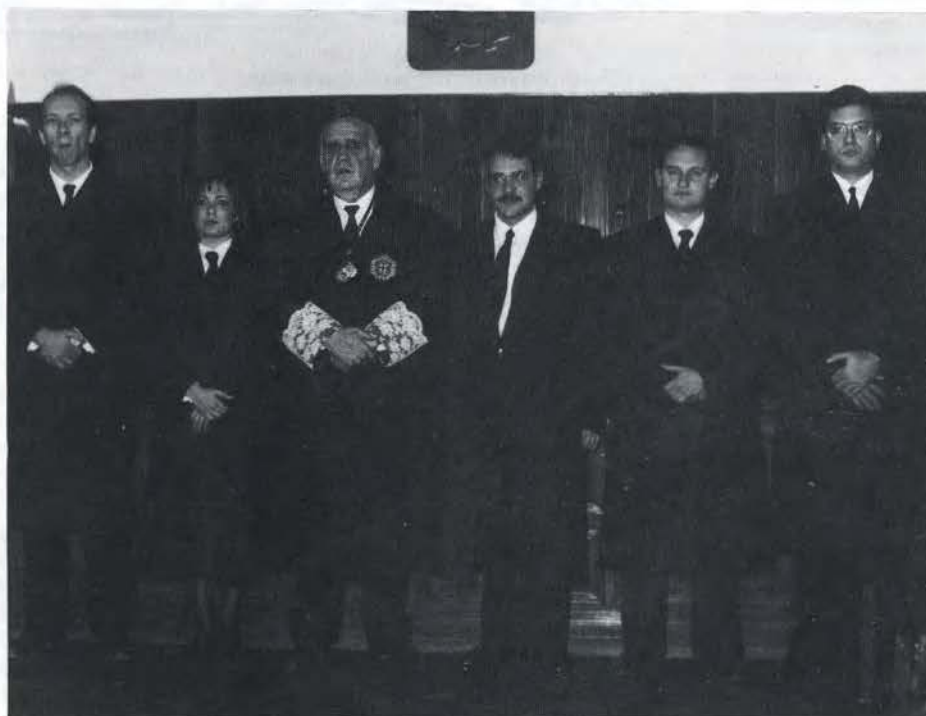
Dª Isabel Brú Misas. Secretaria del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº. 5 de Almería.

R.D. 1733/90, de 28 de diciembre.

D. Francisco García Cantero. Fiscal en la Audiencia Provincial de Almería, destinado a la Audiencia Provincial de Málaga.



Antonio Salvador Herrada, Aurelia Jiménez Godoy, Decano, Josefa Mª Real Quevedo, Beatriz Torres García. - 21 Enero de 1991



Jorge Tallada Mateo, Concepción Mª Rueda de la Puerta, Decano, Enrique J. Cerrudo Lucas, Federico Cuenca Arcos, José Luis Garzón López. - 11 Febrero 1991

LAS MADRES DE ALQUILER

(*) Alberto Agüero

I.— Introducción

Desde que en el año 1978 nace en Inglaterra la niña LOUISE BROWN, primera persona humana fruto de las técnicas de reproducción, se produce una alteración en el sistema tradicional de la procreación humana, que hasta entonces requería inexcusablemente la unión de los progenitores.

Surge, entonces, una realidad nueva. Ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Puede ocurrir, además, que junto con el procedimiento artificial de fecundación, el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de que el hijo nazca, e incluso que la gestación se produzca en mujer diferente.

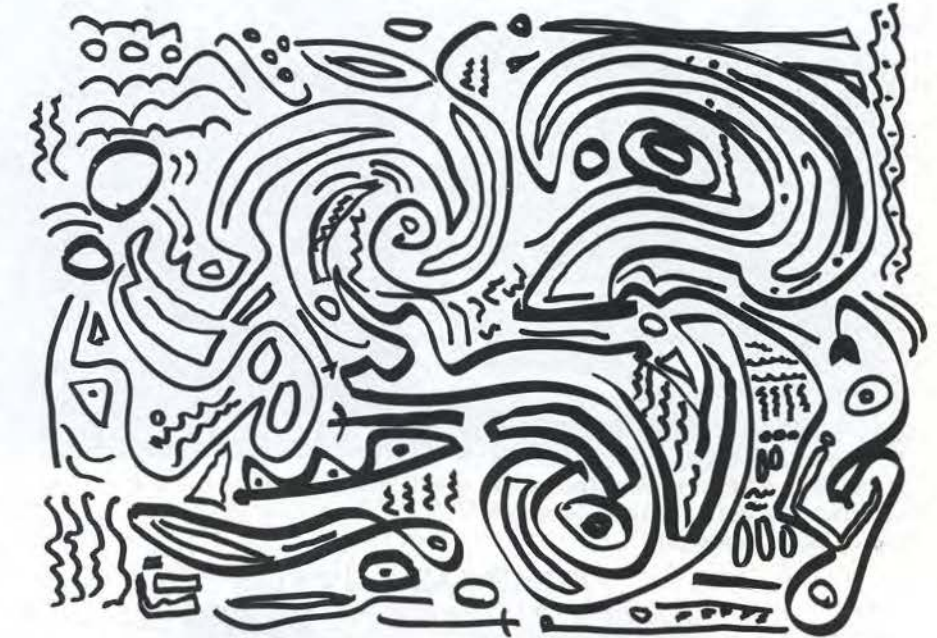
Esta nueva realidad ha provocado una quiebra de los principios de filiación, paternidad/maternidad tal como eran concebidos desde el derecho romano a nuestros días.

II.— Antecedentes históricos

Aunque la aplicación de la ingeniería genética y de la biomédica es propia de nuestros días, la posibilidad, ante la infertilidad, de acudir a mujeres intermedias o sustitutas ya era conocida desde antiguo, y al respecto algunos autores citan como antecedente de la maternidad subrogada (sin acudir, como es lógico a las técnicas de reproducción), dos pasajes del Génesis.

a) En uno se dice: "Y dijo SARAY a ABRAM: Ya que YAVE me ha hecho estéril, toma a mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo. Abram hizo caso de las palabras de su esposa. Y cuando llevaban diez años viviendo en Canaan, tomó SARAY a su esclava AGAR y se la dio por mujer a su esposo, el que la recibió como tal quedando embarazada".

b) Y en el otro se dice: "RAQUEL viendo que no daba hijos a JACOB, se puso envidiosa de su hermana y



dijo a JACOB: Dame hijos porque si no me muero. Entonces JACOB se enojó con RAQUEL y le dijo: ¿Acaso estoy yo en lugar de Dios que te ha negado los hijos?. Ella le contestó: Aquí tienes a mi esclava BILA, únete a ella para que de a luz sobre mis rodillas".

III.— Concepto y modalidades

En un sentido amplio el mundialmente conocido informe "WARNOCK" define a la maternidad subrogada como "aquella práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca".

En un sentido más estricto el grupo de trabajo creado en la Dirección General de los Registros y del Notariado, en España, definía al contrato de maternidad subrogada, como "supuesto de fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de su esposa, previo

convenio de los tres (marido, mujer y madre alquilada) para que el hijo habido sea del matrimonio.

Por aplicación de las técnicas de reproducción son varias las MODALIDADES que pueden ofrecer la maternidad subrogada, pero las fundamentales y siguiendo al Profesor SILVA-RUIZ, son las siguientes:

1.— Una mujer es inseminada artificialmente in vivo con el semen de donante; nacida la criatura, la custodia se transfiere al donante del semen:

2.— El óvulo que ha sido extraído de una mujer se fertiliza in vitro; el embrión es trasplantado al útero de una mujer, distinta a la donante del óvulo, que puede gestarlo y procrear una criatura; al nacer la criatura, se entrega a la (mujer) donante del óvulo:

3.— La mujer es fertilizada in vivo, el embrión se remueve de ella

(lavado del embrión) y se trasplanta en el útero de otra mujer que es capaz de gestar una criatura; al nacer el niño se entrega a la donante de óvulo; y

4.— El óvulo de una mujer es fertilizado en vitro o in vivo después de su obtención mediante lavado; es trasplantado en el útero de otra mujer, y nacido el niño es entregado a tercera(s) persona(s), tales como el donante del semen y su esposa.

IV.— Régimen jurídico

El tratamiento de la maternidad subrogada presenta dos puntos de estudio, que hacen referencia en primer lugar a la validez de éstos contratos y en segundo lugar a la determinación de la filiación de los hijos nacidos de madres de alquiler.

Por lo que respecta a la validez de los contratos de maternidad subrogada hemos de hacer las siguientes consideraciones:

a.— En España

En grupo de trabajo creado en la Dirección General de los Registros y del Notariado propugnó la nulidad total de éstos contratos.— Algún autor dentro de éste grupo, como el profesor Díez Picazo apoyó la nuli-

dad en base a que los mismos eran atentatorios a dignidad humana, y otros autores, como Puig Brutau, en base a la ilicitud de la causa y así se decía que en estos contratos la causa es ilícita y la prestación supuestamente debida por la madre de alquiler es incoercible, tanto por lo que se refiere a la obligación de dejarse inseminar, como a la posterior entrega del niño y renuncia de la patria potestad, y todo ello por aplicación del principio "MEMO AD PRECISE FACTUM COGI POTEST"

En el plano doctrinal la mayoría de los autores se oponen a la maternidad subrogada (Lacruz, Sancho Rebullida, Roca Trías, Lledó Yagüe, Vidal Martínez Gafo) y otros matizadamente (Montes Penedés, Calvera Gonsálvez, Hernández Ibáñez, Mreno-Luque Casariega) que admiten éstos pactos de subrogación en los casos de actuación altruista.

b.— En el orden internacional

También es general la oposición a ésta figura y a título de ejemplo cabe citar a los siguientes: Rubellín-Devichi, Labrusse-Riou, Hondius, Semizzi, Santosuosso, Auletta, Cester-Waltjen, Giesen.

En el mismo sentido, las recomendaciones del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87, principio 14), el Informe Warnock (47), la Proposición de Ley italiana de 1985 (Comisión Santosuosso)... En cambio, la Ley inglesa de Contratos de Subrogación, de 1985, sólo considera ilícita la intermediación interesada y los contratos onerosos de gestación de sustitución, más no aquellos en que no se actúa por interés económico o con finalidad comercial. En términos semejantes, la legalidad sueca (la Ley de 1984 no ha abordado directamente la cuestión ni propone cambio a la legalidad vigente).

c.— En nuestro derecho positivo

Esta materia viene regulada en el artículo 10 de la Ley 35/1988 de 22 de Diciembre, la llamada LEY DE REPRODUCCION ASISTIDA.

En el párrafo primero del mencionado precepto se dice que "será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que

renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".



La nulidad, pues, es absoluta, y afecta tanto a subrogaciones en maternidad en las que haya mediado precio como a las que se hayan realizado a título gratuito y ambos casos la nulidad se extiende tanto a los supuestos en los que los beneficiarios sean los propios contratantes como a los casos en que se estipule la sustitución a favor de un tercero.

En cuanto al segundo punto, o sea, la determinación de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución, se plantea esta cuestión porque a pesar de que si los contratos de maternidad subrogada son nulos si acudiere a ellos el hijo nacido ha de tener una filiación o lo que es igual jurídicamente se la ha de asignar un padre y una madre. Tratamos pues de estudiar el problema que plantea la FILIACION DE LOS NACIDOS DE MADRES SUPLEN- TES.

Tradicionalmente en esta materia regía el principio formulado por el Jurista PAULO de "MATER SEMPER CERTA EST"; la maternidad siempre es cierta y conocida. Evidentemente este principio regía para los casos en los que una mujer que pone su óvulo, fecundado en acto sexual y que luego gesta y alumbró al hijo. Pero la aplicación de estas técnicas presenta una nueva realidad:



La mujer que no busca ni desea un hijo y que no proporciona tampoco óvulo, ni hay acto sexual sino que sólo pone su útero (su organismo todo si se prefiere) para la gestación de un óvulo ajeno fecundado in vitro.

Puede ocurrir también que la mujer gestante haya puesto gameto propio.

En definitiva puede haber pues TRES MUJERES implicadas en el nacimiento del nuevo ser: La llamada "Comitante" que es la que contrata los servicios, la que proporciona el óvulo, y la que lleva a cabo la gestación. A veces estas tres funciones recae sólo en dos mujeres en combinaciones distintas: a) La comitante pone su gameto y otra realiza la gestación; b) La gestante además de gestar pone su gameto.

Si una de estas tres mujeres o de las dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que PAULO deba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa categoría jurídica y social perfectamente acuñada y reconocida. Pero en todo caso al así nacido hay que darle UNA MADRE, como decíamos anteriormente.

Los especialistas médicos y los juristas creen que la función que más se acerca a la de madre, entre las de aquellas tres participaciones mencionadas, es la de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación (no sólo biológica sino psíquica afectiva, llena de emociones al parecer compartidas con el feto). La mayor parte de las Leyes, proyectos e informes hacen madre a la mujer que gesta y para el nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o preembrión.

Tal es el criterio seguido en nuestra Ley Especial al decir el art. 10 que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

Entendemos, desde el plano estrictamente jurídico, que nada hay que objetar al criterio seguido por la Ley por las siguientes razones:

— Es el sistema más seguro y aceptado.

— Coincide con el sistema del art. 47 de la L.R.C.

— Es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio de gestación de sustitución.

— Es solución disuasoria frente a quienes pretendan saltarse la Ley. Sabemos, pues, que el hijo es de la madre que pare ¿pero qué clase de hijo es? ¿y quién es el padre? ¿o no tiene padre?. Debemos, pues profundizar un poco más y hay que efectuar las siguientes distinciones: a) Que la madre gestante no esté casada y que la madre gestante esté casada.

A) PRIMER SUPUESTO:

Madre gestante no casada

Del tenor literal del precepto que venimos examinando, se deduce que en el supuesto de que la madre gestante no esté casada, el hijo se inscribirá como hijo NO MATRIMONIAL DE LA MADRE GESTANTE y ello aún en el supuesto de que el gameto femenino utilizado fuera de la mujer que contrató los servicios. Sabemos quien es la madre, y en este caso ¿quién es el padre?.

Si el progenitor varón es el miembro de la pareja que arrendó los servicios, entendemos que el hijo podría inscribirse COMO HIJO NO MATRIMONIAL DE EL.

Si el progenitor varón es un donante anónimo, entendemos que en este caso, el hijo así nacido carecería de filiación paterna, o sea jurídicamente no tendría padre.

Pero para este supuesto dice al Art. 10 "queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales", o sea que el padre biológico podría reclamar la paternidad conforme a lo que establece el Código Civil; sin embargo nosotros entendemos que esta posible reclamación de la paternidad por parte del padre biológico tiene poco sentido, por dos razones fundamentales:

a) En primer lugar porque conforme a las reglas generales del C.C. el posible reclamante carece de acción para reclamar la filiación paterna extramatrimonial si no

existe la posesión de estado, así se desprende del art. 133 del C.C., y

b) En segundo lugar porque según la Ley de Reproducción asistida que venimos comentando, en los arts. 5 y 8 de la misma se establece que el "donante de gametos" carece de vínculo parentesco con el hijo cuya herencia genética lleva.

B) SEGUNDO SUPUESTO:

Madre gestante casada

Para el supuesto de que la madre gestante estuviere casada, "prima facie", el hijo podría inscribirse como HIJO MATRIMONIAL DE LA PAREJA GESTANTE, en virtud de la presunción de paternidad del art. 116 del C.C., puesto que según la Ley se presume que el padre es el marido.

Sin embargo esta filiación matrimonial podría ser impugnada por el marido de la gestante, lo cual sería sumamente fácil ya que desde el primer momento existe una certeza indubitada y prueba positiva de la no paternidad del cónyuge de la gestante a la vista del pertinente expediente médico. Como explica Berco-vitz "el hecho de la inseminación artificial equivaldría, en éste caso, a una separación de hecho a los efectos de la procreación y consiguiendo la misma inseminación destruye la presunción legal de paternidad".

En consecuencia con lo anterior, parece que cuando la mujer está casada aunque en principio el hijo podría inscribirse como matrimonial de la pareja gestante, lo normal es que se inscriba como hijo no matrimonial de la madre gestante y sin filiación paterna.

(*) Notario



A LA MUERTE DE JOAQUÍN MONTERREAL

Poder hablar o escribir sobre un amigo y compañero siempre, es hermoso y gratificante. Hablar o escribir sobre ese amigo muerto en todo momento, es triste y doloroso.

La ida del amigo, su ausencia, nos trae un cúmulo de recuerdos y de vivencias compartidas y, ello, nos hace desgranar del árbol del tiempo infinidad de ilusiones y esfuerzos vividos en común.

La muerte de Joaquín Monterreal, aunque anunciada, no por ello, ha dejado de golpearnos bruscamente.

Los amigos y compañeros sabíamos que su naturaleza, grande por tantos motivos, estaba débil y castigada. Los que le conocían menos podían apreciar que su rostro, habitualmente vivo y curtido, tenía un tono más apagado, y en la mirada se acusaba la sombra de la duda de toda enfermedad. Para unos y otros, durante el período de su cruel enfermedad, Joaquín Monterreal, en todo momento, dio muestras de la esencial elegancia de alma que le caracterizaba. Supo sonreír, continuar su trabajo de abogado abnegado y pundonoroso con la misma naturalidad y entrega que siempre

derrochó. En esas circunstancias tan adversas, como en los momentos de mayor plenitud de su vida, Joaquín supo combinar cuatro condiciones que hacían difícilmente repetible su personalidad: el valor, la generosidad, el humor y la tolerancia.

Las cuatro se dejaron ver innumerables veces tanto, en su vida profesional como, en la privada.

Jugó un papel nada desdeñable, como Diputado 2º de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, para el logro de todas y cada una de nuestras aspiraciones como colegiados, y supo servir al mismo con la lealtad que le era connatural.

El lograr una nueva sede para el Colegio fue para él un continuo reto. A tal fin no escatimó tiempo ni esfuerzos, sabiendo imprimir para ello un especial dinamismo, trabajando con voluntad abnegada y haciéndolo con la desenvoltura de quien se recubre el esfuerzo con la capa de una sonrisa.

Otro anhelo de Joaquín Monterreal fue la creación de nuestra Revista. Como miembro fundador de

la misma animó, con la calidad que emanaba de su persona, reuniones y sesiones de trabajo que, andando el tiempo, habían de rendir el fruto ilusionado de nuestra publicación: "Sala de Togas".

Su fe en la Justicia y su respeto al Derecho los veía encarnados en el ejercicio de su profesión de abogado a la cual, se entregó y sirvió con dedicación y cariño. Acumuló simpatías y afectos dentro y fuera de la profesión, y rara vez dejó de usar el diálogo cordial en el debate forense o en el hacer cotidiano. Sus amigos se contaban a cientos y en todas las esferas sociales.

En estas palabras a la muerte de Joaquín Monterreal Alemán, llenas de tristeza y nostalgia, quedan en el aire mucho de los valores que le han acompañado en vida y a la hora de morir.

Dios, en el que creyó y, del que se sabía deudor lo haya confortado.

José Bernal Pérez



RENTA

— 90 —

Dé lo que dé, se lo damos.

SI LE DA POSITIVA

Si su declaración le da positiva, a la hora de efectuar el pago no tiene que preocuparse. El Servicio Renta Fácil de Unicaja le facilita la cantidad, y usted puede aplazarla en diez mensualidades.

SERVICIO
RENTA
Fácil

Y SI LE DA NEGATIVA

Si su declaración le da negativa y con derecho a devolución, puede solicitar la transferencia de la cantidad que le adeuda Hacienda a su cuenta en Unicaja.

Y si desea disponer de su dinero, sólo tiene que decirlo. Podrá disfrutarlo a partir del momento que nos solicite su financiación.

755 OFICINAS Y MAS DE 2.000 VENTANILLAS A SU SERVICIO



Unicaja

Montes de Piedad y Caja de Ahorros de
Ronda
Cádiz
Almería
Málaga
Antequera