



9 771138 990006

## DOCTRINA

La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por SIXTO SÁNCHEZ LORENZO ...

1

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

● (TC Sala Primera) S 16 Ene. 2006. Anulación del auto que confirma, sin entrar en el fondo del asunto, la retención del libro solicitado por un recluso condenado por delitos de terrorismo ...

8

## CIVIL

● (TS Sala Primera, de lo Civil) S 15 Dic. 2005. Establecimiento de una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición era la de tener «sucesión»...

13



## LA SENTENCIA DEL DÍA

● (JPI N° 10 Bilbao) S 11 Oct. 2005. Daños morales provocados por la contaminación acústica producida por el piano tocado por el nieto de los vecinos .....

14

## LABORAL

● (TS Sala Cuarta, de lo Social) S 16 Dic. 2005. Malformación congénita que desvirtúa la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios .....

12

## MILITAR

● (TS Sala Quinta, de lo Militar) S 20 Dic. 2005. Atipicidad de la conducta de un militar que publicó un mensaje sobre sus vicisitudes en las Fuerzas Armadas en un foro del Ejército del Aire ..

10

# LA EFICACIA REGISTRAL DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES OTORGADAS ANTE NOTARIO EXTRANJERO A LA LUZ DE LA DOCTRINA RECIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Por SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Granada

Las iniciativas de la Unión Europea encaminadas a fomentar las operaciones transfronterizas, recogidas en el Libro verde sobre las hipotecas, dotan de especial actualidad a los pronunciamientos de la resolución de 7 de febrero de 2005 de la DGRN. La doctrina emanada de dicha resolución es interpretada críticamente desde la perspectiva del Derecho comunitario y el Derecho internacional privado, para evitar que el documento notarial español se convierta en una excepción en el panorama europeo. Las resoluciones, procedentes de órganos administrativos, deben sujetarse e interpretarse con arreglo a las leyes, tratados y convenios internacionales.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objeto el análisis de los fundamentos y de las consecuencias jurídicas de la interpretación sustentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 7 de febrero de 2005 (BOE de 6 de abril de 2005) (LA LEY JURIS: 943/2005, *Diario LA LEY*, núm. 6241, de 28 de abril de 2005) desde la óptica de las transacciones internacionales y el Derecho internacional privado español. La citada resolución supone una clara involución de los planteamientos más solventes acerca de la eficacia en España de los documentos públicos extranjeros, basándose en planteamientos jurídicamente erróneos, incoherencias internas y graves incongruencias sistemáticas, que serán puestos de relieve a lo largo de este informe. Por añadidura, y dada las circunstancias particulares del caso, relativo al tráfico intracomunitario, la doctrina supone la apertura de un frente de eventual contradicción con las exigencias del Derecho comunitario.

En primer lugar se tratará de sintetizar y depurar las claves de la doctrina de la DGRN (II), para a continuación poner de manifiesto los errores e incoherencias sobre los que sustenta (III). A modo de conclusión, se fijará la doctrina alternativa que se considera correcta para tratar la eficacia registral de los documentos públicos otorgados ante notario extranjero (IV).

Los fundamentos de la DGRN se exponen de forma prolija y a menudo confusa, ordenados en tres números. A los efectos de cita textual, haremos referencia al fundamento señalado en la Resolución en arábigos (1, 2 y 3), indicando con números romanos el número de párrafo correspondiente dentro de cada uno de ellos.

## II. INTERPRETACIÓN SUSTENTADA POR LA DGRN

A modo de síntesis, y prescindiendo de una exposición más detallada de los hechos referidos en la Resolución, ésta se refiere a la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz (Tenerife) de un documento autorizado por notario alemán en 1984, que contenía la compraventa de la mitad indivisa de un apartamento situado en Puerto de la Cruz entre dos ciudadanos alemanes residentes en Alemania, al tiempo que el vendedor se reservaba su usufructo vitalicio; todo ello con el consentimiento de la propietaria de la otra mitad indivisa, asimismo de nacionalidad y residencia en Alemania. La escritura, debidamente apostillada y traducida, se acompañaba de un testimonio posterior (2003) de notario alemán cuyo contenido se menciona someramente, una certificación de defunción del vendedor usufructuario y una instancia de solicitud de cancelación de dicho usufructo como consecuencia de la defunción. La nota de calificación del Registrador se limita

a rechazar la inscripción por carecer el documento de «plena fuerza legal en España», y a constatar las diferencias entre el sistema alemán y el español acerca de la transmisión de la propiedad. Ante el recurso subsiguiente, algunos de cuyos fundamentos habrá ocasión de traer a colación, la DGRN confirma la calificación del Registrador y desestima el recurso sobre la base de los planteamientos y argumentos que sintetizamos a continuación:

1.º La DGRN concibe el supuesto, desde las primeras líneas de sus fundamentos, como una cuestión de «forma aplicable al fondo del negocio» (1.I). En toda la Resolución late, como se verá, este error de partida, y sus principales fundamentos reposan en consideraciones sobre la ley aplicable y la imperatividad de la ley española.

2.º La DGRN (1.II-1.VIII) juega con una clasificación bastante confusa y dudosa de lo que ella misma denomina impropriadamente forma «de consentimiento» y la «forma de control», que parece querer separar la autorización notarial y su correspondiente escritura según que se limite a la constatación de la expresión de voluntades o a un examen más profundo basado en intereses generales. Se puede inducir de esta distinción una formulación de la clasificación más tradicional de la escritura pública como mero instrumento de prueba de las declaraciones de voluntad y de la celebración del acto (*forma ad probationem*), y como requisito o

Por los motivos citados se estima que una escritura pública notarial alemana de compraventa de bien inmueble situado en España no puede servir como título para practicar una inscripción en el Registro de la Propiedad español.

### III. APRECIACIONES CRÍTICAS

No es sencillo ordenar un análisis crítico de la madeja de errores, incongruencias e incoherencias tejidas por la DGRN en esta Resolución, sin correr el riesgo de caer enredado en su propia confusión, por lo que intentaremos introducir paulatinamente los diferentes aspectos susceptibles de crítica:

#### Defectuoso enfoque global como cuestión de «Derecho aplicable»

Como se sugirió en el apartado anterior, la DGRN parte, desde el inicio, de un error de planteamiento general. Desde el ángulo del Derecho internacional privado, la cuestión que se suscita no se refiere simplemente a un problema de «ley aplicable a la forma», vinculado a los arts. 11 del CC o 9 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, como lue-

condiciones de los arts. 144 y 323 de la LEC. En concreto, basta con que el documento público se haya otorgado de conformidad con la forma prevista por la ley de origen y venga acompañado de su legalización (o apostilla) y traducción (art. 323.2). Éstos son los requisitos exigidos para que el documento público extranjero despliegue fuerza probatoria, y en el presente caso para que se estime acreditada la emisión de las declaraciones de voluntad que conforman el contrato de compraventa; siguiendo la terminología de la propia DGRN, para que el documento actúe en su «forma de consentimiento». Evidentemente la prueba de la celebración del negocio no prejuzga su validez o eficacia, que depende de cuestiones de fondo tales como, por ejemplo, las relativas a la capacidad, licitud del objeto, cumplimiento de formas solemnes, tal y como advierte el art. 323.3 de la LEC y, sólo aparentemente, la propia DGRN en el fundamento 1.III.

En segundo lugar, un documento público extranjero puede producir en España efectos ejecutivos, es decir, puede servir como título para iniciar un procedimiento ejecutivo, tal y como reconoce con carácter general el art. 523 de la LEC. Tratándose de un documento notarial alemán en materia civil o mercantil, su eficacia ejecutiva viene determinada por las condiciones establecidas en el art. 57 del Reglamento «Bruselas I», ya citado. Su reconocimiento como título ejecutivo no depende de ninguna cuestión de ley aplicada a la formalización del documento, ni tampoco al fondo. Basta con que se trate, en efecto, de un documento público, que sea ejecutivo conforme a la ley del país en que se otorgó (en nuestro caso Alemania), y que su contenido no sea contrario al orden público. Esta mención excepcional del orden público evidentemente no podría ni por asomo incluir la sugerencia de la DGRN en el sentido de que la intervención del notario español vendría a ser una cuestión de orden público, pues, si así fuera, simplemente se vaciaría de contenido el propio Reglamento, al resultar imposible otorgar eficacia ejecutiva a un documento público extranjero. La reserva tiene que ver, más bien, con un determinado control de actos jurídicos cuyo objeto puede considerarse ilícito en el Estado requerido o incluso con cierto control de la capacidad de las partes que, en la práctica, no ha producido ni un solo supuesto de objeción o negativa a la ejecución en todo el tráfico intracomunitario. Si interesa señalar, por lo que luego se verá, que la interpretación del TJCE deja fuera del concepto de «documento público» con eficacia extraterritorial ejecutiva los documentos en que interviene un notario (particularmente propios del notariado anglosajón) con la única misión de acreditar la veracidad de las firmas o el intercambio de consentimientos (tal vez lo que la DGRN llama «forma de consentimiento»), mientras que viene a exigir una intervención notarial más constitutiva del acto u observadora de las condiciones de legalidad en el sentido del notariado Latino (STJCE de 17 de junio de 1999, Asunto C-269/1997: *Unibank*). Pues bien, sobre la base de esta interpretación se ha descartado la fuerza ejecutiva de documentos intervenidos por algunas autoridades extranjeras que se limitaban a dar fe de la autenticidad de las firmas o a intervenir superficialmente algunos documentos privados, pero a nadie se le ha pasado por la imaginación que una escritura notarial alemana o española no cumplan las condiciones de «documento público» en el sentido fuerte («forma de control» en la incorrecta terminología de la DGRN) exigido por el TJCE, como acredita la normalidad con que tales títulos justifican el inicio de los procedimientos de ejecución en ambos países. En contraste con este régimen, ya llama la atención que, para su eficacia registral, la DGRN no considere una escritura pública alemana como un «documento público» en el sentido del art. 33 del Reglamento Hipotecario, cuando lo es a todas luces a los efectos 517.4 de la LEC. Todo ello sin mencionar la posibilidad de vincular el efecto registral a un supuesto de «ejecución», aunque «impropia», del título extranjero. Podríamos abundar asimismo en la idea de que un documento notarial alemán puede elevarse con toda normalidad en la actualidad a la categoría de «título ejecutivo europeo», directamente ejecutable en España sin procedimiento ni mecanismo de reconocimiento alguno, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 805/2004.

Las normas de Derecho civil que exigen la escritura pública como condición de validez sustancial del negocio jurídico, en este caso la compraventa de inmuebles, vendrían implícitamente a requerir que fuera otorgada por notario español. Al mismo tiempo, la transmisión de la propiedad de un inmueble situado en España en virtud de la compraventa, mediante la forma de tradición simbólica que conlleva el otorgamiento de la escritura (art. 1462.2 CC), sólo se puede predicar de aquellas que se encuentran formalizadas ante notario español conforme a la ley española

condición de validez esencial del negocio jurídico (*forma ad solemnitatem*). Entiende que, cuando la ley española exige una forma notarial como condición de validez del negocio, no cabe admitir una equivalencia de formas, y tiene que ser otorgada la escritura por una autoridad española, entre otras razones porque no es cabal pedirle a la autoridad extranjera que aplique un Derecho extranjero, en este caso el español. En otros términos, debe ser un notario español quien aplique el Derecho español a la forma y verifique sus condiciones de legalidad. La DGRN aplica este principio a la compraventa de inmuebles situados en España, pero no a los poderes de representación.

3.º Sobre estas base, la DGRN enuncia la necesidad de un riguroso doble examen o control, que parte de considerar la escritura pública como una garantía de seguridad jurídica, particularmente en torno a la titularidad dominical (2.I), que obliga prácticamente a asimilar el examen notarial al control registral (2.VI), y lleva a la constatación de que la actuación del notario extranjero no pueda ser equivalente en cautelas y garantías a la de un notario español (2.II-2.V).

4.º Como corolario de lo dicho, las normas de Derecho civil que exigen la escritura pública como condición de validez sustancial del negocio jurídico, en este caso la compraventa de inmuebles, vendrían implícitamente a requerir que fuera otorgada por notario español. Al mismo tiempo, la transmisión de la propiedad de un inmueble situado en España en virtud de la compraventa, mediante la forma de tradición simbólica que conlleva el otorgamiento de la escritura (art. 1462.2 CC), sólo se puede predicar de aquellas que se encuentran formalizadas ante notario español conforme a la ley española (3.I-3.IV).

go se detallará. Este problema se refiere al régimen de los actos, contratos y testamentos y, en concreto, a las condiciones de forma que deben cumplirse para garantizar la propia validez del acto o la prueba de las declaraciones de voluntad emitidas. La cuestión que se dilucida aquí no es ésta, sino que tiene que ver con una cuestión del reconocimiento de la eficacia extraterritorial de un documento público extranjero, tal y como veía con mucha más claridad la propia DGRN en su Resolución de 11 de junio de 1999 (fundamento 4.º). Los efectos del documento público extranjero pueden cifrarse en tres cuestiones de reconocimiento diferentes según se dilucide su eficacia probatoria en juicio (art. 323 de la LEC), sus efectos ejecutivos (para el documento controvertido: art. 57 del Reglamento CE núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), o su eficacia registral (aptitud como título para practicar una inscripción registral, regulada, para el Registro de la Propiedad, en los arts. 4 de la Ley Hipotecaria y 36 a 38 del Reglamento Hipotecario). El reconocimiento de la eficacia registral es lo que está en juego en el supuesto que analizamos.

Puede resultar muy ilustrativo, con carácter preliminar, comparar el resultado del documento público en cuestión y el reconocimiento de sus diferentes efectos a la luz de la diversidad de regímenes señalados.

En primer lugar, la escritura pública controvertida podría perfectamente haber producido efectos probatorios. Para que un documento público extranjero produzca efectos probatorios en juicio debe cumplir las

Por lo que se refiere a los efectos registrales, la ausencia de un régimen específico de reconocimiento ha llevado a la interpretación o inducción de un régimen en cierto modo intermedio entre el efecto probatorio y el ejecutivo. Por una parte, se admite que el documento público extranjero debe cumplir las condiciones mínimas exigidas en el art. 323 de la LEC para que despliegue fuerza probatoria, si bien algunas disposiciones atenúan notablemente el juego de condiciones como la traducción o la legalización (*ad ex.*, arts. 86 y 89 del Reglamento del Registro Civil y art. 37 del Reglamento Hipotecario), e incluso la acreditación de la forma prevista en el país de otorgamiento (art. 36.II Reglamento Hipotecario). Evidentemente, debido a la propia función de la inscripción registral, tanto en el Registro Civil como en el Registro de la Propiedad, y a la luz de lo dispuesto en este último caso en los arts. 36 a 38 del Reglamento Hipotecario, se añaden ciertas condiciones relativas al control de la capacidad y representación de las partes, e incluso un cierto control de legalidad del acto (matrimonio, compraventa, constitución de usufructo...) conforme a la ley rectora del fondo. En suma, se trataría de aplicar el mismo control registral sobre la legalidad, con la salvedad de que, tratándose de situaciones de tráfico externo, deben tenerse presentes las normas de conflicto que pueden conducir a una ley extranjera a la hora de valorar la validez de una compraventa, la capacidad de una de las partes, el régimen económico del matrimonio que adquiere una vivienda, la eficacia de una disposición testamentaria, etc. Lo que resulta inaudito es negar la posibilidad de que un documento notarial extranjero calificable como «documento público» en el sentido expuesto por el TJCE, sobre la base de un elemental principio de «equivalencia de formas», y que incluya una compraventa sobre un inmueble situado en España, no pueda servir de título para practicar la inscripción por el hecho de ser extranjero. Se trata de una afirmación que no admite un contraste serio con la realidad de la eficacia probatoria y ejecutiva de los documentos públicos extranjeros que, por fortuna, no ha tenido que dilucidar la DGRN, sino nuestros jueces y el TJCE. La doctrina de la DGRN no sólo no tiene base en ninguna disposición legal ni en ninguna opinión doctrinal relativas a nuestro sistema jurídico, sino que constituye una excepción a lo dispuesto en la propia legislación española (en particular, para el caso concreto, en el art. 4 de la Ley Hipotecaria en relación con los arts. 36 a 38 del Reglamento Hipotecario), que se ampara en una interpretación insostenible del sistema español de Derecho internacional privado, como a continuación se detallará.

### Errores e incoherencias en la interpretación de las normas de Derecho internacional privado relativas a la validez formal de los actos

La interpretación de la DGRN acerca de las normas de Derecho internacional privado relativas a la forma —singularmente del art. 11 del CC— no se compadece con ninguno de los planteamientos jurisprudenciales o doctrinales existentes hasta la fecha, ni mucho menos con los mejor fundados en Derecho. A tenor de la interpretación más frecuente, el art. 11.1 del CC regula la validez formal de los actos jurídicos (públicos o privados), entendida *ad probationem*, o, si se quiere, como instrumento capaz de acreditar la declaración de voluntad. Partiendo del principio de *favor negotii* dicho precepto trata de favorecer la validez formal del acto internacional utilizando varios puntos de conexión que actúan de forma alternativa (ley personal del disponente u otorgantes, ley rectora del fondo, ley del lugar de celebración o ley del lugar de situación del inmueble cuando el acto tiene por objeto derechos reales inmobiliarios). Basta con que el acto haya respetado las condiciones de forma prevista en cualquiera de esas leyes para que sea considerado válido. Por su parte, el art. 11.2 se referiría a aquellos supuestos en que la ley rectora del fondo del acto (ley sucesoria, ley rectora del contrato, ley rectora del régimen matrimonial) exigiera como condición sustancial de validez (*ad solemnitatem*) una determinada forma o solemnidad, en cuyo caso debería ser respetada. Los planteamientos más recientes defienden que ambos precep-

tos abordan, en realidad, las condiciones formales que condicionan la validez del negocio (*ad solemnitatem*), con la diferencia que mientras el art. 11.1 regularía el supuesto normal en que tales solemnidades son imperativas desde el punto de vista únicamente interno (orden público interno), el segundo se referiría a solemnidades que tendrían una eficacia extraterritorial o de orden público internacional (*vid.* especialmente el trabajo de M. REQUEJO ISIDRO, *La ley local y la forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998). En el presente caso, el art. 9.6 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales resulta de aplicación, y no admite dudas que se refiere al sometimiento, en cuanto a la forma

mán es equivalente a un documento notarial español en términos generales de la función ejercida por el notario autorizante. Lo que es completamente absurdo es que pueda haber identidad de formas, pues por un principio elemental (*auctor regit actum*) cada notario aplica su propia legislación notarial y la estructura, menciones e identidades de la escritura no van a ser exactas. Que hay una equivalencia de formas entre el documento notarial alemán y el español es algo tan evidente que no necesitaría ulteriores comentarios. Considerarlo un documento público en el sentido del art. 1280 del CC y, por tanto, entender cumplida la condición formal de la ley española como ley de la situación del inmueble, se justifica simplemente en que, a la luz de sus efectos ejecutivos, nadie dudaría

**R**esulta inaudito negar la posibilidad de que un documento notarial extranjero calificable como «documento público» en el sentido expuesto por el TJCE, sobre la base de un elemental principio de «equivalencia de formas», y que incluya una compraventa sobre un inmueble situado en España, no pueda servir de título para practicar la inscripción por el hecho de ser extranjero. Se trata de una afirmación que no admite un contraste serio con la realidad de la eficacia probatoria y ejecutiva de los documentos públicos extranjeros que, por fortuna, no ha tenido que dilucidar la DGRN, sino nuestros jueces y el TJCE

de un contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario, a las normas internacionalmente imperativas del país donde se encuentra el inmueble.

Ahora bien, en este contexto normativo la interpretación de la DGRN no tiene cabida alguna y parte de dos errores notables: en primer lugar, la norma del art. 9.6 del Convenio de Roma no ampara la aplicación de todas las normas simplemente imperativas (no dispositivas) de la ley del país donde radica el inmueble, sino únicamente de las normas de orden público internacional («siempre que según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo»), con la obligación, pues, de una interpretación muy restrictiva. Con todo, es posible que la regla del art. 1280.1 del CC sea considerada como norma de orden público internacional, de forma que la compraventa de un inmueble ubicado en España deba constar necesariamente en documento público a los efectos de esta disposición. Pero si ésta es una norma imperativa internacionalmente en cuanto a la forma, no implica que lo sean todas las normas de la legislación notarial ni que tal documento público tenga que ser otorgado de conformidad con esas normas por un fedatario español. Y aquí radica un segundo error en la interpretación de la DGRN: tanto el art. 11.2 del CC (en este caso para la *lex contractus*) como el art. 9.6 del Convenio de Roma (también el art. 7 del Convenio de Roma para la ley de un tercer Estado estrechamente vinculado) habilitan la obligación de respetar o, impropriamente, aplicar «las condiciones de forma previstas por la ley del lugar del inmueble», pero no establecen que la ley del lugar de situación deba ser aplicable a la forma. Una cosa es respetar la forma prevista por la ley del país donde radica el inmueble (declaración ante testigos, simple escrito, documento público), y otra muy distinta que esa declaración tenga que ser realizada ante testigos españoles, en lengua española o ante un notario español. Las normas de Derecho internacional privado exigen que se respeten las condiciones formales previstas por la ley del país de situación (art. 9.6 Convenio de Roma) o por la ley rectora del acto (art. 11.2 CC), o incluso por la ley de un tercer Estado (art. 7 Convenio de Roma) en un sentido genérico. Si el art. 1280.1 requiere documento público, la condición se cumple cuando se otorga un documento público (aunque sea extranjero) equivalente, pero no idéntico. Es aquí donde incide el principio de «equivalencia de formas», y es evidente que un documento notarial ale-

de que se trata de un documento público extranjero. Es evidente que si es documento público a efectos ejecutivos no deja de serlo a efectos registrales.

Por lo demás, todo el tratamiento que estamos haciendo se aparta en realidad de la cuestión tratada, pues tiene que ver con la determinación de ciertos efectos o, incluso, de la validez del acto, y no de la virtualidad del documento público alemán para ser título de una inscripción registral. En efecto, el documento público notarial alemán es en todo caso un título válido para la inscripción registral como pusimos de relieve en la primera apreciación crítica. Tanto el art. 11.2 como el art. 9.6 se limitan a regular la validez o eficacia de un contrato y no la eficacia registral de un título. Es más, el art. 11.2 —y en esto ni siquiera repara la DGRN cuando lo cita— no contempla la observancia imperativa de la forma prevista por la ley del país de la situación del inmueble, sino de la ley reguladora del contenido del acto o contrato, y siempre como condición de validez sustancial del contrato. En este sentido, el art. 1280 CC ni siquiera es interpretado como una condición de validez del contrato de compraventa, por cuanto un contrato de compraventa de bien inmueble puede producir obligaciones y efectos entre las partes, incluso reales, independientemente de que se formalice en escritura pública. En otros casos, el ordenamiento contempla más específicamente la escritura pública como condición de validez esencial (art. 1327 CC en relación con el 1280.3 CC para las capitulaciones matrimoniales; o el art. 24.1 de la LEC en relación con el art. 1280.5 para el poder para pleitos); pero, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles, la exigencia de escritura pública del art. 1280.1 no prejuzga la validez sustancial del contrato —como acredita de forma reiterada la jurisprudencia—, sino sus efectos probatorios (no reales) frente a terceros (art. 1218 CC), al tiempo que es requerida para conformar el título para la inscripción registral, de la que depende la oponibilidad del dominio adquirido. En consecuencia, la aplicación del art. 1280 CC no justificaría la aplicación del art. 11.2 del CC, sino la regla abierta del 11.1 CC, y sólo podría justificarse sobre la base de una interpretación muy extensa del art. 9.6 del Convenio de Roma, y en todo caso como una condición de eficacia probatoria *erga omnes*, no de validez del contrato.

En el caso analizado es más que probable —y perfectamente lícito— que la compraventa del bien in-

mueble en España se rigiera por la ley alemana, bien porque las partes la hubieran elegido expresamente, bien porque se estime que el hecho de acudir a un notario alemán constata una voluntad tácita de someterse al Derecho alemán (art. 3 del Convenio de Roma). De hecho, la compraventa sólo se regiría por el Derecho español en defecto de dicha elección expresa o tácita (art. 4.3) y aún así mediante una presunción que es posible desvirtuar si, como es el caso, el contrato presenta una manifiesta vinculación con el sistema alemán, a excepción de la situación del inmueble (art. 4.5). Pues bien, en este caso, tanto el art. 9.1 del Convenio de Roma como el art. 11.2 del CC someten la validez formal del contrato a la ley alemana —como ley rectora del contrato y del lugar de celebración— y al respeto de sus condiciones de forma solemnes, que, por cierto, en materia de compraventa de bienes inmuebles exige e la constancia en documento público (§ 311 b BGB), pero como auténtica condición de validez del contrato, en un sentido por tanto diferente de lo dispuesto en el art. 1280 CC español. A diferencia de nuestro régimen común, el Convenio de Roma prevé que esta disposición (art. 9.1) sea desplazada por la *lex rei sitae* (art. 9.6), pero únicamente en aquellos casos en que una norma internacionalmente imperativa de esta ley requiera una determinada «forma», lo que es dudoso que se produzca en este caso si ceñimos el art. 9.6 a las exigencias formales que actúan como condición de validez/nulidad del contrato. Pero, en todo caso, tanto en el art. 11.2 CC como en el art. 9.6 del Convenio de Roma, el respeto al «orden público internacional» se produce cuando se respeta la forma de «documento público» como exigencia imperativa, y no cuando su otorgamiento sigue todas las reglas de formalización notarial de la *lex contractus* (art. 11.2 CC) o de la *lex rei sitae* (art. 9.6 Convenio de Roma). Si se sigue la interpretación de la DGRN es imposible encontrar lógica alguna a esta reglamentación. Si, como principio general (arts. 11.2 CC y 9.1 Convenio de Roma), hay que aplicar la ley del contrato a la forma, y esta ley es la alemana, según el entendimiento de las normas de Derecho internacional privado por parte de la DGRN habría que hacer la escritura pública ante notario alemán. Si, en el caso particular, hay que respetar las normas internacionalmente imperativas de la ley española (art. 9.6 Convenio de Roma) habría que realizarlo ante notario español y nunca ante notario alemán. Sin entrar a juzgar la corrección de esta hipótesis, ¿cómo conjugar ambas reglas con una mínima coherencia? Evidentemente sólo hay una manera, a saber, mediante un criterio de equivalencia de formas. Lo que hay que respetar es la forma de documento público exigida tanto por la ley alemana (para la validez del contrato) como por la ley española (únicamente para sus efectos probatorios frente a terceros), con independencia de que tal documento público se haga ante notario español o alemán.

El error de la DGRN acerca de las normas de Derecho internacional privado sobre forma resulta manifiesto en la siguiente afirmación literal del fundamento 3.I: «el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario queda sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, en consonancia con el artículo 10.1 de nuestro Código Civil, al sujetar la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, a la ley del lugar donde se hallen». La afirmación anticipa otro de los errores básicos de la Resolución, al delimitar muy defectuosamente aspectos reales y contractuales. En efecto, las condiciones de constitución de derechos reales (modo) se rigen por la ley del lugar de situación, independientemente de que se trate de bienes muebles o inmuebles, pero no en virtud del art. 9.6 del Convenio de Roma (texto que excluye el régimen de los derechos reales), sino del art. 10.1 CC. Pero en modo alguno la validez sustancial o formal de los contratos se contempla tampoco en el art. 10.1 CC, sino en el art. 11 del CC o en los arts. 3, 4 y 9 del Convenio de Roma, como ya se expuso. Por tanto, la DGRN argumenta en el error de que la validez formal del contrato se determina conforme a la *lex rei sitae* por tener por objeto un derecho real inmobiliario. Y esto es falso: como hemos indicado, tanto la validez sustancial como formal del contrato se determinan por la *lex contractus* que puede ser perfectamente la ley alemana (arts. 11.2 y 9.1), lo cual no obsta para que deban tenerse en cuenta en el caso particular las normas relativas a la forma de la *lex rei sitae*, en el único caso

de que tengan un alcance como normas de orden público internacional, y siempre aplicadas conforme a un criterio restrictivo que es consustancial al juego de este correctivo excepcional.

Otro aspecto que muestra a las claras la incoherencia de la DGRN al abordar el alcance de las normas del Derecho internacional privado español en materia de forma de los actos es la referida a la eficacia de los documentos públicos que contienen actos de apoderamiento. De forma sorprendente, la DGRN aplica la equivalencia de formas a los documentos notariales extranjeros que incluyen poderes y cita expresamente sus Resoluciones de 11 de junio de 1999 y 21 de abril de 2003 (fundamento 1.IV). Es más, en su fundamento 3.V señala que los contratantes, para resolver su problema, deben otorgar escritura ante notario español y que, a tal efecto, pueden aportar poder otorgado ante notario alemán, que será eficaz en España, como «forma de consentimiento». La distinción entre la escritura de compraventa de inmueble y la escritura de poder a los efectos de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado resulta inexplicable. Nótese que es el mismo artículo del CC (art. 1280) el que, en dos números diferentes (el 1.º y el 5.º), establece la exigencia de documento público para ambos contratos; sin embargo, mientras que se puede mantener que la escritura pública constituye en realidad una condición de validez o eficacia del poder para pleitos, no ocurre así con la compraventa de inmuebles que resulta válida y genera obligaciones recíprocas entre las partes con independencia de su formalización. Está claro que un interés público en la protección de las partes y, en un sentido más amplio, en la seguridad jurídica, está en la base de ambas exigencias, y que en ambos casos la inexistencia de documento público implica cierta ineficacia, aunque únicamente se refiera, en el caso de la compraventa de inmuebles, a su eficacia probatoria frente a terceros o a su capacidad de servir como título para una inscripción registral. Pues bien, a pesar de ello, la DGRN interpreta de forma distinta la equivalencia de formas, permitiendo que el poder se haga ante notario alemán y exigiendo que la compraventa del inmueble se haga ante el notario español. La postura no se sostiene jurídicamente. Y además es absurda. Nótese que, en cuanto al fondo, es muy probable que mientras que la compraventa se rija por la ley alemana (art. 3 del Convenio de Roma) el mandato de representación se rija por la ley española (art. 10.11 CC). Siendo así, el art. 11.2 CC y el art. 9.1 del Convenio de Roma exigen que se respete la forma prevista por la ley española, puesto que es la ley aplicable al fondo del apoderamiento y la ley española exige como condición de validez —por cierto, de orden público internacional o extraterritorial— la existencia de un documento público, al menos para el poder para pleitos. Para cumplir esta exigencia, la DGRN estima que basta un documento público otorgado ante notario alemán. Sobre ese poder, tan esencial que de él depende la declaración de voluntad y toda la validez del negocio, se trata de escriturar una compraventa de un inmueble situado en España regida por el Derecho alemán, acto para el cual el mismo artículo del Código Civil exige un documento público y, sorprendentemente, para él no sirve el documento notarial alemán. Sobran las palabras.

Pero, de hecho, el problema de la eficacia extraterritorial de los documentos notariales que incluyen poderes está en la base de una interpretación favorable a la equivalencia de formas en el art. 11.2 CC y en todo el sistema de Derecho internacional privado. En efecto, si salvamos el absurdo de la diferencia que propone la DGRN, e interpretamos el art. 11.2 en el sentido de la DGRN, un poder para pleitos, aún más que la escritura de compraventa, debe otorgarse ante notario español cuando, por ejemplo, esté destinado a litigar en España. Semejante interpretación, mantenida en algunos precedentes judiciales aislados, y por lo demás nada determinantes (STS de 4 de octubre de 1982), llevaba al absurdo —señalado únicamente por la doctrina— de que era imposible otorgar en el extranjero un poder para litigar en España, contrariando no sólo un principio elemental de *favor negotii*, sino también las exigencias más elementales de economía y eficacia en las relaciones transfronterizas. Por esta razón, cada vez que el or-

denamiento español exige como condición de validez un documento público, basta con que se respete esa «forma», pero no es necesario aplicar la ley española (normativa notarial) a su formalización (STS de 23 de junio de 1977). Ésta es la base del principio de equivalencia de formas: el hecho de que una regla de forma no haya sido observada es en sí mismo indiferente; lo que es esencial es que se respeten los intereses de fondo que dicha exigencia de forma tenía por objeto garantizar (SSTS de 15 de marzo de 1955 y 27 de febrero de 1964). Así se recoge esta doctrina, además de en la STS de 23 de junio de 1977, en las Resoluciones de la DGRN de 21 de abril de 2003 y, especialmente, de 11 de junio de 1999 (fundamentos 4.º a 6.º), que viene a sintetizar con notable acierto la tesis mantenida por la doctrina científica y que se resume en las conclusiones de este informe:

«... Se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento español para ser considerado como público y los exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad.»

Y añade la DGRN en la Resolución citada (fundamento 5.º) las claves de dicha equivalencia: carácter del empleado público extranjero y juicio de legalidad del acto en cuestión (de identidad, de capacidad, etc.), para concluir en la equivalencia, precisamente, entre el documento notarial alemán y el español. Pues bien, en atención a los intereses de fondo y a la imperatividad del requisito, no existe ninguna razón que justifique seriamente un tratamiento diferencial de los documentos notariales extranjeros de apoderamiento para realizar actos en España de los que incluyen una compraventa de inmuebles situados en España, salvo, en todo caso, para establecer un régimen más restrictivo de los primeros (en cuanto se considere que el documento público actúa como condición de validez del poder para pleitos y no de la compraventa de inmuebles).

En consecuencia, la condición de un documento notarial alemán para servir de título para la inscripción de una compraventa de inmueble no deriva del art. 1280 del CC, sino del art. 4 de la Ley Hipotecaria y del art. 36 del Reglamento que lo desarrolla. El art. 1280 es una condición para la eficacia probatoria frente a terceros del contrato, que con bastantes dudas, al no ser condición de validez, cabría considerar exigida imperativamente por la ley española como ley del lugar de situación del inmueble (art. 9.6 del Convenio de Roma), aunque aparezca confundida y conectada con la indisoluble condición del documento público como título registral. Pero es posible, en contrapartida, que existan condiciones adicionales de validez formal exigidas bien por la ley rectora del contrato, o por la ley del país donde está el inmueble a tenor de los apartados 1.º o 6.º del art. 9 del Convenio de Roma, o incluso por la ley de un tercer Estado a la luz del art. 7 del mismo Convenio (*ad ex.*, la incorporación a un registro profesional o mercantil de una de las partes como condición, no de capacidad, sino de validez formal). En tal caso, independientemente de que el título inscribible sea un documento público, español o extranjero, el acto estará amenazado de nulidad, y tal control entrará eventualmente en las competencias de control de legalidad del registrador, que en materia de validez formal, ya sean poderes o compraventas de inmuebles, debe inspirarse en el principio de «equivalencia de formas».

### Confusión entre los principios *auctor regit actum*, *locus regit actum* y *lex fori in foro proprio*

Tal vez el *leitmotiv* principal de toda la Resolución comentada radica en la necesidad de que la escritura pública se haga por notario español, habida cuenta de la necesidad de que sean respetadas las garantías y cautelas impuestas por la ley española, «al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia u sujeción de

ningún otro Estado que no sea el suyo ni serle tampoco exigible el conocimiento ni la aplicación cabal de un ordenamiento jurídico foráneo ajeno a su competencia... carente de formación y autoridad para controlar una legalidad ajena a su competencia y exento de deberes de cooperación con una Administración Pública de la que no forma parte» (fundamento I.V). Y se añade: «El control de legalidad que el Notario ejerce tiene un alcance limitado al ordenamiento aplicable en el Estado al que pertenece, de modo que la presunción de legalidad del documento que autoriza definida por su relativismo, no constituye un común denominador sino un rasgo diferencial frente a cualquier otro documento notarial extranjero...». Esta doctrina registral aparece finalmente resumida en el fundamento I.VII, que constituye una síntesis notable del que es, a nuestro juicio, el error central de todo el planteamiento:

«Por eso, cuando el legislador español regula el valor y los efectos del documento público, refiriéndose al autorizado “por Notario o empleado público competente” (art. 1216 CC), está pensando en un notario o funcionario público español, de igual manera que el art. 117 de nuestra Constitución, cuando enuncia el principio de unidad jurisdiccional y dispone que sólo los Jueces y Magistrados tienen poder para juzgar y ejecutar lo juzgado, está refiriéndose exclusivamente a los Tribunales españoles. Como formula la Resolución de esta Dirección General de 18 de enero de 2005 (Sistema Notarial), “cuando, con carácter general, la ley requiere la intervención notarial debe entenderse referida a la de un notario español, único que con su actuación puede incorporar el juicio de legalidad de nuestro Ordenamiento”.»

El planteamiento de la DGRN no puede ser más errado ni la comparación con el régimen jurisdiccional más desafortunada y, a la vez, expresiva. En efecto, es muy posible que el art. 117 de la Constitución esté pensando en la potestad exclusiva de los jueces «españoles» para juzgar y ejecutar lo juzgado. Tan evidente como que tal hecho no impide que las sentencias judiciales dictadas en el extranjero puedan ser reconocidas y ejecutadas en España y, en particular, puedan servir perfectamente de título para practicar una inscripción en el Registro de la Propiedad. Así, si en el negocio jurídico que resuelve la Resolución se hubiese discutido, ante un juez alemán, la validez o nulidad de la obligación pactada como título suficiente para constituir un usufructo o la propia validez de la compraventa, y los Tribunales alemanes hubiesen resuelto a favor de la validez de dichas obligaciones (nos referimos a una acción personal relativa a la obligación y no a una acción real que justificaría la competencia exclusiva de los Tribunales españoles), la sentencia así dictada podría servir como título para practicar una inscripción en el Registro de la Propiedad sobre la base de las normas de reconocimiento automático contempladas en el Reglamento «Bruselas I»; y en el control de condiciones que tendría que llevar a cabo el Registrador no existe, por cierto, ninguna que tenga que ver con el «Derecho aplicable», pues es intrascendente el Derecho que haya aplicado el juez alemán tanto al fondo de su decisión como a la forma de su sentencia. Pues bien, de idéntica manera, aunque el legislador español pudiera estar pensando en el notario español cuando habla de documentos públicos, ello no impide que los documentos públicos extranjeros, como las sentencias, puedan ser títulos susceptibles de «ejecución registral». Por la misma regla de tres, también cuando se regula en España la ejecución cambiaria de letras de cambio o la ejecución de un documento notarial el legislador procesal está pensando en los instrumentos españoles, y nada impide que las letras de cambio o los documentos públicos extranjeros también produzcan efectos ejecutivos.

Pero, es más: es falso que el legislador español esté pensando en el notario español cuando en el art. 1216 CC define al documento público. El art. 2 de la Ley Hipotecaria declara que se inscribirá en el Registro de la Propiedad el título traslativo o declarativo del dominio de bienes inmuebles, mientras que el art. 4 de la Ley Hipotecaria especifica que «también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes...».

Lo que resulta inaceptable y falto de la mínima fundamentación jurídica es decir que el documento público extranjero carece de fuerza en España porque, al ser extranjero, no es un documento público. Tal afirmación resulta incoherente e incompatible de plano con lo que establece la propia normativa hipotecaria, y la vacía de contenido de forma tan evidente que casi ruboriza tener que decirlo.

Para progresar en el absurdo de la tesis de la DGRN nos detendremos en la justificación final de semejante tesis, contraria al propio tenor de la Ley: la necesidad de que sea un notario español quien controle la legalidad del acto, puesto que no es facti-

otro motivo, la transmisión de la propiedad queda afectada por más que el sistema pueda proteger a terceros de buena fe. Y tales aspectos son fundamentales, resultando que han de determinarse conforme al Derecho alemán.

Evidentemente, no podemos compartir el planteamiento de la DGRN, y creemos que también el notario español podría haber autorizado la compraventa, porque nada impide en nuestro sistema que pueda observar los distintos aspectos del acto conforme a la ley extranjera (*ad ex.*, art. 168.4 del Reglamento del Notariado). Del mismo modo, no es obstáculo alguno que un acto jurídico produzca efectos en España,

**El hecho de que un notario español deba aplicar a la formalización de la escritura del acto la legislación notarial española (regla auctor) no significa que, cuando un acto se encuentra sometido a una condición de forma o de fondo conforme a la ley española, deba ser otorgado ante notario español (regla locus)**

ble que un notario extranjero pueda llevar a cabo dicho control. Esta idea que está expresada a lo largo de la Resolución, como demuestran los extractos del inicio de este apartado, suele resumirse en un gráfico aforismo latino: *lex fori in foro proprio* y se utiliza sobre todo como principio de la competencia judicial internacional en materia de menores, filiación o incapacidad. Evidentemente, en el terreno que nos ocupa, el recurso a dicho principio es pura consecuencia de la confusión entre el debido respeto a la forma prevista por la ley española y la exigencia de que dicha forma tenga que ser obtenida ante un notario español, y, más allá, supone una confusión lamentable con los principios *auctor regit actum* y *locus regit actum*.

Para empezar, conviene señalar el contrasentido de la pretensión de la DGRN en el propio supuesto controvertido. Según la tesis de la DGRN, en realidad el notario español no debería poder otorgar la escritura pública de compraventa, pues, en sentido inverso, carece de la suficiente formación y autoridad para controlar la legalidad conforme al Derecho alemán, ajeno por completo a su competencia. Y decimos esto porque, en el caso concreto, se dan una serie de cuestiones de legalidad esenciales que deben ser observadas invariablemente conforme al Derecho alemán, tanto si la escritura la otorga un notario alemán como si la otorga un notario español. Nos referimos, en primer lugar, a la capacidad de las partes, que debe determinarse según la ley alemana de su nacionalidad según dispone el art. 9.1 CC. Y, en segundo lugar, a todas las condiciones de validez sustancial del contrato de compraventa, que en realidad es el acto o título que incorpora la escritura pública, y que, como ya se vio, puede quedar muy bien regido por el Derecho alemán a tenor del art. 3 del Convenio de Roma. Incluso, cuando los contratos se refieren, por ejemplo, a derechos reales mobiliarios susceptibles de registro, habrá que constatar, a tenor del art. 9.1 de dicho Convenio, si se han respetado las exigencias de validez formal requeridas por la ley alemana como ley rectora del contrato y del lugar de celebración. Si tanto la capacidad de las partes como todo el contenido del contrato y sus condiciones de celebración, así como la propia forma en muchos casos, se rigen por la ley alemana, y aunque, además (art. 9.6 del Convenio de Roma), debiera respetarse la forma de «documento público» exigida imperativamente por la ley española, ¿cuál de ambos notarios estaría mejor situado para controlar la legalidad del acto documentado, a tenor del principio enunciado por la DGRN? Olvida a menudo la DGRN, aunque será objeto de otro apartado, que para que se produzca el efecto legal de la transmisión de la propiedad en virtud de un contrato de compraventa hay una condición previa e insoslayable que es la validez del título, y que si el contrato es nulo por falta de capacidad, representación, ilicitud del objeto, o cualquier

se someta al Derecho español, deba respetar una determinada forma exigida por nuestra ley o afecte a ciudadanos españoles, para que pueda ser documentado ante autoridades extranjeras. Si siguiéramos la tesis de la Dirección General, llegaríamos a consecuencias tan absurdas como que, cuando un español otorga testamento ante un notario alemán, el testamento es ineficaz, o todo lo más ológrafo, por el mero hecho de que la sucesión se rige por la ley española conforme al art. 9.8 del CC. Por fortuna, el buen criterio del Convenio de La Haya de 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias nos salva de este efecto colateral de la doctrina de la DGRN, al menos eso queremos creer.

A nuestro modo de ver, una apreciación tan desenfocada por parte de la DGRN sólo se explica por una confusión entre los principios *auctor regit actum* y *locus regit actum*. El principio *auctor regit actum* tiene que ver, efectivamente, con la sujeción del notario, como autoridad, a las normas que regulan su actividad en el Estado para el que desempeña su función, ya sea en territorio español o en territorio extranjero (art. 11.3 CC). Por tanto, es evidente que cuando interviene un notario español la escritura debe redactarse con el protocolo, condiciones y menciones exigidas por el Derecho notarial español. Ahora bien, este principio no significa que cada vez que el acto esté regido en todo o en parte por el Derecho español, incluso cuando haya que respetar la forma prevista por la ley española, dicho acto deba ser otorgado ante un notario español. Esta defectuosa comprensión del principio *auctor regit actum* vacía de contenido el principio *locus regit actum* que se encuentra representado por los arts. 11.1 y 11.2 del CC (y 9 del Convenio de Roma), y que habilita la realización de un acto en el país de su celebración ante un notario extranjero, siempre que se respete la forma de documento público (equivalencia de formas) que exija de manera imperativa la ley del contrato (art. 11.2; art. 9.1 del Convenio de Roma), o de manera internacionalmente imperativa la ley del lugar de situación del bien (art. 9.6 del Convenio de Roma). En resumidas cuentas, el hecho de que un notario español deba aplicar a la formalización de la escritura del acto la legislación notarial española (*regla auctor*) no significa que, cuando un acto se encuentra sometido a una condición de forma o de fondo conforme a la ley española, deba ser otorgado ante notario español (*regla locus*).

### Confusión entre los aspectos contractuales y reales en la transmisión de bienes inmuebles

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se muestra igualmente confusa y errónea a la hora de abordar la distinción entre el título y el modo y el diverso régimen de los con-

tratos y de los derechos reales desde el ángulo del Derecho internacional privado (fundamentos 3.II a 3.IV). Para empezar, conviene despejar algunos errores de principio: Al pretender justificar que la escritura pública alemana no puede servir de modo de adquisición de un derecho real inmobiliario en el Derecho español, se refiere la DGRN al acierto de la nota de calificación al mencionar el Derecho alemán —sin mayores precisiones—, puesto que tampoco conforme a este Derecho se produce la transmisión de la propiedad en virtud del documento público que incluye la compraventa. Sin embargo, la crítica del recurrente es exacta, pues es irrelevante lo que diga el Derecho alemán al respecto (que, dicho sea de paso, exige, en efecto, un acuerdo de transferencia, la correspondiente cesión y la inscripción registral: §§ 873.1 y 925 BGB). Y es irrelevante por cuanto, sin lugar a dudas, la transmisión de la propiedad del inmueble o el modo de adquisición se rige de forma

ferente a la forma del contrato, aspectos ambos que mezcla y vincula como justificante de su tesis.

En realidad, si el contrato de compraventa de bienes inmuebles es válido entre las partes sin necesidad de documento público, la transmisión de la propiedad *inter partes* se producirá como consecuencia de la puesta del inmueble a disposición del comprador (art. 1462.1 CC). Sólo si el contrato se formaliza en un documento público, el otorgamiento de éste equivale a la *traditio* (art. 1462.2 CC). Pues bien, incluso si se admite que el art. 1280 CC debe ser respetado como norma imperativa de validez del contrato (extremo, en realidad, no reconocido en la jurisprudencia española para la compraventa de inmuebles), no ocurre lo mismo con la exigencia de documento público (no digamos con la necesidad de que intervenga un notario español) como condición de transferencia de la propiedad o «modo» de adquisi-

la ley española en virtud del art. 10.1 del CC, y que sus condiciones de publicidad y oponibilidad frente a terceros se determinen conforme a nuestro Derecho, incluida la perentoria inscripción registral, no lleva aparejada la necesidad de que se la transacción se realice conforme a la ley española, ni siquiera de que se respete la forma del contrato de venta con reserva de dominio eventualmente prevista de forma imperativa por nuestra legislación: las exigencias de forma que se requieren como condición de validez del contrato que habrá que respetar son las que señale la *lex contractus* (art. 11.2 CC y art. 9.1 Convenio de Roma), que puede ser muy diferente a la *lex rei sitae*, en muchos casos por la mera decisión de las partes. Que el papel de la *lex rei sitae* sea distinto cuando el objeto del contrato es un derecho real inmobiliario y dicha ley contiene normas sobre forma de orden público internacional deriva única y exclusivamente de lo dispuesto en el art. 9.6 del Convenio de Roma, en el que subyace sin lugar a dudas una preocupación por los efectos extraterritoriales del contrato, tanto en su dimensión obligacional como real; pero no es una consecuencia derivada de una vinculación o identidad consustancial entre el art. 10.1 del CC y el art. 9.6 del Convenio de Roma; ni menos aún entre el art. 10.1 y el art. 11.2 del CC, donde, por razones sistemáticas, habría que haber buscado más razonablemente dicha vinculación sustancial.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, el art. 10.1 CC no constituye impedimento alguno para que la escritura pública alemana sea un título inscribible en el Registro de la Propiedad. Si las partes no han dispuesto nada al respecto ni se deduce lo contrario del contrato escriturado, se entenderá que la propiedad del bien ha sido transferida al otorgarse la escritura pública, ante notario alemán o español (1462.2 CC aplicable como *lex causae* ex art. 10.1 CC, y no, por tanto, como norma internacionalmente imperativa). Las razones de por qué el documento notarial alemán debe considerarse un documento público a estos efectos son las mismas que hemos expuesto para justificar que cumple la condición en el art. 1280 del CC en materia de forma de contrato, pero a mayor abundamiento, puesto que este último artículo sí podía interpretarse, al menos a ciertos efectos, como norma internacionalmente imperativa.

### Confusión entre derechos reales *inter partes* y *erga omnes*, e incorrecto tratamiento de la función respectiva de la intervención notarial y registral en relación con supuestos transfronterizos

La defectuosa distinción entre título y modo, y el distinto papel del documento público y la intervención notarial en la conformación de uno y otro, no queda aquí. La DGRN muestra una clara falta de criterio a la hora de distinguir entre las cuestiones relativas a la transferencia de la propiedad, o efectos de los derechos reales entre las partes, y el problema de la oponibilidad del derecho real frente a terceros y la cuestión vinculada de la publicidad. De un lado, mezcla, como vimos, el título con el modo, llegando a citar el art. 9.6 del Convenio de Roma como un tributo a la aplicación de la *lex rei sitae* los derechos reales, cuando la transmisión de los derechos reales está excluida del Convenio; de otro, asimila la transmisión del dominio (modo) con la «ergaomnicidad» (oponibilidad). El fundamento 3.I es una síntesis de esta confusión.

En efecto, la oponibilidad o «ergaomnicidad» —terrible término capaz de levantar de la tumba a D. Federico de Castro— no es disponible y, en nuestro sistema, se encuentra sometido a condiciones severas de publicidad que son interna e internacionalmente imperativas cuando se trata de determinar los derechos de los terceros en materia de bienes inmuebles. Es en este punto donde interviene de forma evidente el control de legalidad registral, y donde la aplicación imperativa del Derecho hipotecario español resulta indubitada. Sin embargo, de ello no se puede deducir la indisponibilidad del modo de adquirir la propiedad, que, como hemos visto, es perfectamente

*Es perfectamente posible que un documento público de compraventa de bienes inmuebles deba autorizarse por un notario español aunque no conlleve la transmisión de la propiedad, por hallarse diferida a un momento posterior. No puede el notario oponerse a su otorgamiento y, sin embargo, el documento no es traslativo del dominio. Cosa distinta es que la escritura pública sirva o no de título para practicar una inscripción registral*

indudable por el Derecho español (art. 10.1 del CC), sin que el Derecho alemán interese en modo alguno.

La cuestión se centra, pues, en establecer las condiciones de validez del título o contrato de compraventa conforme a la ley que rige el contrato (que puede ser muy probablemente la ley alemana, como ya hemos visto, a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Roma) y, en segundo término, el modo de transmitir el derecho real conforme a la ley española (art. 10.1 CC). La DGRN, sin embargo, procede a un notable embrollo entre el régimen del título de adquisición (contrato), el modo de adquisición del derecho real y el título para practicar la inscripción registral. Nótese el indescifrable enunciado del fundamento 3.II. Clarificando esta cuestión, conviene distinguir dos aspectos: en primer lugar, la validez del título o contrato de compraventa. Ya hemos señalado en los apartados anteriores que esta cuestión puede depender de circunstancias tanto de fondo como de forma, en la que se aprecian, junto a las cuestiones de capacidad y validez sustancial, la concurrencia de determinadas solemnidades, como —eventualmente— la existencia de documento público. Establecido el cumplimiento de esta cuestión, tal y como hemos argumentado anteriormente, al existir una escritura pública alemana perfectamente asumible como documento público, que despeja cualquier duda tanto a tenor del Derecho contractual alemán como del español, se suscita una segunda cuestión: la transferencia de la propiedad del bien inmueble. Se trata de una cuestión que debe determinarse exclusivamente de conformidad con el Derecho español (art. 10.1 CC), según el cual la transferencia de la propiedad requiere *traditio* o entrega de la cosa. No obstante, una regla especial de *ficta traditio* (art. 1462.2 CC) estima que si el contrato de compraventa se realiza mediante escritura pública (y no en caso contrario) el otorgamiento de escritura pública equivale a la entrega de la cosa y, por tanto, se entiende transferida la propiedad al comprador. Pues bien, no parece que haya ninguna dificultad en estimar, con los mismos argumentos ya señalados en materia de forma del contrato, que también para este efecto se puede aplicar la norma, al existir un documento notarial alemán. Es más, en su confusión, toda la argumentación de la DGRN en torno a la imperatividad de la intervención del notario español se centra más en garantizar o controlar el traspaso de la propiedad y los aspectos reales que en lo re-

rir derechos reales inmobiliarios. El art. 1462.2 CC no puede ser una norma internacionalmente imperativa, porque ni siquiera es una norma imperativa interna ya que el supuesto de tradición que invoca opera únicamente a falta de disposición expresa o tácita de las partes («si de la escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario»). Dicho en otros términos, aun si las partes no pueden prescindir de la forma de documento público para salvar la validez del negocio, pueden disponer libremente del momento de transmisión de la propiedad, difiriéndolo en la propia escritura a un momento posterior al del otorgamiento. Esta mera posibilidad demuestra que independientemente de que el documento público sea o no una forma esencial del título de compraventa de inmuebles (en aplicación de la ley alemana, de la española o de cualquier otra), no es el modo consustancial de transmisión de la propiedad de un inmueble situado en España («el título traslativo del dominio», en palabras de la DGRN en su fundamento 3.VI). Se trata de una mera fijación del momento de la *traditio*, a falta de previsión especial por las partes, cuando el contrato se plasma en un documento público. En suma, es perfectamente posible que un documento público de compraventa de bienes inmuebles deba autorizarse por un notario español aunque no conlleve la transmisión de la propiedad, por hallarse diferida a un momento posterior. No puede el notario, en consecuencia, oponerse a su otorgamiento y, sin embargo, el documento no es traslativo del dominio. Cosa distinta es que la escritura pública sirva o no de título para practicar una inscripción registral, pero no puede olvidarse que el art. 33 RH no contempla el documento público como un título aislado necesariamente, sino, en su caso, «con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite», y que corresponde a la función propiamente registral determinar si del conjunto de títulos presentados y de su contenido deriva la existencia de un acto de transmisión del dominio.

Por otra parte, los planteamientos de la DGRN no resisten una comparación con el régimen de los bienes muebles. También los contratos de compraventa de bienes muebles pueden incorporar derechos reales susceptibles de inscripción registral en España (*ad ex.*, una reserva de dominio). Pues bien, cuando el bien objeto de transacción se encuentra en España, el hecho de que las condiciones de constitución o el modo de adquisición de ese derecho real se rijan por

disponible a la luz del art. 1462.2 del CC. El «modo» de adquirir la propiedad es una cuestión que se refiere a la transmisión del dominio *inter partes*, y que en nuestro sistema se consume con el otorgamiento del documento público, si no se dispone otra cosa. Y este efecto real puede producirse entre las partes independientemente de la «erga omnia» o la «publicidad registral». El art. 1218 del CC estipula el efecto probatorio frente a terceros del documento público, por lo que se refiere a su otorgamiento, fecha e incluso declaraciones (prueba el contrato), pero no la eficacia real frente a terceros, que depende directamente de la inscripción registral. Por tanto, la «tercivalencia» —vocablo asimismo chirriante— de la escritura pública de compraventa de inmuebles, tal y como es comprendida por la DGRN (fundamento 2.IV), resulta pura y llanamente inadmisibles, pues de la eficacia probatoria del documento público frente a terceros no puede inferirse su eficacia real, lo cual supondría sencillamente anular la misma necesidad de la inscripción registral y vaciar de contenido todo el Derecho hipotecario español.

En contrapartida, esta distinción de los efectos reales entre las partes y frente a terceros está tan clara en el Derecho internacional privado como lo está en el Derecho civil —aunque no en la Resolución comentada—. De hecho, cuando se trata de bienes muebles que cambian de situación, el Derecho aplicable a la transmisión de los derechos reales entre las partes se dilucida al momento de contratar (o, en su caso, de otorgar escritura pública), mientras que su oponibilidad frente a terceros puede regirse por la ley de un país distinto al que el bien haya sido trasladado posteriormente y allí adquirido por un tercero o embargado.

A nuestro juicio, esta confusión entre aspectos de Derecho civil y de Derecho civil internacional está en la base de esta desafortunada Resolución que, en el fondo, introduce un factor altamente distorsionante en el distinto juego de la función notarial y registral en el ámbito de las situaciones transfronterizas. En efecto, las exigencias en la contratación de bienes inmuebles pueden justificar una observación de aspectos muy variados, tanto personales y contractuales como, incluso, reales. A este respecto es factible que la forma de documento público sea requerida, e incluso anticipe una exigencia imperativa de la *lex rei sitae* para que el acto pueda desplegar todos sus efectos reales. Pero una intervención básicamente equivalente de un fedatario público extranjero se considera suficiente. El control de mercado inmobiliario y la seguridad jurídica a la que hace referencia la Resolución se garantizan en nuestro sistema con un control registral de acceso que es inevitable, al resultar tales condiciones de publicidad perentorias para la oponibilidad del derecho real. Cuando los efectos, tanto personales como reales, se despliegan en el ámbito exclusivo de los contratantes, carece de sentido anticipar el control registral a la intervención notarial, vaciando al primero de sentido y perjudicando de forma gravísima el desarrollo de los intercambios internacionales y, a la postre, la propia seguridad del tráfico que se pretendía defender.

Todo el planteamiento de los fundamentos 2.I a 2.VI se construye sobre unas bases erróneas en cuanto a las distinciones que hemos señalado. Tiene que reconocer la DGRN que la información del notario acerca de la situación registral no es perentoria y puede ser dispensada por los otorgantes. Al otorgarse la escritura ante un notario alemán, la DGRN estima que no existe la posibilidad de recabar esa información (un derecho «inexistente» y no un derecho «renunciabile»). Pero, evidentemente, se trata de un simple sofisma: al recurrir a un notario extranjero cabe interpretar que las partes renuncian implícitamente a recabar esa información, por otra parte asequible mediante otras vías. Pero, sobre todo, la fundamentación del apartado 2.º de la Resolución obedece a la confusión que hemos señalado entre cuestiones contractuales, efectos reales *inter partes* y efectos reales frente a terceros, que desvirtúa de tal forma el juego entre la función notarial y registral en el ámbito interno que, traducido al plano internacional, es fuente clara de consecuencias e interpretaciones jurídicas inaceptables.

Es fácil ilustrar nuestras afirmaciones desde la propia lógica registral civil internacional, porque existe un acusado paralelismo entre el interés público y la seguridad jurídica en el mercado inmobiliario y el interés público en materia de estado civil, en que no sólo se protegen intereses privados, sino también intereses públicos vinculados a la inmigración y a la evicción incluso de conductas perseguidas penalmente como la bigamia o la poligamia. Pues bien, ese interés público hace, por ejemplo, que el matrimonio sea en nuestro sistema un acto formal, en que el Juez Encargado del Registro Civil instruye un expediente muy exigente para controlar la capacidad nupcial e incluso el consentimiento matrimonial, persiguiendo la práctica de los matrimonios de conveniencia hasta rozar los derechos constitucionales. Pues bien, esa intervención de la autoridad vendría a ser una «forma de control» en la comprensión de la DGRN, aún de mayor alcance que en el tráfico inmobiliario. Sin embargo, a nadie se le ocurre impedir (equivalencia de formas) que el matrimonio, aún inscribible en España, se celebre ante una autoridad re-

del consumo. La necesidad de que las operaciones relativas a bienes inmuebles en España se formalicen ante un notario español impone objetivamente unos costes o una limitación que restringe o dificulta tales operaciones, al obligar a las partes a desplazarse a España o ante una autoridad española. La STJCE de 1 de febrero de 1996 (Asunto C-177/1994: *Perfili*) deja clara la posibilidad de que una determinada exigencia de forma, en concreto en relación con un documento público, pueda resultar contraria al Derecho comunitario (fundamentos 17 y 18), al igual que cualquier otra disposición de Derecho civil que pueda restringir las transacciones entre dos Estados miembros. Esta traba en el tráfico intracomunitario, aunque no sea inicialmente discriminatoria —pues obliga por igual, al menos formalmente, a españoles y extranjeros—, se funde en un interés general digno de protección (la seguridad del tráfico) y se estime adecuada al fin que persigue, puede considerarse contraria al Derecho comunitario si se considera desproporcionada. En materia de «formas» o «autorizaciones», uno de los criterios básicos que utiliza el

*Esta confusión entre aspectos de Derecho civil y de Derecho civil internacional está en la base de esta desafortunada Resolución que introduce un factor altamente distorsionante en el distinto juego de la función notarial y registral en el ámbito de las situaciones transfronterizas. En efecto, las exigencias en la contratación de bienes inmuebles pueden justificar una observación de aspectos muy variados, tanto personales y contractuales como, incluso, reales*

ligiosa o extranjera, incluso si el control que ejerce no es ni mucho menos equivalente al español, en razón del tipo de autoridad interviniente. El control de legalidad ulterior en sede registral permite tal «equivalencia de formas» que facilita las relaciones internacionales. Otro ejemplo aún más claro viene dado en materia de divorcio. El interés público es aquí tan evidente que los notarios no tienen competencias para intervenir en la disolución del matrimonio, al reservarse en nuestro sistema al juez mediante sentencia (art. 89 CC). Pues bien, en España se admiten con normalidad los divorcios notariales conocidos en sistemas jurídicos como el cubano, sobre la base de la «equivalencia de autoridades» (obsérvese entre notario cubano y juez español), por el hecho de que el notario cubano no es un mero receptor de voluntades, sino que interviene realizando un contraste de la viabilidad del acto que le permite «judicializar» el divorcio en caso de duda o de eventual perjuicio para los menores involucrados (AATS de 4 febrero 1997, 12 mayo y 7 julio 1998, 15 junio, 5 octubre, 23 noviembre 1999, 15 febrero y 14 marzo 2000, etc.). La comparación entre el juego de la equivalencia de formas en el ámbito de los títulos que acceden al Registro Civil y la propia de los actos que sirven para practicar inscripciones en el Registro de la Propiedad repugna y rechaza de forma palpable los fundamentos últimos de la Resolución comentada.

#### **Contradicción adicional con las exigencias impuestas por el Derecho comunitario**

No debe despreciarse, finalmente, la repercusión que la Resolución puede tener desde el punto de vista del Derecho comunitario y, singularmente, como una interpretación de nuestro sistema jurídico potencialmente contraria a la libre circulación de servicios y de capitales. La adquisición de bienes inmuebles en nuestro país puede englobarse con frecuencia en el ámbito de la libre circulación de capitales (arts. 56 a 60 TCE) o en la libre prestación de servicios (arts. 43-55 TCE), en este último caso tanto si el móvil de la adquisición aparece vinculado a una actividad profesional o económica como si obedece a razones de ocio y turismo. Todo ello con independencia de la eventual incidencia de las normas sobre protección

TJCE para medir la desproporción es que la exigencia del Derecho nacional no provoque una «duplicidad» respecto a las formas o condiciones cumplidas en el otro Estado miembro (por ejemplo, SSTJCE de 18 enero 1979, Asuntos 110 y 111/78: *Van Wesemael*; de 1 de diciembre de 1998, Asunto C-410/2006: *Ambry*; de 7 de octubre de 2004, Asunto C-189/2003: *Comisión/Paises Bajos*). Si se admite la «equivalencia de formas» entre el documento público notarial alemán y el documento público notarial «español» —y no olvidemos que en el marco del Reglamento «Bruselas I» tal equivalencia es notoria para el TJCE— la exigencia de volver a escriturar la compraventa ante un notario español puede muy bien ser considerada como una duplicidad innecesaria en atención a los fines perseguidos, y en la demostración de esta desproporción aportaríamos gustosos todos los argumentos que hemos ido desgranado a lo largo de este informe.

Si se piensa que la liberalización en materia de libre circulación de capitales es mundial, esta reflexión se entronca con la desaparición de la exigencia de intervención de notario español tras el RD 664/1999, de 23 de abril, que regula las inversiones extranjeras en España y exime de tal requisito a las adquisiciones de inmuebles por no residentes.

La Resolución, pues, mantiene una doctrina no sólo contraria al Derecho internacional privado español, sino potencialmente contraria a las libertades comunitarias.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

La doctrina de la Resolución de la DGRN, al exigir que la escritura pública de compraventa de un bien inmueble situada en España sea otorgada ante notario español como condición para que sirva de título para practicar una inscripción en el Registro de la Propiedad Español, no se compadece con una interpretación cabal de las normas del Derecho internacional privado español en materia de forma de los contratos, obligaciones contractuales y derechos rea-

les. Se basa en una comprensión defectuosa y confusa del Derecho civil y del Derecho civil internacional acerca del régimen de la validez formal de los contratos, el tratamiento de la transferencia de la propiedad inmobiliaria y la eficacia real frente a terceros. Incurrir en errores fundamentales sobre cuestiones de ley aplicable y vincula erróneamente la intervención de la autoridad a cuestiones de Derecho aplicable. Aboca a un resultado incongruente con los principios del Derecho registral civil y potencialmente contrario al Derecho comunitario, alterando de forma incomprensible el distinto papel del notario y del registrador en el tráfico inmobiliario, de efectos muy perniciosos para la seguridad y fluidez del tráfico internacional, amén de resultar abiertamente contrario a los arts. 2 y 4 de la Ley Hipotecaria y a los arts. 36 a 38 del Reglamento Hipotecario.

Frente a la tesis mantenida, el respeto a las normas y principios conculcados exige interpretar:

1.º Cuando en aplicación del art. 9 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a

las obligaciones contractuales o del art. 11.2 CC la *lex contractus* o la *lex rei sitae* exigen la forma de «documento público» como condición de validez o eficacia de un contrato o negocio jurídico, dicha forma debe ser respetada.

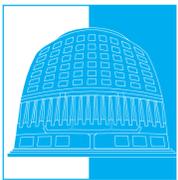
2.º Dicha forma se entiende respetada y la exigencia legal cumplida si la escritura se otorga ante notario extranjero, siempre que no se limite a la mera comprobación de firmas o identidades, y observe la regularidad del acto y la capacidad de las partes de forma que esté habilitado para desautorizar la escritura, tal y como acontece con la intervención notarial en Alemania y, en general, de los países que siguen la tradición del Notariado latino (principio de equivalencia de formas). Por descontado no es necesario que la escritura se haya redactado conforme a la legislación notarial española, al actuar el principio *auctor regit actum*.

3.º Dicha actividad implica en una buena parte de los supuestos internacionales la necesidad de tener en cuenta la aplicación de leyes diferentes, nacionales y

extranjeras, relativas a las cuestiones diversas, tanto de capacidad, como de forma y de validez sustancial.

4.º La transferencia de la propiedad de un bien inmueble situado en España se rige exclusivamente por la ley española (art. 10.1 CC), lo que implica fijar el momento de la transferencia *inter partes* en el momento de otorgarse la escritura pública, a menos que se haya dispuesto de otra forma por las partes (art. 1462 CC). Se entiende por escritura pública tanto el documento público o notarial español como el extranjero, en el sentido del apartado 2.º (equivalencia de formas).

5.º Corresponde al Registrador de la Propiedad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 36 a 38 del Reglamento Hipotecario (y teniendo en cuenta las condiciones señaladas en el art. 323 de la LEC), valorar si el documento público extranjero cumple las condiciones de legalidad requeridas para ser inscrito. La necesidad, condiciones y efectos de la inscripción —o de su ausencia— en el Registro de la Propiedad se determinan conforme a la Ley española (art. 10.1 del CC).



## Tribunal Constitucional

# ANULACIÓN DEL AUTO QUE CONFIRMA, SIN ENTRAR EN EL FONDO DEL ASUNTO, LA RETENCIÓN DEL LIBRO SOLICITADO POR UN RECLUSO CONDENADO POR DELITOS DE TERRORISMO

188—TC Sala Primera S 16 Ene. 2006.—Ponente: Aragón Reyes, Manuel.

**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—Derecho a obtener una resolución motivada.—Supuesto concreto de vulneración.—Retención del libro solicitado por un interno condenado por delitos de terrorismo.—Auto que confirma la medida adoptada por la Administración penitenciaria sin entrar en el fondo del asunto.**

El canon de constitucionalidad a aplicar en cuanto al alcance de la potestad de control sobre la motivación de las resoluciones judiciales es un canon reforzado cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho fundamental, máxime si en la vía judicial previa se denuncia la vulneración del derecho a recibir libremente información, con las limitaciones inherentes a la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos. Así, en el caso —condenado por delitos de terrorismo a quien se retiene el libro «Informe sobre la tortura en el Estado Español»—, la

apreciación de la pérdida de objeto del procedimiento descansa en un presupuesto inaceptable desde el punto de vista constitucional: la exigibilidad de que el interno hubiera impugnado expresamente la resolución de la Junta de Tratamiento que confirmaba la retirada del texto. No es razonable que el interno —que en ese momento carecía de asistencia letrada— considere dicho acuerdo como una resolución autónoma que debía impugnar expresamente, aun cuando viniese a confirmar por distinto fundamento la medida acordada cinco meses antes por el director del centro, y que era objeto del procedimiento de queja en el que ya había obtenido una resolución favorable a su pretensión. Ello comporta la nulidad del auto y la retroacción de actuaciones para que la Audiencia entre a resolver sobre el fondo del asunto.

**Normas aplicadas:** arts. 20.1 d) y 24.1 CE; art. 128.2 RD 190/1996 de 9 Feb. (Regl. penitenciario) (LA LEY-LEG. 664/1996).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3274-2001, promovido por don José Ignacio U. Z., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa García Aparicio y asistido por la Abogada doña Carmen Galdeano Prieto, contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de abril de 2001, dictado en el recurso de apelación n.º 3/01 (LA LEY JURIS. 765386/2001). Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

(...)

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de abril de 2001 (recurso

de apelación n.º 3/2001) (LA LEY JURIS. 765386/2001), por el que se revoca el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de El Puerto de Santa María (Cádiz) de 18 de diciembre de 2000 que, confirmando en reforma el Auto de 31 de julio de 2000 (expediente de queja n.º 486/2000), había ordenado la entrega al interno del libro «Informe sobre la tortura en el Estado Español: 1996/1997/1998», retenido por el centro penitenciario. El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, mientras que el Abogado del Estado solicita la inadmisión del recurso de amparo y, en su defecto, la desestimación del mismo.

En la demanda de amparo, formulada por la vía del art. 44 LOTC, se denuncia, en primer lugar, la vulneración por el Auto impugnado del derecho fundamental a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE], por cuanto la Audiencia Provincial, revocando el pronunciamiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, decreta haber lugar a la inmotivada retención del libro con fundamento en que el recurrente no recurrió la resolución de la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, emitida en las circunstancias expuestas en los antecedentes de la presente Sentencia. En segundo lugar se alega que esta fundamentación del Auto impugnado vulnera el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Se invoca asimismo la lesión del derecho de la persona privada de libertad a gozar de sus derechos fundamentales, a excepción de los que se vean limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sen-

tido de la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2 CE), pero sin ofrecer argumentación alguna que sustente esta alegación. Ello impide que este Tribunal se pronuncie al respecto [por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero (LA LEY JURIS. 1393/1998), FJ 3; 32/1999, de 8 de marzo (LA LEY JURIS. 2950/1999), FJ 5; 91/2000, de 30 de marzo (LA LEY JURIS. 96295/2000), FJ 9 y 143/2003, de 14 de julio (LA LEY JURIS. 12952/2003), FJ 2], sin perjuicio de recordar que el art. 25.2 CE no configura derechos subjetivos protegibles a través del recurso de amparo, sino mandatos de orientación dirigidos a los poderes públicos que, en el caso de la Administración penitenciaria y los órganos judiciales, pueden condicionar la interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria, pero que por sí mismos no pueden sustentar demandas de amparo constitucional [entre otras muchas, SSTC 150/1991, de 4 julio (LA LEY JURIS. 1759-TC/1991), FJ 4; 55/1996, de 28 de marzo (LA LEY JURIS. 4318/1996), FJ 4; 234/1997, de 18 de diciembre (LA LEY JURIS. 385/1998), FJ 7; y 88/1998, de 21 de abril (LA LEY JURIS. 4494/1998), FJ 3].

2. Como cuestión previa al análisis de las quejas del recurrente procede analizar el óbice procesal planteado por el Abogado del Estado, que considera incumplido el art. 49.1 LOTC, que obliga al demandante de amparo a fijar con claridad y precisión lo que pide, dado que en el suplico de la demanda de amparo el recurrente se limita a solicitar de este Tribunal una Sentencia ajustada a Derecho, sin concretar las situaciones cuya preservación o restablecimiento se pretende.

La exigencia del art. 49.1 LOTC, cuya racionalidad es patente, implica, sobre todo, la necesidad de determinar con precisión cuál es el acto del poder que se considera lesivo, y cuáles las vulneraciones constitucionales que se han producido por el acto o resolución que se impugna [ATC 25/1980, de 30 de septiembre (LA LEY JURIS. 943129/1980), FJ 1], de modo que, desde nuestra más temprana jurisprudencia, hemos mantenido que se trata de un requisito subsanable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.2 LOTC, que no concurre cuando se puede determinar lo que de nosotros se pide así como la causa de la petición, es decir, cuando se pueden situar con claridad los elementos fácticos y los datos normativos de la queja de amparo [SSTC 52/1982, de 22 de julio (LA LEY JURIS. 13909-JF/0000), FJ 1; 79/1982, de 20 de diciembre (LA LEY JURIS. 7450-JF/0000), FJ 1; 60/1988, de 8 de abril (LA LEY JURIS. 103343-NS/0000), FJ 1; 64/1991, de 22 de marzo (LA LEY JURIS. 1685-TC/1991), FJ 2 a)]. Otra conclusión implicaría pervertir la función de la norma como garantía, para convertirse en un puro formalismo [SSTC 19/1994, de 27 de enero (LA LEY JURIS. 2551-TC/1994), FJ 1 y 27/2001, de 29 de enero (LA LEY JURIS. 3124/2001), FJ 2].

Pues bien, la aplicación de esta doctrina al presente caso conduce al rechazo de la causa de inadmisión alegada por el Abogado del Estado, puesto que de la lectura íntegra de la demanda de amparo —y no sólo del suplico de la misma— se desprende con absoluta claridad cuáles son los hechos que la fundamentan y los preceptos constitucionales que se estiman infringidos, pudiendo asimismo inferirse de su argumentación el amparo cuyo otorgamiento se solicita, conforme a lo exigido en el art. 49 LOTC. Por lo demás, conviene recordar que este Tribunal no está vinculado por las peticiones de las partes a la hora de determinar el alcance y efectos de su fallo y que goza de una amplia libertad en la precisión del mismo de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 LOTC. En ese sentido, tenemos declarado que el art. 55 LOTC le faculta para realizar algún o algunos de los pronunciamientos que contempla, confiando a la Sentencia en la que otorgue el amparo demandado una flexibilidad que resulta especialmente intensa en lo que se refiere a la determinación del instrumento adecuado para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho [SSTC 99/1983, de 16 de noviembre (LA LEY JURIS. 218-TC/1984), FJ 5; 186/2001, de 17 de septiembre (LA LEY JURIS. 8594/2001), FJ 9]. Siendo así, resultaría extremadamente rigorista, y contrario a nuestra doctrina tendente a la evitación de formalismos enervantes en la interpretación de los requisitos procesales para acceder al amparo, la inadmisión de un recurso de amparo porque el recurrente no haya precisado cuáles son las medidas que este Tribunal ha de adoptar para el reconocimiento y restablecimiento de la integridad del derecho fundamental cuya vulneración se denuncia, en caso de que el amparo sea otorgado.

Sin perjuicio de lo anterior debemos precisar igualmente que, aun cuando materialmente la invocada lesión del derecho fundamental a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE] sería imputable de forma inmediata a la Administración Penitenciaria, que fue la que acordó la medida de retención del libro en cuestión (lo que nos situaría en el marco del art. 43 LOTC), en tanto que a la Audiencia Provincial cabría imputar, en su caso, la vulneración indirecta del referido derecho —en la medida que confirmó la medida administrativa de retención, revocando la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que había estimado la queja del recurrente, ordenando al centro penitenciario que le fuera entregado el libro—, amén de la también invocada lesión del art. 24.1 CE (ésta sí predicable por definición del órgano judicial, conforme al art. 44 LOTC), lo cierto es que en la demanda de amparo se ejercita la acción del art. 44 LOTC y se dirige, en efecto, exclusivamente contra el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de abril de 2001 dictado en el recurso de apelación n.º 3/2001. En consecuencia, el examen de las quejas del recurrente ha de situarse en el contexto procesal del art. 44 LOTC.

3. Despejada esta cuestión, y teniendo en cuenta los motivos de amparo esgrimidos, procede comenzar por el escrutinio de las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en atención a los criterios expuestos por nuestra doctrina que otorgan prioridad en el exa-

men de las quejas de las que pudiera derivarse la retroacción de las actuaciones [SSTC 307/1993, de 25 de octubre (LA LEY JURIS. 2394-TC/1993), FJ 1; 151/1997, de 29 de septiembre (LA LEY JURIS. 10209/1997), FJ 2; 56/1998, de 16 de marzo (LA LEY JURIS. 4936/1998), FJ 2; 31/2001, de 12 de febrero (LA LEY JURIS. 1652/2001), FJ 2; 70/2002, de 3 de abril (LA LEY JURIS. 3534/2002), FJ 2; 143/2002, de 17 de junio (LA LEY JURIS. 6507/2002), FJ 2; 229/2003, de 18 de diciembre (LA LEY JURIS. 296/2004), FJ 2 y 100/2004, de 2 de junio (LA LEY JURIS. 1383/2004), FJ 4, entre otras muchas].

En efecto, si bien el Auto impugnado en amparo decreta haber lugar a la retención del libro, revocando el pronunciamiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria —que había acordado la entrega del libro al recurrente, por estimar acreditado que tiene depósito legal y entender que su contenido no entraña menoscabo para la seguridad o buen orden del centro penitenciario ni resulta desaconsejable para el tratamiento individualizado del interno—, la ratio decidendi de la decisión de la Audiencia Provincial no descansa en un examen de fondo de los motivos de la medida de retención de la publicación y la posible afectación del derecho del interno a recibir libremente información, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en la naturaleza de la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE [por todas, SSTC 170/1996, de 29 de octubre (LA LEY JURIS. 10828/1996), FJ 4; 141/1999, de 25 de octubre (LA LEY JURIS. 9592/1999), FJ 4 y 27/2001, de 29 de enero (LA LEY JURIS. 3124/2001), FJ 3], sino en una cuestión formal, cual es la apreciación de que el procedimiento, incoado en virtud de la queja del recurrente contra la decisión de retener el libro, adoptada por el director del centro penitenciario con fecha 19 de mayo de 2000 con fundamento en lo dispuesto en el art. 128.2 RP (razones de seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario), ha perdido su objeto como consecuencia de que el interno no impugnó la resolución de la Junta de Tratamiento de 16 de octubre de 2000, que fundamenta la retención del libro en el art. 128.1 RP (razones de tratamiento) y que quedó así firme y consentida. En suma, al apreciar la pérdida sobrevenida de objeto procesal, alegada por el Fiscal en su recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la Audiencia Provincial estima dicho recurso, revocando el Auto recurrido y confirmando la medida de retención del libro, sin entrar a analizar y ponderar, en consecuencia, si esa medida restrictiva podía considerarse justificada en atención a las razones esgrimidas por la Administración Penitenciaria.

Por tanto, en caso de que llegáramos a la conclusión de que la apreciación de pérdida de objeto procesal que constituye la ratio decidendi del Auto impugnado en amparo constituye una respuesta judicial plenamente respetuosa con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, la consecuencia sería la denegación del amparo solicitado. En el caso contrario, el otorgamiento del amparo conduciría a declarar la nulidad del Auto impugnado, con retroacción de actuaciones para que la Audiencia Provincial para que resolviese sobre el fondo de la cuestión planteada, salvaguardando así la naturaleza subsidiaria del proceso constitucional de amparo.

4. En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial jurídicamente motivada, este Tribunal tiene señalado que «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos» [SSTC 112/1996, de 24 de junio (LA LEY JURIS. 7781/1996), FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo (LA LEY JURIS. 8475/2000), FJ 6 y 196/2003, de 1 de diciembre (LA LEY JURIS. 10902/2004), FJ 6, entre otras muchas]. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión [SSTC 58/1997, de 18 de marzo (LA LEY JURIS. 4697/1997), FJ 2; 25/2000, de 31 de enero (LA LEY JURIS. 4148/2000), FJ 2]; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto «no

incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva» [SSTC 256/2000, de 30 de octubre (LA LEY JURIS. 11795/2000), FJ 2; y 82/2001, de 26 de marzo (LA LEY JURIS. 3739/2001), FJ 2, por todas]. Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia [SSTC 147/1999, de 4 de agosto (LA LEY JURIS. 11790/1999), FJ 3; 25/2000, de 31 de enero (LA LEY JURIS. 4148/2000), FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo (LA LEY JURIS. 8475/2000), FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo (LA LEY JURIS. 3739/2001), FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre (LA LEY JURIS. 8782/2001), FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo (LA LEY JURIS. 1687/2003), FJ 6 y 100/2004, de 2 de junio (LA LEY JURIS. 1383/2004), FJ 5, entre otras muchas].

Asimismo hemos declarado reiteradamente que la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en virtud del art. 117.1 y 3 CE [SSTC 24/1990, de 15 de febrero (LA LEY JURIS. 828924/1990), FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero (LA LEY JURIS. 3592/2002), FJ 3; y 119/2003, de 16 de junio (LA LEY JURIS. 12666/2003), FJ 3, por todas] y constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores y de mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan [por todas, SSTC 209/1993, de 28 de junio (LA LEY JURIS. 2365-TC/1993), FJ 1; 35/2002, de 11 de febrero (LA LEY JURIS. 3592/2002), FJ 3].

En cuanto al alcance y los límites de la potestad de control de este Tribunal sobre la motivación de las resoluciones judiciales, hemos precisado también que el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental, como sucede en este caso, en el que en la vía judicial previa se denunciaba la vulneración del derecho a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE], con las limitaciones inherentes a la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos, en el marco normativo derivado del art. 25.2 CE [por todas, SSTC 170/1996 (LA LEY JURIS. 10828/1996), FJ 4; 141/1999 (LA LEY JURIS. 9592/1999), FJ 4 y 27/2001 (LA LEY JURIS. 3124/2001), FJ 3].

Así pues, la decisión judicial que aquí se recurre ha de estar especialmente cualificada en función del derecho material sobre el que recae, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sustentaba la pretensión ante el órgano judicial [SSTC 10/2001, de 29 de enero (LA LEY JURIS. 3061/2001), FJ 5; 84/2001, de 26 de marzo (LA LEY JURIS. 8261/2001), FJ 3; 203/2002, de 28 de octubre (LA LEY JURIS. 268/2003), FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre (LA LEY JURIS. 13723/2004), FJ 3 y 196/2005, de 18 de julio (LA LEY JURIS. 13083/2005), FJ 3, por todas].

5. La aplicación de la doctrina expuesta conduce al otorgamiento del amparo solicitado, pues la ratio decidendi del Auto impugnado descansa en un presupuesto, la exigibilidad de que el interno hubiera impugnado expresamente la resolución de la Junta de Tratamiento de 16 de octubre de 2000, que resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional, en

atención a las circunstancias concurrentes en el caso, como seguidamente se expone.

En efecto, como ha quedado indicado en los antecedentes de la presente Sentencia, la referida resolución de la Junta de Tratamiento, que fundamenta la retención del libro en una motivación distinta (razones de tratamiento, con base en el art. 128.1 RP) a la esgrimida por el director del establecimiento penitenciario cinco meses antes para acordar dicha medida (seguridad y buen orden del establecimiento, con base en el art. 128.2 RP), no se emitió con carácter previo a la retención del libro, sino a requerimiento del propio Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el trámite del recurso de reforma interpuesto por el Fiscal contra el Auto de 31 de julio de 2000 que había estimado la queja del recurrente en el expediente n.º 486/2000, incoado contra la decisión de 19 de mayo de 2000 del director de la prisión que acordó la retención, articulándose como una diligencia de prueba realizada en dicho procedimiento a petición del Fiscal y a efectos de resolver el recurso de reforma interpuesto por éste.

Pues bien, a la vista de estas circunstancias ha de afirmarse que no puede reputarse razonable sostener que al interno —que además en ese momento carecía de asistencia letrada— le fuera exigible considerar el referido acuerdo de la Junta de Tratamiento —que por otra parte no indica si cabe recurso contra el mismo— como una resolución autónoma que debía impugnar expresamente, aun cuando viniese a confirmar, bien que por distinto fundamento, la medida de

retención del libro acordada cinco meses antes por el director del centro y que era objeto del procedimiento de queja n.º 486/2000, en el que el interno ya había obtenido una resolución de fondo favorable a su pretensión: el Auto de 31 de julio de 2000. Por otra parte, con independencia de que el acuerdo de la Junta de Tratamiento no fuera objeto de una impugnación autónoma, es lo cierto que, al resolver el recurso de reforma del Fiscal contra dicho Auto, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien compete el control judicial de la actuación de la Administración Penitenciaria, llevó a cabo un análisis de fondo del referido acuerdo, considerando insuficientes las aducidas razones de tratamiento individualizado (art. 128.1 RP) para justificar la legitimidad de la retención del libro, al tiempo que confirmaba su pronunciamiento inicial en cuanto a rechazar las razones de seguridad y buen orden del centro penitenciario (art. 128.2 RP) invocadas originariamente por la Administración penitenciaria para decretar dicha medida restrictiva.

En este contexto, la apreciación de pérdida de objeto del procedimiento que realiza la Audiencia Provincial de Cádiz sobre la base de la firmeza del acuerdo de la Junta de Tratamiento de 16 de octubre de 2000 es una interpretación manifiestamente irrazonable, que prescinde de realizar ponderación alguna del derecho a la información alegado por el interno con los otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes con los que pudiera entrar en conflicto (aducidos por la dirección de la prisión, pero también por el acuerdo de la Junta de Tratamiento, ambos en aplicación de lo

dispuesto en el art. 128.1 y 2 RP, sobre la base de lo previsto en el art. 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) e impide materialmente el control jurisdiccional de la decisión de la Administración penitenciaria, vulnerando, en consecuencia, el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ello comporta la declaración de nulidad del Auto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la Audiencia Provincial dicte nueva resolución en la que entre a resolver sobre el fondo del asunto.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José Ignacio U. Z. y, en su virtud:

- 1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
- 2.º Anular el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de abril de 2001 en el recurso de apelación n.º 3/01.
- 3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que por dicho órgano judicial se dicte la resolución que proceda con respeto al derecho fundamental reconocido.



## Tribunal Supremo

### ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA DE UN MILITAR QUE PUBLICÓ UN MENSAJE SOBRE SUS VICISITUDES EN LAS FUERZAS ARMADAS EN UN FORO DEL EJÉRCITO DEL AIRE

168—TS Sala Quinta, de lo Militar S 20 Dic. 2005.—Ponente: Calderón Cerezo, Ángel.

**FUERZAS ARMADAS.—Régimen disciplinario.—Inclusión de un artículo de opinión, en un fórum de acceso público a través de la Intranet del Ministerio de Defensa, en la que el encartado manifiesta sus vicisitudes y peripecias personales en el Ejército.—Atipicidad de la conducta.**

La cuestión a resolver en el caso consiste en determinar si la inclusión por el encartado, en el «fórum» del Ejército del Aire, vía «Intranet» del M.º Defensa, de un comentario o artículo de opinión en que manifestaba sus vicisitudes y peripecias personales desde que ingresó en el Ejército del Aire, y en particular los negativos efectos que en el ámbito familiar y económico producían los cambios de destino por promoción profesional, es sancionable. Para resolver tal cuestión hay que sopesar las siguientes circunstancias: a) los términos realmente desatentos, para los mandos militares y los Poderes Públicos en general, en que el texto está redactado; b) la condición de suboficial del encartado con 21 años de servicios, que aleja la posibilidad de apreciar en su conducta el error de prohibición invencible; c) la inserción de aquel texto en un espacio abierto puesto a disposición de los

usuarios por las Autoridades del Ejército del Aire, como instrumento para el debate público a base de opiniones variadas sobre temas de interés común; d) la ausencia de normas de obligatoria observancia sobre los contenidos de las aportaciones; e) el defecto de control previo o de verificación posterior de las publicaciones; f) la publicidad propia del medio; g) la aparición en la misma red de otros textos también excesivos en las formas; y h) que los comentarios del encartado permanecieron en la red durante 18 meses después de advertirse por el mando su relevancia disciplinaria. Pues bien, la ponderación de todas estas circunstancias, y sobre todo, la incongruencia que representa brindar al personal militar, y civil también, la posibilidad de participar en el foro o debate sobre temas abiertos, comunes a los usuarios y luego dar lugar al reproche disciplinario, cuando ni siquiera se advierten en el contenido del texto expresiones insultantes o injuriosas dirigidas a la superioridad, conducen a declarar que la conducta descrita carece de relevancia disciplinaria.

**Normas aplicadas:** art. 25.1 CE; art. 20.1 a) LOSSP 1995 (LA LEY-LEG. 3829/1995); art. 7.34 LO 8/1998 de 2 Dic. (régimen disciplinario de las fuerzas armadas) (LA LEY-LEG. 4326/1998).

En la villa de Madrid, a veinte de diciembre de dos mil cinco.

Visto el presente recurso de casación contencioso-disciplinario militar preferente y sumario 201/76/2005 que ante esa Sala pende, interpuesto por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado en la representación que por su cargo ostenta, frente a la sentencia de fecha 16 Feb. 2005 dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo en el recurso 32/2002, que anuló la resolución del Excmo. Sr. General Jefe de la Segunda Región Aérea de fecha 19 Nov. 2002, que confirmó en alzada la sanción impuesta al Sargento 1.º del Ejército del Aire D. Antonio R. A., por el Teniente Coronel Jefe de la Base Aérea de Málaga consistente en dos días de arresto domiciliario, por la comisión de la falta disciplinaria leve prevista en el art. 7.34 LO 8/1998, de 2 de diciembre, reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Ha sido parte recurrida el Excmo. Sr. Fiscal Togado; y han concurrido a dictar sentencia los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados antes mencionados.

Bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo, Presidente de la Sala, quien, previas

deliberación y votación, expresa el parecer de la Sala.

(...)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*— Por la vía que autoriza el art. 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Abogacía del Estado denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 518 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, reguladora del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Con carácter previo al examen del recurso, hemos de resaltar la defectuosa articulación del único motivo casacional, y ello es así porque habiendo escogido el Ilustre representante de la Administración el cauce establecido para denunciar las infracciones del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate [art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional], en el enunciado del escrito de interposición no se contiene la cita de cualquier referente jurisprudencial que haga al caso, ni tampoco se menciona algún precepto legal sustantivo que deba considerarse vulnerado por la sentencia de instancia, si bien que en el desarrollo del motivo se dicen infringidos los arts. 7.8 y 8.18 de la Ley reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, debiendo tratarse sin duda de un error la alusión a este último precepto, en el que realmente se define una falta grave cuando lo que se debate es la posible comisión de la falta leve apreciada por la autoridad sancionadora. De otra parte, tampoco se dice en qué consista la eventual infracción del art. 518 (que sólo puede referirse a la Ley Procesal Militar), ni cuál haya sido el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, en el caso en que el recurso verdaderamente se formalizara por la vía del art. 88.1.c), ni se dice tampoco en qué radicara la indefensión experimentada por la Administración recurrente.

Con reiterada virtualidad hemos dicho que cuando se aduce la infracción de una norma del ordenamiento jurídico procesal, su correcto encaje se encuentra en el apar-

tado c) y no el d) del reiterado art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional (Sentencias 18 Feb. 2000; 15 Dic. 2002 y 19 May. 2003); y asimismo venimos exigiendo que la cita del correspondiente precepto de la Ley Procesal vaya acompañada del necesario apoyo argumental (Sentencias 29 Sep. 2003 y 23 Sep. 2005), argumentación que como decimos está ausente en la pretensión de la Abogacía del Estado. A pesar de ello, entraremos seguidamente a otorgar la tutela judicial que se pide, entendiendo que la denuncia se contrae a lo dispuesto por el art. 7.8 LO 8/1998, en congruencia con lo que se razona en el desarrollo del motivo a propósito de la tipicidad absoluta y su proyección en el recurso contencioso disciplinario militar preferente y sumario, en que su objeto específico, aunque no exclusivo, se contrae a la vulneración de derechos fundamentales [vid. STC 202/2002, de 28 de octubre (LA LEY JURIS. 5/2003) y nuestra S 17 May. 2004 (LA LEY JURIS. 13220/2004)].

**Segundo.**- La Administración militar, en este caso el Teniente Coronel Jefe de la Base Aérea de Málaga, sancionó al Sargento 1.º D. Antonio R. A. con dos días de arresto domiciliario, al apreciar que éste había cometido la falta leve tipificada en el art. 7.34 LO 8/1998, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en relación con lo dispuesto en el art. 37 de las Reales Ordenanzas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre), al insertar con fecha 13 Sep. 2002 en el «forum» del Ejército del Aire, vía «Intranet» del Ministerio de Defensa, un comentario o artículo de opinión en el que bajo el título «Otra vuelta de tuerca, ¿cuántas más quedan?». El encartado contestaba a otros artículos o comentarios que sobre el mismo tema de los cambios de destino por ascenso también se habían publicado en el mismo «forum».

En dicho escrito el Sargento 1.º refería cronológicamente sus vicisitudes y peripecias personales desde que ingresó en el Ejército del Aire (en 1981), y en particular los negativos efectos que en el ámbito familiar y económico producían los cambios de destino por promoción profesional; y ello en unos términos que la autoridad sancionadora consideró contrarios a lo dispuesto en el art. 37 RR.OO., en donde se establece que el militar «por ningún motivo dará mal ejemplo con sus murmuraciones, no las tolerará, no hablará mal de sus superiores ni de sus subordinados; si tuviera alguna queja la comunicará de buen modo y por conducto regular a quien la pudiera remediar».

La sentencia de instancia, que es el único objeto del recurso de casación como decimos reiteradamente, anuló aquella sanción con fundamento en que, aun habiéndose desbordado en el fondo y en las formas el derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] que ante el órgano «a quo» invocó el encartado, concurría no obstante y era apreciable en el caso el error de prohibición exculpante, por cuanto que el comentario se insertó en un foro de intercambio de opiniones sobre asuntos de interés común para el conjunto de los funcionarios, militares y civiles, del Ejército del Aire con acceso a la red «Intranet», creado, mantenido y fomentado por la Administración sancionadora sin reglas concretas sobre las características y contenidos de las aportaciones, y en el que se introdujeron por las mismas fechas otros comentarios con expresiones también excesivas que no fueron corregidos, dándose la circunstancia de que el escrito del encartado permaneció «colgado» en la red dieciocho meses después de que recayera la sanción de que se trata.

La Abogacía del Estado discrepa de la conclusión a que llega el Tribunal sentenciador, sobre todo después de haberse apreciado en la sentencia la manera «agria, exasperada y descompuesta» de plantear sus quejas el encartado, a base de afirmaciones referidas «al grave daño que están causando a la moral y en la maltratada economía de los profesionales»; «otra vuelta de tuerca, ¿cuántas más quedan?»; «la engañosa opción»; «una vez esfumadas todas mis ilusiones, aspiraciones, motivaciones, etc.»; «el para mí fraude de ley»; «la última e indignante medida»; «unos criterios totalmente injustos»; y «se discrimina aún más»; apreciación que, al decir de la Abogacía del Estado, debió concluir con el mantenimiento de la sanción bien a través del tipo aplicado del art. 7.34 LO 8/1988, o bien incardinando la conducta en la art. 7.8, es decir, por haber incurrido en «manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio» en aplicación al caso de la regla de tipicidad absoluta antes mencionada.

La Fiscalía Togada se opone al recurso, y aunque advierte que la sentencia no concreta cuál sea el derecho fundamental que habría vulnerado la Administración militar, considera que las manifestaciones expresadas por el

encartado no tienen entidad suficiente para integrar el tipo disciplinario aplicado, basándose para ello precisamente en la naturaleza del medio en que aquellas opiniones se publicaron, esto es, un foro de debate interno abierto por los Mandos para que los usuarios del sistema informático pudieran plantear asuntos de interés común; la carencia de reglas sobre los contenidos y la existencia de otras aportaciones en parecidos términos aparecidos en el mismo foro sin que hubieran determinado reacciones disciplinarias.

**Tercero.**- Esta Sala se ha ocupado con frecuencia de la cuestión atinente a la libertad de expresión en el ámbito castrense, habiendo declarado al menos desde las sentencias 11 Oct. 1990 (LA LEY JURIS. 1218759/1990); 5 Nov. 1991 (LA LEY JURIS. 1210754/1991); 24 Nov. 1991; 15 Sep. 1992 (LA LEY JURIS. 1210386/1992) y 19 Abr. 1993 (LA LEY JURIS. 1218708/1993), que este derecho fundamental también se predica de los militares aunque con las limitaciones generales afectantes al ejercicio de dicho derecho (art. 20.4 CE), más las específicas propias de la función castrense contenidas en las RR.OO.; en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora del Régimen Disciplinario, aplicable a las Fuerzas Armadas y a los Institutos Armados de naturaleza militar, necesarios para preservar los principios y valores esenciales de la organización militar, es decir, la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y la cohesión interna (arts. 1 y 10 RR.OO.), que resultan precisos para la funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento por éstos de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas (art. 8.1 CE). Lo hemos dicho así con reiteración [recientemente S 9 May. 2005 (LA LEY JURIS. 1677/2005)], insistiendo sobre todo en la necesidad de mantener la disciplina en el seno de lo que la STC 60/1991, de 14 de marzo (LA LEY JURIS. 58176-JF/0000), denomina «organización bélica del Estado», y de proteger la neutralidad política de los militares [recientemente nuestra sentencia 23 Mar. 2005 (LA LEY JURIS. 1205/2005)], pero siempre en términos que no reduzcan a los miembros de las Fuerzas Armadas al puro y simple silencio, como decíamos en nuestra sentencia 19 Abr. 1993. Y ésta es la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del art. 10 del Convenio [sentencias 08 Jun. 1976, caso «Engel y otros»] (LA LEY JURIS. 775475/1976); 25 Mar. 1985, caso «Barthold» (LA LEY JURIS. 1104273/1985) y 25 Nov. 1997, caso «Grigoriades c. Grecia», entre otras] y del Tribunal Constitucional en relación con el art. 20.1.a) CE [sentencias 69/1989, de 20 de abril (LA LEY JURIS. 829496/1989); 371/1993, de 13 de diciembre (LA LEY JURIS. 2411-TC/1993); 288/1994, de 27 de octubre (LA LEY JURIS. 13044/1994); 102/2001, de 23 de abril (LA LEY JURIS. 3889/2001) y auto 375/1983, de 30 de julio (LA LEY JURIS. 820168/1983), entre otras].

También hemos dicho que el ejercicio del expresado derecho fundamental por los militares se refuerza cuando aparece vinculado al derecho de defensa, situaciones en que hemos considerado justificados los excesos cometidos con tal motivo, o bien hemos procedido a degradar el nivel del reproche disciplinario cuando concurre dicho supuesto [Sentencias 2 Jul. 2001 (LA LEY JURIS. 7712/2001); 1 Jul. 2002 (LA LEY JURIS. 1188185/2002); 26 Sep. 2002 (LA LEY JURIS. 7966/2002); 20 May. 2003; 20 Jun. 2003 (LA LEY JURIS. 1462488/2003); 23 Ene. 2004 (LA LEY JURIS. 12417/2004); 10 Sep. 2004 (LA LEY JURIS. 14014/2004) y 7 Jul. 2005 (LA LEY JURIS. 13255/2005)], en la línea de lo declarado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias citadas 288/1994, de 27 de octubre (LA LEY JURIS. 13044/1994) y 102/2001, de 27 de abril (LA LEY JURIS. 3889/2001), entre otras; y asimismo afirmamos que las limitaciones al ejercicio de dicho derecho esencial deben entenderse y aplicarse con carácter restrictivo, como consecuencia de la propia fuerza expansiva de los derechos fundamentales [nuestra reciente sentencia 14 Jun. 2005 (LA LEY JURIS. 12876/2005)].

Dicho lo que antecede, nuestro juicio axiológico ha de operar en función de la apreciación casuística que merecen las circunstancias en que se insertó el documento y sus contenidos en el espacio del «forum» del Ejército del Aire, para verificar si se afectaron con sus contenidos los bienes jurídicos a cuya protección tienden las específicas limitaciones inherentes al estatuto profesional de los militares; y en este sentido son factores a sopesar los siguientes: a) Los términos realmente desatentos, para los mandos militares y los poderes públicos en general, en que el texto está redactado; b) La condición de Suboficial del encartado con veintiún años de

servicios, que aleja la posibilidad de apreciar en su conducta el error de prohibición invencible que estima la sentencia de instancia; c) La inserción de aquel texto en un espacio abierto puesto a disposición de los usuarios por las Autoridades del Ejército del Aire, como instrumento para el debate público a base de opiniones variadas sobre temas de interés común; d) La ausencia de normas de obligatoria observancia sobre los contenidos de las aportaciones; e) El defecto de control previo o de verificación posterior de las publicaciones; f) La publicidad propia del medio; g) La aparición en la misma red de otros textos también excesivos en las formas; y h) Que los comentarios del encartado permanecieron en la red durante dieciocho meses después de advertirse por el mando su relevancia disciplinaria.

La Sala comparte los criterios expuesto en la sentencia y en el informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado, acerca de la necesaria ponderación de cuantos elementos peculiares concurren en el caso y, sobre todo, la incongruencia que representa brindar al personal militar, y civil también, la posibilidad de participar en el foro o debate sobre temas abiertos, comunes a los usuarios y luego dar lugar al reproche disciplinario, en las condiciones dichas y cuando ni siquiera se advierten en el contenido del texto expresiones insultantes o injuriosas dirigidas a la superioridad. De manera que la cuestión, vislumbrada por el Tribunal «a quo» y centrada por la Fiscalía, se ciñe tanto al legítimo ejercicio de la libertad de expresión en el caso concreto como a la entidad de aquellos contenidos con virtualidad para lesionar dichos bienes jurídicos, y entre ellos destacadamente el valor esencial de la disciplina, que no es otra cosa que el acatamiento por el militar del conjunto de normas que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se asegura la eficacia de las misiones que los Ejércitos tienen encomendadas [sentencias 11 Oct. 1990 (LA LEY JURIS. 1218759/1990); 18 May. 1991 (LA LEY JURIS. 1218776/1991); 6 Jul. 1998 (LA LEY JURIS. 242359/1998) y recientemente 9 May. 2005 (LA LEY JURIS. 1677/2005)]; valor que en realidad no se resiente tras el análisis casuístico realizado en función de los factores enumerados, ni autorizan la formulación del reproche disciplinario, sea por el cauce del tipo residual aplicado (art. 7.34 LO 8/1998), o por el que alternativamente postula la Abogacía del Estado recurrente (art. 7.8 de dicho LO); esto último sin entrar en la cuestión relativa al cambio de tipicidad, aun en el específico recurso previsto para la protección de derechos fundamentales, cuando existan dudas sobre la homogeneidad de los tipos que se consideran alternativos y la eventual indefensión que consecuentemente pueda experimentar el encartado.

En definitiva, los hechos tomados en consideración por la resolución sancionadora carecen de alcance disciplinario, por lo que se vulneró en este caso el derecho a la legalidad sancionadora y a su concreción representada por la tipicidad (art. 25.1 CE), mediante la que se colma además de la garantía de la existencia de una Ley previa la de la Ley cierta [nuestra sentencia 25 Nov. 2003 (LA LEY JURIS. 198/2004) y las que en ella se citan].

**Cuarto.**- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la LO 4/1987 de 15 de julio.

#### FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación 201/76/2005, interpuesto por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado frente a la sentencia de fecha 16 Feb. 2005, dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo en su recurso preferente y sumario 32/2002, por la que se anuló la resolución del Excmo. Sr. General Jefe de la Segunda Región Aérea, de fecha 19 Nov. 2002, que confirmó la sanción impuesta con fecha 3 Oct. 2002 al Sargento 1.º del Ejército del Aire D. Antonio R. A., de dos días de arresto en su domicilio como autor de la falta disciplinaria leve prevista en el art. 7.34 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Sentencia que confirmamos y declaramos su firmeza. Sin costas.

Póngase esta sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, en conocimiento del Tribunal Militar Territorial Segundo, al que se devolverán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Tribunal Supremo

## MALFORMACIÓN CONGÉNITA QUE DESVIRTÚA LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DE LA ENFERMEDAD DE TRABAJO SURGIDA EN EL TIEMPO Y LUGAR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

185—TS Sala Cuarta, de lo Social S 16 Dic. 2005.—Ponente: Martínez Garrido, Luis Ramón.

### ACCIDENTES DE TRABAJO.—Inexistencia.—Malformación vascular congénita no relacionada con la actividad laboral.

La dolencia que causó el episodio vertiginoso sufrido por el trabajador en el centro de trabajo y dentro de su jornada laboral, de la que deriva la incapacidad permanente total que le ha sido reconocida, fue una malformación vascular denominada angioma venoso o cavernoma. La condición de dolencia congénita evidencia que su génesis ninguna relación guarda con el trabajo, y declarándose probado que tal enfermedad es independiente de factores exógenos, la crisis pudo haberse producido en cualquier otro momento y lugar, siendo además indicativo el que los sín-

tomas de dificultad en la pronunciación habían comenzado ya días antes. Añádase que el trabajador no realizó ningún esfuerzo, ninguna actividad que pudiera vincularse con la agravación de unos síntomas que ya se habían manifestado. Así lo entendió la sentencia de instancia al estimar que la presunción de laboralidad de la contingencia a que se refiere el art. 115.3 LSS 1994 (LA LEY-LEG. 2305/1994) quedó en el caso desvirtuada. Por ello, la conclusión que obtiene la sentencia recurrida de que esos mismos hechos no destruyen la referida presunción debe ser revocada.

**Normas aplicadas:** art. 115.3 LSS 1994 (LA LEY-LEG. 2305/1994).

En la villa de Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil cinco.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, D.<sup>a</sup> Matilde Marín Pérez, en la representación que ostenta de Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 151, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 22 de diciembre de 2003, en el recurso de suplicación n.º 2402/2003 (LA LEY JURIS. 1937901/2003), interpuesto frente a la sentencia dictada el 28 de enero de 2003 por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Córdoba, en autos seguidos a instancia de D. F.P.R. contra dicha recurrente, INSS, TGSS y la empresa Sánchez Morillo, S.L., sobre Incapacidad Permanente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

(...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero.*- 1. Versa el presente recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la calificación de las dolencias de un trabajador que tuvieron una manifestación en el centro y dentro de la jornada de trabajo. La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social número 1 de Córdoba, desestimó la demanda, denegando la calificación de accidente laboral, y declarando la etiología común de la invalidez permanente total que se había declarado al actor en vía administrativa. La Sala de lo Social de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 22 de diciembre de 2003 (LA LEY JURIS. 1937901/2003), estimó el recurso del actor y declaró que las lesiones residuales eran consecuencia de accidente de trabajo, efectuando el correspondiente pronunciamiento de condena frente a la Mutua Patronal Asepeyo.

2. La Mutua ha formalizado el presente recurso. Invoca, como contradictoria, la sentencia de la propia Sala de Sevilla de 27 de enero de 2000 (LA LEY JURIS. 198655/2000). El Ministerio Fiscal acepta su idoneidad para cumplir el presupuesto del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. Pero el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en su escrito de impugnación, niega que se trate de sentencia contradictoria con la hoy recurrida. Se impone el examen comparado de ambas resoluciones.

*Segundo.*- En el supuesto de la sentencia recurrida el relato de hechos probados nos informa que el demandante venía sufriendo vértigos desde

finales del año 2000. Sufría de una malformación vascular denominada «angioma venoso o cavernoma», cuadro que constituye una malformación congénita que puede aparecer en cualquier parte del sistema nervioso central y resulta independiente de factores exógenos. Desde el 11 de noviembre 2001 comenzó a notar dificultad de pronunciación. El 17 de dicho mes y año, cuando se hallaba prestando servicios para la empresa y dentro de la jornada de trabajo, sufrió un nuevo episodio vertiginoso con alteración del lenguaje y dolor irradiado de región lumbosacra a rodilla derecha, siendo trasladado a un hospital donde fue diagnosticado de hematoma intraparenquimatoso, cerebeloso por posible rotura de un posible cavernoma, siendo trasladado a otro hospital en el que fue intervenido. La sentencia recurrida, como ya hemos expuesto más arriba, declaró que las limitaciones del actor, que habían dado lugar a una declaración de invalidez permanente total, debían ser calificadas como accidente de trabajo.

En el supuesto de la sentencia de contraste, de la propia Sala de 22 de enero 2003 (*sic*) se trataba de una trabajadora que padecía una malformación AV cerebral y había sufrido una hemorragia intraventricular y había sido declarada en situación de Invalidez Permanente Total derivada de enfermedad común. Se había encontrado mal en su puesto de trabajo y fue trasladada a un Hospital donde sufrió la hemorragia ya referida. Su actividad en la empresa el día del accidente había sido la normal. Razonaba la Sala de Sevilla que la presunción de accidente no juega cuando la enfermedad es ajena al trabajo realizado, al haber quedado acreditado que había sido la malformación de la aorta vertebral cerebral que padecía la causa del accidente sin que existiera agravación por razón del trabajo.

Como se desprende de la exposición realizada se trata en ambos supuestos de malformaciones congénitas que han producido episodios consecuentes a su patología sin que conste que ningún elemento externo haya podido influir en el proceso patológico. Y ante esta sustancial igualdad de situaciones de hecho y pretensiones deducidas, los pronunciamientos judiciales han sido contradictorios. Por tanto, habiendo cumplido la recurrente los restantes requisitos del recurso, procede que la Sala se pronuncie sobre la doctrina unificada.

*Tercero.*- Esta Sala ya se ha pronunciado en supuesto cuya igualdad sustancial con el hoy enjuiciado no es dable desconocer. Así, la sentencia de 3 de noviembre de 2003 (recurso 4078/2002) (LA LEY JURIS. 510/2004), recordando la doctrina expuesta en la de 27 de diciembre de 1995 (recurso 1213/95) (LA LEY JURIS. 1990/1996) decía que «... para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de en-

fermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal».

En el supuesto de autos la dolencia que causó el episodio vertiginoso del trabajador fue una malformación congénita, un «angioma venoso o cavernoma». La condición de dolencia congénita evidencia que su génesis ninguna relación guarda con el trabajo y, declarándose probado que tal enfermedad «es independiente de factores exógenos», la crisis que supuso el nuevo episodio vertiginoso, que desencadenó la nueva situación, pudo haberse producido en cualquier otro momento y lugar, siendo además indicativo el que los síntomas de dificultad en la pronunciación habían comenzado ya seis días antes. Añádase que es hecho admitido que el trabajador no realizó ningún esfuerzo, ninguna actividad que pudiera vincularse con la agravación de unos síntomas que ya se habían manifestado días antes. Así lo entendió la sentencia de instancia, entendiéndose que la presunción de laboralidad de la contingencia a que se refiere el artículo 115.3 de la LGSS quedó en este caso desvirtuada. Por ello la conclusión que obtiene la sentencia recurrida de que esos mismos hechos no destruyen la referida presunción debe ser revocada y estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que a su vez comporta la desestimación del recurso de suplicación que en su día interpuso el trabajador frente a la decisión de instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, D.<sup>a</sup> Matilde Marín Pérez, en la representación que ostenta de Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 22 de diciembre de 2003 (LA LEY JURIS. 1937901/2003), en el recurso de suplicación n.º 2402/2003, casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el de esta clase interpuesto por D. F.P.R. frente a la sentencia dictada el 28 de enero de 2003 por el Juzgado de lo Social n1 1 de Córdoba. Sin costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Tribunal Supremo

## ESTABLECIMIENTO DE UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL EN LA QUE LA CONDICIÓN ERA LA DE TENER «SUCESIÓN»

120—TS Sala Primera, de lo Civil S 15 Dic. 2005.—Ponente: Roca Trías, Encarnación.

### SUCESIÓN.—Interpretación del testamento.—Doctrina jurisprudencial.

En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador. Dicha interpretación es competencia de los Tribunales de instancia y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley. Debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (Cfr. TS 1.ª SS 9 Jun. 1962, 23 Sep. 1971, 1 Feb. 1988, 18 Jul. 1991, 14 May. 1996, 30 Ene. 1997, 18 Jul. 1998, 23 Feb. 2002, 21 Ene. y 9 Oct. 2003 y 18 Jul. 2005).

### Supuesto concreto.—Interpretación de la palabra «sucesión» incluida en el testamento del causante.—Prohibición de discriminar a los hijos adoptivos.

En el caso, el causante estableció en su testamento que si sus hijos instituidos herederos fallecían sin dejar sucesión, pasarían los bienes heredados del otorgante a los herederos abintestato del mismo. Fallecida una de las herederas teniendo únicamente una hija adoptiva, los hijos biológicos de otro de los herederos

reclaman a ésta los bienes que habían pertenecido a su madre porque consideran que el término «sucesión» empleado en el testamento se refería a personas con parentesco de consanguinidad con el testador. Interpretación ésta que no es aceptada por los Tribunales. En el CC no existe una regla que permita interpretar la expresión «sucesión» discutida de una forma objetiva, pero las reglas de la sustitución fideicomisaria en el CC llevan a la misma solución. El testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición era la de tener sucesión, por lo que se está ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre y, en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante. Por tanto, al no ser herederos del causante, no debe examinarse la capacidad de los hijos puestos en condición, sino únicamente si existen o no en el momento previsto por el fideicomitente y resulta evidente que, en el caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque dos de los herederos fallecieron con sucesión. La referencia a la sucesión es, por tanto, genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, sino a sus sucesores, de manera que no se puede discriminar a los hijos adoptivos.

**Normas aplicadas:** art. 1275 CC.

En la villa de Madrid, a quince de diciembre de dos mil cinco.

### SENTENCIA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por doña Almudena y don Carlos Ramón, representados por el procurador de los Tribunales don Miguel Ángel Heredero Suero contra la sentencia dictada, el día veinte de marzo de mil novecientos noventa y nueve, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (LA LEY JURIS. 436847/1999), que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2, de Icod de los Vinos. Es parte recurrida doña Marí Luz representada por el procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén.

(...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** 1.º Don Cosme falleció el 8 de octubre de 1898. En el momento de su fallecimiento tenía tres hijos, Federico, Leonardo y Antonia, puesto que su hija Juana le premurió. Don Cosme había otorgado dos testamentos complementarios el 4 de abril de 1892 y el 22 de febrero de 1894. En el primer testamento había llamado como herederos a sus cuatro hijos «por partes iguales, entendiéndose que por fallecimiento de cualquiera de ellos sin sucesión, pasará la porción que corresponda al fallecido o fallecidos al o los que sobrevivan».

En el testamento de 1894 dice en la cláusula segunda: «quiere el testador que si sus hijos naturales reconocidos como tales, [...] falleciesen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos abintestato del mismo, [...]».

2.º Don Federico, don Leonardo y doña Antonia llevaron a cabo la partición en el cuaderno protocolizado el 18 de noviembre de 1907, consignándose para cada heredero la tercera parte de todos los bienes que hubiesen quedado al fallecimiento de su padre y después del pago de los legados efectuados.

3.º Don Leonardo falleció soltero y sin descendencia el 11 de diciembre de 1956 y sus hermanos, don Federico y doña Antonia se adjudicaron los bienes que don Leonardo había recibido de su padre y que estaban afectos a la sustitución fideicomisaria establecida en el testamento de este último.

4.º Respecto a las vicisitudes de la familia que interesan en este recurso, hay que destacar: a) que doña Antonia adoptó en 1942 a una niña huérfana, nacida en Madrid en 1936, mediante escritura de adopción de 2 de

septiembre de 1942; b) que don Federico falleció el 26 de mayo de 1960, dejando dos hijos, don Carlos Ramón y doña Almudena, hoy demandantes, y c) que doña Antonia falleció el 29 de agosto de 1983, instituyendo heredera a su hija adoptiva.

5.º El 29 de abril de 1984 don Carlos Ramón y doña Almudena de una parte y doña Marí Luz, de otra, otorgaron un documento privado en el que se lee que doña Antonia «falleció sin descendencia de clase alguna» y que por esta razón doña Almudena y don Carlos Ramón eran los únicos descendientes del abuelo don Cosme, por lo que les corresponde el dominio de los bienes de éste dejados a sus hijos con la condición que se ha reseñado, por lo que doña Margarita se comprometía a devolver los bienes que habían pertenecido a doña Antonia hasta su fallecimiento.

Los hermanos Almudena, Carlos Ramón y Alicia demandaron a doña Marí Luz pidiendo que se declarara que los bienes que relacionaban en la demanda y que habían pertenecido a doña Antonia, les pertenecían, de acuerdo con el documento suscrito con doña Margarita; ésta al contestar la demanda, formuló reconvencción pidiendo, entre otros extremos, que se declarara que su madre había fallecido con sucesión y que los demandantes no tenían ningún derecho sobre los bienes que había recibido de su padre. El Tribunal de 1ª Instancia desestimó la demanda y estimó en parte la reconvencción, sentencia que fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Contra esta sentencia se presenta el recurso de casación.

**Segundo.** El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 1692.4.ª LEC, por infracción de lo dispuesto en el art. 671 (debe decir 675), 1.º CC, por considerar que la interpretación de la Audiencia sobre el término sucesión, empleado por el testador en sus dos testamentos al expresar la condición a que sometía a sus herederos, es contraria tanto a la voluntad del testador, como al entendimiento normal del término, que se refiere, según el recurrente, a personas con parentesco de consanguinidad con el testador. El segundo motivo se formula al amparo de art. 1692.4 LEC por infracción de lo dispuesto en los arts. 758, 1 y 3 y 179 CC, por considerar que la capacidad del heredero se determina en el momento de «la muerte de la persona de cuya sucesión se trate».

De inicio hay que recordar la abundante jurisprudencia que considera: a) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador [sentencias de 1 febrero 1988 (LA LEY JURIS. 10214-R/1988) y 9 octubre 2003 (LA LEY JURIS. 2892/2003), entre muchas otras]; b) que la interpretación de los testamentos es competencia de los Tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y que sólo pue-

de ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sea ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley [sentencias de 14 de mayo de 1996 (LA LEY JURIS. 6688/1996), 30 enero 1997 (LA LEY JURIS. 1566/1997), 21 de enero de 2003 (LA LEY JURIS. 884/2003), 18 de julio de 2005 (LA LEY JURIS. 2025483/2005), entre muchas otras]; y c) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto [como ya anunciaban las sentencias de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971 y que continúan las sentencias de 18 de julio de 1991 (LA LEY JURIS. 2691/1991), 18 de julio de 1998 (LA LEY JURIS. 8260/1998), 23 de febrero de 2002 (LA LEY JURIS. 3635/2002), entre muchas otras].

Pues bien, partiendo de estas premisas, hay que considerar que la sentencia recurrida no incurre en los vicios de interpretación que permitirían a este Tribunal entrar a examinar la corrección del resultado al que llega.

Efectivamente, nos hallamos ante la interpretación de una cláusula contenida en una sustitución fideicomisaria condicionada a que el heredero fiduciario tuviera sucesión. Así si el heredero tenía sucesión, se trataba de un heredero libre, mientras que si carecía de ella, estaba sujeto a la obligación de traspasar los bienes a los herederos abintestato de su causante. Es correcta la interpretación de la sentencia recurrida según la cual se instituyó una sustitución fideicomisaria condicional sometida al hecho de que cada fiduciario falleciera habiendo tenido sucesión, es decir hijos, en cuyo momento consolidaría la propiedad recibida del causante. Y habiendo tenido sucesores ambos hijos del testador, don Federico y doña Antonia, como se comprueba por los mismos hechos acontecidos y habiéndoles a la vez nombrado herederos en sus respectivos testamentos, hay que considerar que se cumplió lo previsto por el testador, por lo que eran herederos libres en el momento de su fallecimiento.

**Tercero.** A diferencia de lo que sucede en el art. 144 del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña (Ley 40/1991 de 30 de diciembre), en el Código Civil no existe una regla que permita interpretar la expresión sucesión discutida de una forma objetiva, pero las reglas de la sustitución fideicomisaria en el Código Civil nos llevan a la misma solución, a diferencia de lo que entiende el recurrente en el motivo segundo. Efectivamente, el testador estableció una sustitución fideicomisaria condicional en la que la condición puesta por el testador es la de tener sucesión, por lo que nos encontramos ante lo que se ha denominado hijos puestos en condición, que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el

heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre y, en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante. Y únicamente se puede saber si se ha incumplido o no la condición impuesta a la muerte del fiduciario, como ha ocurrido en este caso. Por tanto, al no ser herederos del causante, no debe examinarse la capacidad de los hijos puestos en condición, sino únicamente si existen o no en el momento previsto por el fideicomitente y resulta evidente que en este caso, la condición de morir sin sucesión se incumplió, porque los dos hermanos Federico y Antonia fallecieron con sucesión. La referencia a la sucesión, es por tanto genérica y no se limita a los hijos biológicos que pueda tener el fiduciario, en este caso doña Antonia, sino a sus sucesores, de manera que no se puede discriminar tal como pretenden los recurrentes y toda la alegación referida a la aplicación de la disposición transitoria 8.ª de la Ley 11/1981 resulta absolutamente artificiosa y contraria a lo realmente querido por el testador.

Esta interpretación está de acuerdo con las sentencias de esta Sala de 6 de febrero de 1997 (LA LEY JURIS. 1993/1997) y 22 de junio de 2002, que consideran que «no debe hacerse discriminación contra un hijo adoptivo» y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de julio de 2004, que consideró que la interpretación hecha por los Tribunales andorranos de una cláusula testamentaria excluyendo a los hijos adoptivos vulneraba el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 8 del mismo Convenio, porque «un niño que ha sido objeto de una adopción [...] se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello», de manera que ante estas disposiciones que deben ser interpretadas y aplicadas muchos años después de la muerte del testador «en el curso del cual se produjeron profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades», de manera que no debe olvidarse «conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el Convenio».

Por todo ello, hay que considerar que la sentencia apelada no ha incurrido en los vicios que le atribuyen los recurrentes, por lo cual deben rechazarse los dos primeros motivos del recurso.

*Cuarto.* Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación se van a examinar conjuntamente. El motivo tercero denuncia la infracción del principio de nadie puede ir contra sus propios actos, al amparo del art. 1692.4 LEC y el cuarto denuncia la infracción del art. 1275 CC, en relación con el art. 1254. Ambos motivos se refieren a la validez del documento firmado por doña Marí Luz con los recurrentes, cuya nulidad ha sido declarada por la sentencia recurrida y que los recurrentes pretenden mantener en base a la aplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y que la causa del mismo es licita.

Ciertamente, el documento suscrito por los recurrentes con doña Marí Luz ofrece dificultades interpretativas, que deben ser salvadas por una interpretación coherente, tal como ha efectuado la sentencia recurrida. En el citado documento se expone que doña Antonia falleció «sin descendencia de clase alguna»; que en consecuencia los recurrentes eran los únicos herederos del fideicomitente, don Cosme y que doña Margarita hacía entrega «por este acto y documento» de los bienes cuya titular era su madre doña Antonia provenientes de la herencia de don Cosme. Se trata de un documento en el que se pretende establecer una liquidación del fideicomiso, de acuerdo con lo establecido en el art. 783.2 CC, que obliga al fiduciario a hacer entrega de los bienes fideicomitados a los destinatarios de los mismos, de acuerdo con las reglas establecidas por el causante.

Este negocio, sin embargo, partía de una causa falsa, ya que las razones por las que doña Margarita se comprometió a entregar la posesión de los bienes propiedad de su madre hasta su fallecimiento, por entender que los ahora recurrentes eran los únicos herederos de don Cosme por haberse incumplido la condición de que doña Antonia falleciera con sucesión, no se correspondían con la situación real, al ser doña Antonia heredera libre, como se ha dicho ya en los dos fundamentos anteriores. Esta falsedad sobre las bases del acuerdo de liquidación determina la propia razón de ser del Convenio y, en consecuencia, produjo la falta de causa del contrato y su consiguiente nulidad, por lo cual, aplicando lo dispuesto en el art. 1275 CC, hay que confirmar la sentencia de apelación declarativa de la nulidad de dicho contrato.

Por ello no puede aplicarse el principio de los actos propios, que se defiende en el motivo tercero del recurso, porque si doña Marí Luz hubiese hecho entrega de la posesión de los bienes heredados por su madre, dicha

tradicón hubiera carecido de título, porque el mencionado acuerdo no creó un título propio ni había un título anterior que justificara la entrega por las razones antes explicadas.

Por estas razones deben desestimarse los motivos tercero y cuarto del presente recurso.

*Quinto.* El quinto motivo del recurso se formula al amparo del art. 1692.3 LEC por infracción de lo dispuesto en los arts. 523 y 710 LEC.

A pesar de los razonamientos de los recurrentes, hay que considerar que la sentencia de 1.ª instancia ha admitido los pedimentos principales y básicos de la demanda reconvenional, por lo que, en relación con las costas, es aplicable el principio del vencimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 523.1 LEC. Lo mismo debe decirse de la sentencia de apelación, que la desestima por completo y por ello resulta plenamente aplicable el art. 710 LEC. Por ello debe también desestimarse el quinto motivo del recurso de casación.

*Sexto.* La desestimación del recurso trae como consecuencia la imposición de las costas al recurrente y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino procedente (art. 1715.3 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

#### FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por doña Almudena y don Carlos Ramón, contra la sentencia dictada, con fecha veinte de marzo de mil novecientos noventa y nueve, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con imposición a los recurrente de las costas causadas por el recurso y de la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—José Ramón Ferrándiz Gabriel.—Encarnación Roca Trías.—Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares. Rubricados.

## La sentencia del día



### DAÑOS MORALES PROVOCADOS POR LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA PRODUCIDA POR EL PIANO TOCADO POR EL NIETO DE LOS VECINOS

187—JPI N° 10 Bilbao S 11 Oct. 2005.—Ponente: González Rodríguez, María Covadonga.

#### RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—Daños causados por la emisión de ruidos.—Atención a los niveles administrativamente establecidos.

La jurisprudencia ha reiterado que frente a inmisiones dañosas o molestas en propiedad ajena los vecinos perjudicados por ellas están asistidos de acción civil para instar, ante los Tribunales de este orden jurisdiccional, el cese de la actividad que las ocasiona y el resarcimiento de los daños y perjuicios en su caso producidos. Esta acción carece de regulación específica en el Derecho civil común —haciendo abstracción de la acción de cesación de la LPH y de la resolutoria de la relación arrendaticia de la LAU 1994 (LA LEY-LEG. 4106/1994)—, por lo que dichas contiendas suelen plantearse y enjuiciarse en el contexto de la responsabilidad extracontractual, siendo común en las sentencias la invocación de los arts. 7.2, 590, 1902 y 1908 CC, aisladamente o en conjunción con la de otras disposiciones legales y reglamentarias propias del Derecho administrativo urbanístico y medioambiental, a las que ha de sumarse la de las normas constitucionales que proclaman los derechos a la dignidad de la persona —art. 10 CE—, a la intimidad personal y familiar —art. 18.1 CE—, a la inviolabilidad del domicilio —art. 18.2 CE—, a la salud —art. 43.1 CE— y a un medio ambiente adecuado —art. 45.1 CE—, así como la de la doctrina emanada del TEDH y del TC sobre la incidencia de las inmisiones en la privacidad y el medio ambiente. Por otro lado, esta jurisprudencia, a la hora de determinar la tolerancia debida por razón de vecindad a las emisiones sonoras, ha recurrido con frecuencia a los valores máximos que las normas administrativas establecen, lo cual cabe fundamentar en la

consideración de que dichos niveles, al haber sido concebidos en interés general y en no pocas ocasiones con cierta permisividad, difícilmente hallan en las particulares circunstancias del caso justificación bastante para su superación.

#### Supuesto concreto.—Contaminación acústica causada por el piano tocado por el nieto de los vecinos demandados.—Superación de los niveles sonoros permitidos por la ordenanza municipal.—Prueba pericial.

En el caso, en el que, con base en los arts. 15 y 18 CE y 590, 1902 y 1908 CC, solicitan los actores que se deje de tocar el piano en la vivienda de los demandados o que, en otro caso, se insonorice la misma, y que se les abone una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación acústica soportada, las pruebas practicadas abonan la tesis de los demandantes, resultando de especial interés al efecto la prueba pericial realizada, pues, según las mediciones del perito, el sonido del piano sobrepasa los valores permitidos por la ordenanza municipal de protección del medio ambiente. Ante ello no puede aceptarse la argumentación de los demandados en el sentido de que quien toca el piano en su domicilio es un menor —su nieto— y que éste toca de forma más suave que un adulto, por lo que las mediciones obtenidas por el perito no se ajustan a la realidad del caso, pues sobre este extremo ha de estarse a lo declarado en el acto del juicio por el pianista profesional que colaboró en la realización de la prueba pericial, que manifestó que las diferencias en el volumen

o intensidad del sonido emitido vienen dadas, más que por la edad, por el tipo de piano y la acústica de la habitación, tratándose en el supuesto examinado de un piano pequeño pero de sonido o volumen medio normal, y además, resaltó que es mucho más molesto oír tocar el piano a un alumno que a un pianista profesional, ya que, entre otros motivos, este último aprende a controlar su fuerza. Por otro lado, la sola existencia de «ruido de fondo», por apreciable que sea, no convierte sin más en difusa toda inmisión acumulada a él, no privando de individualidad a la que, sobrepasando sus niveles, resulta claramente atribuible a una fuente sonora determinada.

#### Prueba testifical e interrogatorio de partes.—Calificación de las inmisiones soportadas como intolerables en el marco de las relaciones de vecindad.

Las pruebas practicadas —interrogatorio de partes y testifical— demuestran que se está en el supuesto examinado ante una inmisión sonora en el interior del inmueble de la demandante procedente de la actividad desarrollada en el inmueble propiedad de los demandados que reúne las características de persistencia, resistencia o continuidad exigidas jurisprudencialmente —se trata de una actividad, la de tocar el piano, que se realiza diariamente, con excepción de los períodos vacacionales, y que tiene lugar desde hace más de 2 años—. Por otro lado, no se trata sólo de una inmisión acústica que supera los límites permitidos administrativamente —según se desprende de la pericial practicada—, sino que también excede de los señalados por la OMS a fin de permitir una conversación en condiciones confortables en el interior de una vivienda y, por supuesto, de los fijados para evitar perturbaciones del sueño. Y si todo ello se conjuga con las características del lugar —zona predominantemente residencial—, el destino de los inmuebles —viviendas—, y especialmente, con la inadecuación del lugar en que se desarrolla la actividad —habitación no acondicionada para amortiguar el sonido del piano—, ha de concluirse que se está ante una inmisión sonora que excede de la normalmente tolerable en el marco de las relaciones de vecindad y que produce a la demandante y a su cónyuge, cuando menos, molestias e incomodidades, lo que conduce a la estimación de la demanda formulada, y habiéndose solicitado por la actora una condena alternativa de hacer y no hacer —adoptar medidas de insonorización o dejar de tocar el piano— a elección de la parte demandada, se estima procedente conceder un plazo de 20 días a la parte de-

mandada para que ejercite dicha opción, transcurrido el cual será la parte actora la que elegirá entre las peticiones alternativas.

#### Daños morales.—Indemnización.—Cuantía.—Criterios de ponderación.—Valoración de la continuidad de las inmisiones y del hecho de que los demandados no han adoptado las medidas necesarias para evitarlas pese a los requerimientos realizados, así como del horario diurno de las mismas.

Es pacífico que las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen en sí mismas un daño moral o extrapatrimonial indemnizable por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que origina, por la merma de calidad de vida que impone, etc.; y una vez probada la realidad y persistencia de la inmisión por ruido por encima de los citados límites, la certeza del daño moral sufrido por quien se ha visto compelido a soportarla no requiere una prueba adicional de las reacciones, sentimientos o sensaciones que han acompañado a su padecimiento. No ocurre lo mismo con las dolencias físicas o psíquicas provocadas o agravadas por el ruido, ya que la realidad y causalidad de estos daños no se desprende sin más del padecimiento de inmisiones sonoras y han de ser objeto de cumplida prueba. Siendo ello así, ha de estimarse la pretensión indemnizatoria de la demandante, pues si bien es cierto que sus dolencias —así como las de su marido— no han sido ocasionadas por la inmisión sonora objeto del pleito —sonido del piano tocado a diario por el nieto de los vecinos demandados—, el simple padecimiento de dicha inmisión acústica constituye un daño moral indemnizable, no pudiendo obviarse que de los informes médicos por ella aportados se desprende que la injerencia sonora en su domicilio resulta desaconsejable tanto para la demandante como para su marido. En cuanto a la cuantificación del daño moral, vistas las circunstancias concurrentes —ha de valorarse la frecuencia de las inmisiones y el hecho de que los demandados no han adoptado las medidas necesarias para evitar las inmisiones pese a los requerimientos de la demandante y de su cónyuge, pero también que las inmisiones se producen en horario diurno y no a lo largo de todo el día—, se considera correcta la concesión de 4.500 € en favor de la parte demandante.

**Normas aplicadas:** arts. 10, 15, 18, 43.1 y 45.1 CE; LPH; LAU 1994 (LA LEY-LEG. 4106/1994); arts. 7.2, 590, 1902 y 1908 CC.

Bilbao (Bizkaia), a once de octubre de dos mil cinco.

(...)

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

*Primero.* Las pretensiones de la parte actora se basan en las siguientes alegaciones tácticas, expuestas en síntesis: Primera. La demandante y su marido son propietarios del inmueble sito en Bilbao, (...), que constituye su domicilio conyugal. Los demandados son propietarios de la vivienda situada en la misma calle, n.º (...). Segunda. En la vivienda de los demandados se toca el piano diariamente de lunes a domingo sin respetar los días festivos. Se toca por el nieto de los demandados (no se sabe si lo toca algún otro miembro de la familia residente) y sin horario fijo —tanto al mediodía como a la tarde y a la noche— y la habitación donde de toca no está acondicionada para tal fin. Tercera. Como consecuencia de esta contaminación acústica, la demandante y su marido padecen graves daños psíquicos y morales, ya que el marido de la demandante ha sufrido una trombosis cerebral y los ruidos le afectan en mayor grado y la demandante, que sufre cefaleas, tiene también contraindicados los ruidos y sonidos fuertes. Además, en el caso de ambos, cuando llegan a su casa después de su jornada laboral, no pueden disfrutar de un ambiente relajado y sin ruidos por el ruido del piano, que incluso anula el sonido de la televisión. Cuarta. Estos hechos han sido puestos en conocimiento de los demandados reiteradamente, de forma verbal y escrita, y a pesar de que el marido de la hija de los demandados —D. Luis Miguel y D.ª Paula— les propuso insonorizar la casa o trasladar el piano a otra casa que tienen en propiedad en el Casco Viejo, a la fecha presente no de ha hecho nada por remediarlos.

Con base en los hechos expuestos y en los artículos 15 y 18 de la Constitución Española y 590, 1902 y 1908 del Código Civil solicita la demandante que se dicte sentencia por la que se condene a los demandados —en calidad de propietarios del inmueble de donde emana la contaminación acústica—: 1.º Alternativamente a elección de la parte demandada: A) que se deje de tocar el piano ya que la vivienda no está acondicionada para tal fin. B) Que si se desea continuar tocando el piano en casa, tenga que adoptar las necesarias medidas técnicas inhibitorias del ruido mediante la insonorización de la vivienda sita en la (...) de Bilbao para evitar el ruido del piano, las cuales deberán ser constatadas por un perito de forma previa a volver a tocar el piano, 2.º a pagar una indemnización, de 12.000 euros o subsidiariamente la que el Juzgado estime más oportuna a resultados de la prueba a practicar, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conta-

minación acústica que han soportado y soportan la demandante y su marido.

Los demandados antes citados se oponen a todos los pedimentos de la demanda alegando fundamentalmente: que debido al horario escolar y a sus actividades extraescolares, el menor sólo toca el piano al mediodía, no siendo cierto por tanto que lo alegado en el escrito de demanda referente a la irregularidad e intermitencia de la actividad musical del menor; que el menor es el único miembro de la familia que toca el piano; que no se niega que la demandante y su marido sufran las dolencias que se especifican en la demanda pero sí que las mismas hayan sido ocasionadas o agravadas por la acción del menor; que son los demandantes los que ocasionan problemas de convivencia, provocando ruidos intencionadamente y así consta recogido en actas de la Comunidad e incluso en una sentencia dictada en un juicio de faltas, que condenó al marido de la demandante por amenazas; y finalmente, que los preceptos y sentencias aludidas por la parte actora no son aplicables al presente caso, en el que la actividad realizada por el menor ha sido exagerada por los demandantes, no superando la misma los límites establecidos debido a la forma suave de tocar el piano por un menor y durante unos períodos mínimos que no superan la media hora los días que lo hace.

*Segundo.* La jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente a inmisiones dañosas o molestas en propiedad ajena los vecinos perjudicados por ellas están asistidos de acción civil para instar, ante los Tribunales de este orden jurisdiccional, el cese de la actividad que las ocasiona y el resarcimiento de los daños y perjuicios en su caso producido. Esta acción carece de regulación específica en el Derecho civil común —haciendo abstracción de la acción de cesación de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal y de la resolutoria de la relación arrendaticia de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos— por lo que dichas contiendas suelen plantearse y enjuiciarse en el más conocido y desarrollado contexto de la responsabilidad extracontractual, siendo común en las sentencias la invocación de los art. 590, 1902 y 1908 del Código Civil y la del art. 7.2 del mismo cuerpo legal, aisladamente o en conjunción con la de otras disposiciones legales y reglamentarias propias del Derecho administrativo urbanístico y medioambiental, a las que ha de sumarse la de las normas constitucionales que proclaman los derechos a la dignidad de la persona (art. 10 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), a la salud (art. 43.1 CE) y a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE), así como la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre la incidencia de las inmisiones en la privacidad y el medio ambiente.

Como señala el magistrado D. Francisco Javier Fernández Urzainqui en su artículo «La tutela civil frente al ruido» (*Cuadernos de Derecho Judicial*, X, 2002), es también pacífica en la jurisprudencia la catalogación y el tratamiento como inmisión del ruido perceptible en una propiedad por efecto de la actividad desplegada en otra, mediante una interpretación de los arts. 590 y 1908 CC acorde a la actual realidad social (art. 3.1 CC), como por una aplicación analógica de sus disposiciones (art. 4.1 CC); si bien para ello la penetración sonora debe mostrar una cierta persistencia, o continuidad [así, sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de diciembre de 1999 (LA LEY JURIS. 38430/1999)]. Por otro lado, sigue diciendo el magistrado antes citado que, a diferencia de otras inmisiones, de difícil cuantificación, la intensidad del ruido es susceptible de una precisa medición y distintas disposiciones administrativas de diverso rango y procedencia, especialmente autonómica y local, regulan con detalle los niveles de inmisión sonora máximos permitidos en función de las zonas y el horario en que se produzcan y de los emisores acústicos que las generen. La existencia de esta ordenación plantea la cuestión de su valor y eficacia en la determinación civil del límite de tolerancia de las inmisiones sonoras. Pues bien la jurisprudencia, que de manera generalizada se ha venido pronunciando por la independencia del orden jurisdiccional civil en la fijación de la tolerancia debida por razón de vecindad a las inmisiones sonoras, defendiendo su puntual determinación en función de las circunstancias del caso, recurre con frecuencia a los valores máximos que las normas administrativas establecen para justificar la intolerabilidad de las que los sobrepasan [cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992 (LA LEY JURIS. 3024/1992), de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de mayo de 1999 (LA LEY JURIS. 773157/1999), de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de junio de 2000, de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2001 (LA LEY JURIS. 715615/2001), entre otras muchas]; tendencia jurisprudencial que se asienta en la consideración de que los niveles administrativamente establecidos, al haber sido concebidos en interés general y en no pocas ocasiones con cierta permisividad, difícilmente hallan en las particulares circunstancias del caso justificación bastante para su superación.

*Tercero.* Las pruebas practicadas en el presente procedimiento abonan la tesis de la parte actora, resultando de especial interés para la resolución de la cuestión litigiosa la prueba pericial practicada en el proceso con el fin de determinar el nivel sonoro soportado por la demandante cuando se toca el piano en la vivienda de los demandados y si ese nivel sonoro es superior al legalmente permitido. La prueba, pericial ha sido llevada a cabo por un inspector Técnico Especialista adscrito a la Subárea de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Bilbao, que ha



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación, sin una consulta profesional previa.

El autor o autores del trabajo enviado y publicado en el *Diario LA LEY* expresamente autorizan a la editorial la publicación de este trabajo en cualquiera de las otras publicaciones pertenecientes al grupo Wolters Kluwer y en cualquier soporte (CD, DVD, internet, papel, etc.).

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.



Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.



ISSN: 1138-9907  
D.L. BI. 1223 1981

procedido a medir los niveles de presión sonora mientras un pianista y profesor de piano designado por el Conservatorio de Música de Bilbao interpretaba diversas piezas. Las mediciones del perito aparecen reflejadas en el informe obrante en autos, ratificado y explicado en el acto del juicio, y las mismas pueden resumirse en que el sonido del piano sobrepasa los valores permitidos, por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente del Ayuntamiento de Bilbao esto es, 35 Leq y 40 Max1 (el nivel de presión sonora continuo obtenido es de 35,2 dB en una medición y de 36,5 dB en otra, y los niveles sonoros máximos Lmax se extienden desde 34-36 dB hasta 38-40 o 38-41 dB, con puntas de hasta 44 dB). Tanto el perito autor del dictamen como el pianista D. Francisco resaltaron que el piano es un instrumento muy característico, cuyo sonido se proyecta en todos los sentidos: hacia arriba, hacia abajo y hacia los lados.

La parte demandada resta valor a la prueba pericial practicada por distintos motivos, pero ninguno de ellos puede ser acogido por el juzgador. Fundamentalmente, sostiene que quien toca el piano en su domicilio es un menor y que éste toca de forma más suave que un adulto, por lo que las mediciones obtenidas por el perito no se ajustan a la realidad del caso concreto. Sobre este extremo ha de estarse a lo declarado en el acto del juicio por el testigo D. Francisco, que es el pianista profesional que colaboró en la realización de la prueba pericial. Este reconoció que un menor no tiene formado los dedos como un adulto y por ello sus ataques suelen ser más blandos. Un profesional, en cambio, tiene más fuerza pero también aprende a controlar dicha fuerza o el ataque, por lo que si bien es verdad que la forma de tocar es distinta, y el volumen también va a ser distinto, el testigo antes citado manifestó que las diferencias en el volumen o intensidad del sonido emitido vienen dadas, más que por la edad, por el tipo de piano y la acústica de la habitación (si tiene tapicerías, cortinas y telas que absorban el sonido), tratándose en el presente caso de un piano pequeño pero de sonido o volumen medio normal. Además, dicho testigo resaltó que es mucho más molesto oír tocar el piano a un alumno —que lógicamente en su labor de aprendizaje se equivocará y tendrá que repetir varias veces el mismo pasaje— que a un pianista profesional, ya que, entre otros motivos, este último aprende a controlar su fuerza (la demandante declaró a este respecto que se puso muy nerviosa durante la realización de la prueba pericial porque a su entender el niño toca el piano más fuerte que el pianista que colaboró en la prueba, el cual tocaba «muy suave»). También declaró dicho testigo que trató de interpretar las piezas que toca el menor. En el acto del juicio la parte demandada ha hecho alusión a las obras realizadas en un edificio colindante y que también han causado ruidos y molestias, así como al ruido del tráfico. En relación a esta cuestión el perito designado judicialmente ya señala en su informe que los resultados de las mediciones no se han visto alterados por dichas obras, ni por el ruido generado por el tráfico, al haberse efectuado la medición en una habitación interior de la vivienda de la actora. Por otro lado, la sola existencia de «ruido de fondo», por apreciable que sea, no convierte sin más en difusa toda inmisión acumulada a él; no privando de individualidad a la que sobrepasando sus niveles, resulta claramente atribuible a una fuente sonora determinada —en este caso, el piano—, por todo lo expuesto las conclusiones del perito judicial deben ser aceptadas por el juzgador.

El resto de las pruebas practicadas (interrogatorio de partes y testifical) demuestra que nos encontramos, en el caso que nos ocupa, ante una inmisión, injerencia o penetración sonora en el interior del inmueble de la demandante, procedente de la actividad desarrollada en el inmueble propiedad de los demandados, que reúne las características de persistencia, resistencia o continuidad exigidas jurisprudencialmente (se trata de una actividad, la de tocar el piano, que se realiza diariamente, de lunes a domingo —con excepción de los períodos vacacionales en que se está fuera de la vivienda—, y que tiene lugar desde hace más de dos años; y si bien en la actualidad parece haberse limitado entre semana a las

horas del mediodía, el testigo D. Bernardo, propuesto por la parte demandada y vecino del inmueble donde se ubican las viviendas de las partes litigantes, reconoció que por lo menos cuatro meses antes del juicio el piano también se tocaba entre semana por las tardes, a las siete u ocho de la tarde; hecho éste que siempre ha sido negado por los demandados). Por otro lado, no se trata sólo, como antes se ha expuesto, de una inmisión acústica que supera los límites permitidos administrativamente, sino que también excede de los señalados por la Organización Mundial de la Salud a fin de permitir una conversación en condiciones confortables en el interior de una vivienda —para ello el nivel de inmisión ruidosa durante el día no debería superar los 35 dB (A)— y por supuesto, los fijados para evitar perturbaciones del sueño —para un sueño de buena calidad, el nivel sonoro equivalente no debe exceder de 30 dB (A) para el ruido continuo y los 45 dB Lamax para impactos sonoros simples—. Si lo anterior se conjuga con las características del lugar —zona predominantemente residencial y no industrial—, el destino de los inmuebles —viviendas— y especialmente, con la inadecuación del lugar en que se desarrolla la actividad —como manifestó el testigo D. Francisco, pianista profesional y profesor de piano del Conservatorio de Bilbao, el piano que nos ocupa está situado en una habitación no especialmente acondicionada para amortiguar el sonido del piano, a diferencia de lo que sucede en el Conservatorio o en el domicilio particular del testigo—, ha de concluirse que nos encontramos ante una inmisión sonora que excede de la «normalmente tolerable» en el marco de las relaciones de vecindad y que produce a la demandante y a su cónyuge, cuando menos, molestias e incomodidades.

Las consideraciones expuestas conducen a la estimación de la demanda formulada por D. Inés, en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución, si bien debe ya indicarse que, habiéndose solicitado por la parte actora una condena alternativa de hacer y no hacer (adopción de medidas de insonorización 1 dejar de tocar el piano) a elección de la parte demandada, se estima procedente conceder un plazo a la parte demandada para que ejercite dicha opción, transcurrido el cual será la parte actora la que elegirá entre las peticiones alternativas, con el fin de no dejar sin efecto la tutela judicial dispensada en la presente sentencia.

**Cuarto.** Ejercita también la parte actora la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el ruido, solicitando la condena de los demandados a pagar una indemnización de 12.000 euros —o la que S.S.<sup>3</sup> estime oportuna— por dichos daños y perjuicios, entre los que se incluyen el daño moral sufrido por la demandante y su cónyuge, resaltándose en la demanda que el marido de la actora sufrió una trombosis cerebral, de la que continúa en tratamiento, y se encuentra en un estado de ansiedad y que la demandante sufre cefaleas, estando contraindicados para ambos los ruidos y sonidos fuertes, lo que se acredita documentalmente.

A propósito de esta reclamación debe resaltarse que es hoy pacífico que las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen en sí misma un daño moral o extrapatrimonial indemnizable: por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que origina, por la merma de calidad de vida que impone, etc.; y una vez probada la realidad y persistencia de la inmisión por ruido por encima de los citados límites, la certeza del daño moral sufrido por quien se ha visto compelido a soportarla no requiere una prueba adicional de las reacciones, sentimientos o sensaciones que han acompañado a su padecimiento. No ocurre lo mismo con las dolencias físicas o psíquicas provocadas o agravadas por el ruido, ya que la realidad y causalidad de estos daños no se desprende sin más del padecimiento de inmisiones sonoras y han de ser objeto de cumplida prueba. No obstante, el estado de la ciencia ha logrado establecer en determinados supuestos una relación ruido-enfermedad, que facilitada o atenúa el rigor de su probanza. En este sentido, la

Organización Mundial de la Salud en distintos informes ha señalado que el ruido puede agravar dolencias preexistentes como la hipertensión arterial —padecida por el cónyuge de la actora según documento nº 6 de la demanda—, enfermedades cardiovasculares, depresiones y trastornos mentales.

La aplicación de la doctrina precedente al caso que nos ocupa conduce a la estimación de la pretensión indemnizatoria de la demandante, pues si bien es cierto que sus dolencias —así como las de su marido— no han sido ocasionadas por la inmisión sonora objeto de este pleito, el simple padecimiento de dicha inmisión acústica constituye un daño moral indemnizable, no pudiendo obviarse tampoco que, tal y como sostiene la parte actora, de los informes médicos por ella aportados se desprende que la injerencia sonora en su domicilio resulta desaconsejable tanto para la demandante como para su marido. En cuanto a la cuantificación del daño moral, la misma siempre es compleja pero vistas las circunstancias concurrentes en el presente caso (ha de valorarse la frecuencia o continuidad de las inmisiones y el hecho de que los demandados, que tienen el dominio y control del foco emisor o del lugar en que se sitúa —su propia casa—, no han adoptado las medidas necesarias para evitar las inmisiones pese a las solicitudes o requerimientos de la demandante y de su cónyuge, pero también que las inmisiones se producen en horario diurno y no a lo largo de todo el día), se considera correcta la concesión de 4.500 euros en favor de la parte demandante.

**Quinto.** Visto el sentido de la presente resolución, en la que se han estimado todas las acciones ejercitadas por la parte actora, procede, por aplicación del art. 394 de la LEC la imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Óscar Hernández Casado en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Inés, debo condenar y condeno a los citados demandados:

1.º Alternativamente a elección de la parte demandada a:

A) Que se deje de tocar el piano ya que la vivienda no está acondicionada para tal fin.

B) Que si se desea continuar tocando el piano en casa, tengan que adoptar las necesarias medidas técnicas inhibitorias del ruido mediante la insonorización de la vivienda sita en la (...) de Bilbao para evitar el ruido del piano, las cuales deberán ser constatadas por un perito de forma previa a volver a tocar el piano.

La parte demandada deberá manifestar si opta por dejar de tocar el piano o por adoptar medidas de insonorización en el plazo de 20 días a partir de la firmeza de la presente sentencia, y si deja transcurrir el expresado plazo sin hacerlo, será la parte demandante quien opte entre las dos pretensiones alternativas.

2.º A que abonen a la parte actoras:

A) La cantidad de 4.500 euros.

B) Las costas causadas en el presente procedimiento.

Modo de impugnación: mediante recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Bizkaia (artículo 455 LEC). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.