

LA LEY

REVISTA JURIDICA ESPAÑOLA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFIA

Monterrey, 1. Km 17,200 Ctra. de La Coruña. 28230 Las Rozas (Madrid). Tel.: 634 22 00 (28 líneas). Fax: 634 54 41 (Redacción) y 634 54 73 (Atención al Cliente)

DIRECTOR: José Manuel OTERO LASTRES

AÑO XIV. Número 3168

Madrid, martes, 5 de enero de 1993

LA FIRMA EN LAS RESOLUCIONES JURIDICAS Y OTRAS CUESTIONES

(Comentario a la sentencia de 6 de abril de 1992 de la Sala 3.ª Sección 3.ª del Tribunal Supremo)

Por JOSE LOIS ESTEVEZ
Abogado

SUMARIO: I. Antecedentes.—II. La firma, requisito esencial.—III. ¿Cabe dar valor a una «resolución» no firmada?—IV. La omisión de firma en otros Derechos.—V. Otra «autojustificación» de la Sala.—VI. Hechos importantes silenciados en apelación.—VII. Más argumentos heterodoxos expuestos en la sentencia.

I. ANTECEDENTES

El arranque de los expedientes administrativos sancionadores, causa de la litis, se produce a raíz de dos denuncias de un vigilante de costas: a) por un supuesto cierre con ocupación de dominio público, y b) por vertido de tierras y desechos de construcción en pretendida zona marítimo-terrestre.

Según resume el «resultando» 2.º de la «resolución administrativa», como consecuencia de la reforma de una pista de tenis, con cambio de ubicación, se han vertido escombros en dominio público y ocupado 162 m² del mismo. Según veremos —y demuestra, sin lugar a dudas, el reconocimiento judicial— estas afirmaciones eran absolutamente inconsistentes; pero las acogió la Jefatura Provincial de Puertos y Costas. En alzada, la resolución de la Dirección General —si así cabe llamarla— no sólo en la copia remitida al interesado, sino, incluso, en el original, obrante en el expediente, no había sido firmada por el titular de la competencia. ¿Podría entonces jurídicamente ser válida? Razonaremos en extenso más adelante sobre este punto; pero tal vez no será ocioso recordar aquí cómo la *subscriptio* de los documentos fue una valio-

sa conquista de la civilización y es más fundamental aún hoy, con la mecanización de la escritura, que lo fue cuando se añadía, incluso, a los escritos de puño y letra del autor, pues, como escribe CARNELUTTI (*Estudios*, I, pág. 579): «La firma nominal agrega alguna cosa, no sólo al documento alógrafo, sino también al documento ológrafo; o sea que asume el carácter de la *firmatio*, de ahí la equivalencia en el lenguaje moderno de las voces «subscripción» y «firma». Pues, como puntualiza el célebre jurista italiano, la firma es una añadida certificación de paternidad muy importante, porque «el haber escrito por sí mismo no excluye el haberlo hecho para otro».

II. LA FIRMA, REQUISITO ESENCIAL

Al informar en lo contencioso-administrativo, inicié mi exposición con estas palabras anecdóticas:

«Hace no mucho tiempo me fue devuelto por esta Sala, concediéndome un plazo de diez días para subsanar la omisión, el escrito inicial de un recurso por la deficiencia, observada en él, de carecer de firma. Ni qué decir tiene que, de no haber subsanado tal distracción involuntaria, se hubiera decretado, según rezaba la propia comunicación del Tribunal, el archivo de las actuaciones. ¡Y eso que el art. 57.1 de la Ley jurisdiccional no menciona la firma del interesado como requisito del escrito de interposición! ¡Ni hace falta! El párrafo 3.º de dicho

artículo deja ver claramente que hay otras exigencias, además de las mencionadas, al decirnos: siempre que «el Tribunal estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia» concederá esa oportunidad para subsanar el defecto.»

Además, la disp. adic. sexta de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al remitirse, como legislación supletoria, a la Ley de Enjuiciamiento Civil nos da la clave interpretativa en cuanto al requerimiento del Tribunal, pues el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precisa categóricamente: «No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado». Y aunque después admita excepciones, éstas son taxativas y cada una previene también una firma substitutoria, sea de Procurador, sea del interesado.

Pues bien, si esta regla vale para los escritos de parte, ¿cómo podrá no ser esencial en las resoluciones administrativas cuando la Ley de Procedimiento Administrativo está reiteradamente exigiendo la misma? como por ejemplo, en el art. 13.3, en el 41.2, e incluso para el acreditamiento de las resoluciones dictadas verbalmente, en las cuales «el titular de la competencia deberá autorizar con su firma una relación» de las mismas, «con expresión de su contenido».

Y el art. 42, aunque admite la resolución «en masa» de cuestiones de idéntica naturaleza, refundidas en un solo documento, no descuida decir que éste «llevará la firma del titular de la competencia».

Con mucha mayor razón habrán de llevarla las resoluciones a que se refiere el art. 43, de las que forma parte la recurrida: ¡Sin la firma de quien haya de autorizarlas son no sólo nulas sino, incluso, inexistentes! Porque tanto en el derecho interno como en el Derecho Internacional las declaraciones de voluntad se con-

Sumario

DOCTRINA

La firma en las resoluciones jurídicas y otras cuestiones, por JOSE LOIS ESTEVEZ 1

JURISPRUDENCIA

SUCESION (TS). La entrega de legados está condicionada a la liquidación y partición de la herencia, previo inventario y avalúo de los bienes del causante, pudiendo los herederos partir la herencia prescindiendo de las disposiciones testamentarias..... 6

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO (TS). Alcance típico del artículo 499 bis.2 del Código Penal en relación con la contratación clandestina de inmigrantes ilegales. Inviabilidad de su comisión culposa	9
SEGURIDAD SOCIAL (TS). Inclusión en la base de cotización del concepto «conservación de vestuario», no previsto en el Convenio provincial de hostelería aplicable	12
CONTRATO DE TRABAJO (TS). Características y finalidad del plus de mayor dedicación del personal laboral contratado al servicio del Instituto Nacional de Empleo. Efectos de su falta de concesión	13
RESEÑA DE SENTENCIAS	15

cretan en las firmas avalantes. De ahí las formalidades que rodean a la firma, tales como las legitimaciones y legalizaciones enderezadas a autenticarla.

Hasta tal punto es importante la firma en las resoluciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no sólo la exige reiterativamente para todas las judiciales, sino que en su art. 363 dice algo de la mayor importancia: «Tampoco podrán los Jueces y Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas...». Lo que implícitamente significa también que, antes de firmadas, no hay inconveniente alguno para su variación o repudio, por la poderosa razón de que, mientras no esté firmada, la sentencia no existe como tal. Es sólo proyecto.

Con esta regla, que no cabe desconocer, la pseudo-resolución impugnada tiene que proclamarse nula, inexistente; es decir, un «no-acto» jurídico-administrativo, si empleamos la gráfica expresión de CARNELUTTI.

Creíamos que, sin más argumento, el recurso tendría que prosperar. Pero en esta España desconcertante de sentencias imprevisibles, sorprendentemente nos equivocamos.

III. ¿CABE DAR VALOR A UNA «RESOLUCION» NO FIRMADA?

La Sala *a quo* sentó en su sentencia una tesis tan permisiva, que no sabría cómo calificar, pero que produce desconcierto en la doble afirmación que la sostiene. En su fundamento jurídico 4.º, con afán de coonestación poco explicable, se nos repiten dos cosas peregrinas, que ya deslizó, por decir algo, bien que con visible incredulidad, el Abogado del Estado en la vista: que aunque la resolución fuera nula, el resultado sería idéntico, por tratarse de un acuerdo confirmatorio.

¿Pero no demuestran estas palabras que la Sala no se percató del alcance de la palabra nulidad? Lo nulo, jurídicamente, no existe. Y lo inexistente no puede recibir adjetivos. Si la resolución es nula, ¿qué puede importar su contenido?

Se ha encontrado un proyectado testamento ológrafo sin la firma del testador: ¿debe producir algún efecto? Sobre la mesa, en el despacho de un Juez que acaba de morir o que, trasladado a otro Juzgado, ha tomado posesión del mismo, aparece la minuta de una sentencia no firmada. ¿Será válida? En el último supuesto podemos imaginar que el Secretario duda qué hacer con ella: ¿Se la enviará por correo al ex-Juez del lugar para que se la devuelva firmada o la echará más bien a la papelera, después de rasgarla? El Secretario tiene aquí, frente a este defecto subsanable (doctrina de la Audiencia), la sartén por el mango. Si la sentencia es de su gusto, puede llevarse a firmar al antiguo Juez; si no le place, se limitará a destruirla. La falsedad que hay que cometer para darle valor a destiempo, si el Juez accediera, ¿carece de importancia?

No; no es la firma cosa baladí de la que pueda prescindirse, entre otras razones, porque no es separable de la fecha. Y según la fecha, el titular de la competencia puede ser uno u otro, como revela el ejemplo, y por esa vía podría resolver el caso un cesado.

Hay otra implicación en la doctrina del Tribunal contencioso-administrativo, que tampoco puede ser pasada por alto, porque niega la esencia misma de los recursos. Da por subsistente y con plena eficacia la resolución apelada (al igual que aquella lo hacía con la de la Jefatura Provincial) pese a la operatividad del efecto devolutivo (mayor aún en el orden administrativo —esencialmente jerárquico— que en el judicial), desconociendo la doctrina científica sobre la naturaleza de las decisiones sujetas a recurso [*vid.*, por ejemplo, las obras, tan agudas, de Ugo ROCCO, COLOMBO y, en especial, para nosotros, COUTURE (1)]. Probablemente la Sala piensa que una resolución nula es lo mismo que una denegación tácita. Pero tal creencia resulta insostenible. Cuando una resolución de apelación se anula por la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque sea por defectos formales, no revive la del inferior apelada (¿qué sería de la seguridad jurídica si ocurriera tal cosa?), porque en el solo hecho de conocer el superior, el inferior ha perdido su potestad, sino que, por lo dispuesto en el art. 37, el acto del inferior no firme no sería recurrible en vía contencioso-administrativa; y firme, tampoco, por la misma razón. Además, el acto contra el que se recurre fija el objeto del proceso y por tanto el *thema decidendi*. Y habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 81, 82 y 83 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, la resolución recurrida en el escrito de interposición lo fue sin firma, en los términos en que nos fue notificada, pues, pese a ser radicalmente nula en Derecho, por el principio de apariencia jurídica, de no darse la apelación, posiblemente se hubiera ejecutado, incluso en la parte en que la propia Sala la ha considerado no ajustada a Derecho y exorbitante. Tuvimos, así, forzosa necesidad de recurrir contra ella tal cual es. Y si resultó de su examen en el original que la supuesta resolución tenía el vicio de origen que apuntamos, determinante de nulidad, tanto peor para la Administración. ¿Que ese defecto podría haberse subsanado? Sí; naturalmente, firmando la resolución; pero esa firma, que salva justo el abismo entre ser y no-ser, tendría que haberse puesto, con la fecha, antes de habérsenos notificado y antes del recurso. Lo que no admite nuestro Derecho es que se dé por buena una resolución no firmada. (Otra forma de subsanar el defecto consistiría en dictar una resolución nueva, si aún no hubiera prescrito la falta.)

La prueba de fuego de la Justicia —decía KANT— está en la posibilidad de convertir un principio en ley universal. Generalicemos la doctrina de la Audiencia y veamos qué ocurre.

El art. 56.3 de la Constitución dice que los actos del Rey «serán siempre refrendados, en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2».

Pero ¿qué es el refrendo sino sólo una firma? ¿Y si falta la firma del refrendante, qué? ¿No será bastante nada menos que la firma de todo un Rey? ¿Por qué hace la Constitución tanto ruido por ese ínfimo requisito «subsancable»? En último término, podríamos decir, generalizando la doctrina de la Sala coruñesa, ¿cómo el Rey sanciona y promulga las leyes, convoca y disuelve las Cortes y ejercita todas las facultades que le reconocen los arts. 62 y 63 de la Constitución? ¿Firmando! ¿Y si no firma, qué? «Tratándose del traslado» —que hará alguien— de una resolución a través de «... los órganos superiores del poder público...» la teoría de la sentencia recurrida nos diría que... no ha pasado nada. ¡Qué pena, para esa doctrina, que la firma tenga tanta relevancia jurídica!

No paran aquí los errores de la Sala en este desafortunadísimo fundamento IV. No estableciendo la debida distinción entre actos nulos y actos anulables, aplica a uno que cuenta entre los primeros una consecuencia jurídica que sólo reza con los segundos. ¡Y esto es bien claro, puesto que el art. 48 comienza por decir que «son anulables, utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el Título V de esta Ley, los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»!

Y la excepción del párrafo 2.º, en que quiere refugiarse la Sala, tampoco tiene lugar cuando se dan la inadecuación a fin o la indefensión de los interesados. Pero aquí la causa de nulidad es mucho más profunda y la inadecuación a fin deriva de ella. Porque —como decían ya los clásicos latinos— *quod non est, confirmare nequit*. Una resolución sin firma no es aún tal, aunque algunos funcionarios quieran por tal tenerla. Por tanto, diremos con COUTURE: Un acto nulo no puede ser convalidado, aunque deba ser invalidado.

Es decir, si la resolución nula fuera desestimatoria, o sea, contra la Administración, no sería válida (léase, no debería coonestarse); ¿al ser confirmatoria, sí?, ¿para hacer honor al principio de igualdad procesal entre las partes y a los arts. 7, 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la Constitución se ha comprometido a recibir en España? ¿Pero es que puede confirmarse lo que no es?

La firma constituye un «requisito» exigido para las sentencias (arts. 364 y 365 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y hasta tal punto necesario que (art. 366) cuando un Magistrado votante no pudiere firmar tendrá que hacerlo por él el Presidente, duplicando su firma.

BETTI (*Diritto Processuale Civile Italiano*, pág. 440) llama a la firma y a la fecha de las resoluciones «parte autenticativa» y añade que «caracteriza propiamente la única documentación de las mismas».

IV. LA OMISION DE FIRMA EN OTROS DERECHOS

Como no hay nada nuevo bajo el sol, la anomalía de la omisión de firma se ha producido también alguna vez en otros países. Así en Italia. ¿Y cómo fue tratada por la doctrina y por la Jurisprudencia?

En los *Studi in onore di Enrico Redenti* (II, págs. 391 y ss.), Andrea TORRENTE, Profesor y Magistrado, publica un excelente artículo sobre «Inesistenza e nullità della sentenza». En él (pág. 396) se lee: «E solo la forza imperativa che e propria ed esclusiva dello Stato che può imprimere all'atto la sua efficacia caratteristica e attribuirgli la virtù di volontà concreta di legge. Se il collegamento dell'atto con lo Stato manca, siamo di fronte a un Nicht-Urteil, alla negazione della sentenza. Ma non è il caso d'insistere su queste ipotesi sulle quali, in sostanza, la dottrina e d'accordo nel definire la situazione che si determina in conseguenza dell'inesistenza. Se della domanda e stato investito defettivamente un organo dotato di potere giurisdizionale, e l'inesistenza deriva dall'oralità della sentenza o dalla mancanza di sottoscrizione, il giudice non è liberato del potere-dovere della pronunzia, egli non *est functus munere suo*, la domanda può essere ripetuta davanti a lui e, ove persistesse nel rifiuto, il giudice incorrerebbe in responsabilità civile, ai sensi dell'art. 55 c.p.c.».

(1) COUTURE: «Naturaleza de la sentencia de segunda instancia», en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, III, Montevideo, 1950, págs. 369 y ss. Con sabio discernimiento escribe el jurista uruguayo: «Siendo la segunda instancia un proceso de

revisión de la sentencia de 1.ª... es necesario admitir que el fallo de primera instancia no queda completo hasta tanto no se ha cumplido la instancia de revisión abierta por el recurso. El ven-

cido tiene derecho a provocar la revisión del primer fallo por el superior y no puede decirse que el proceso jurisdiccional quede cumplido hasta tanto esa etapa no se halle agotada» (pág. 376).

Para la Casación italiana la inexistencia de la sentencia no firmada se funda en una ausencia de potestad jurisdiccional, pues es la firma del Juez la que imprime, por así decirlo, esa potestad (Cass. 10 enero 1949, n. 7). La sentencia citada fue objeto de comentario por ANDRIOLI, en *Foro It.*, 1949, I, c. 342. (Para la proyección de esta doctrina a los actos administrativos, vid. SANDULLI: «I limiti di esistenza dell'atto amministrativo», en *Rass. dir. pubbl.*, 1949, págs. 198 y ss.).

No creo necesario añadir más. Una resolución sin firma tiene que calificarse de inexistente. Y si no existe, tanto da que sea confirmatoria o desestimatoria: lo que no existe no confirma ni desestima nada.

En Alemania, la ZPO es contundente en la exigencia de la firma en las resoluciones judiciales, como puede verse en el § 315 (Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, págs. 306 y ss. y SCHÖNKE: *Zivilprozessrecht*, 1949, pág. 287).

V. OTRA «AUTOJUSTIFICACION» DE LA SALA

Pero vayamos aún a otro punto que la sentencia de instancia, en su IV fundamento, toca también de refilón, en forma dilemática. «O bien se trataría —nos dice— de un defecto subsanable o bien se estaría en presencia de un nítido ilícito penal, sobre el que no existe prueba, dato o indicio alguno.»

Estamos aquí ante lo que los lógicos denominan disyunción incompleta, que es un vicio de razonamiento que invalida el dilema, porque hay más posibilidades que las dos tenidas en cuenta. ¿Defecto subsanable? ¿Cómo, cuándo, de qué modo? Pudo tratarse, efectivamente, de una omisión inadvertida, un descuido del titular de la competencia, en que ninguno de sus colaboradores reparara. Es extraño, porque la Sección de Recursos somete sistemáticamente sus propuestas a la firma del que debe firmar; aunque no imposible. Pero cabe también —y es la hipótesis que sugirió esta parte en la vista— que el órgano resolutorio omitiera firmar, porque no quería correr el riesgo de sufrir las consecuencias de una acción protectora del derecho al honor, que previsiblemente ejercitaría el recurrente contra él. No es descartable tampoco la posibilidad de que, por error, trasapelada una propuesta, no pasada aún a firma, se incluyese después entre las firmadas. Incluso lo ilícito penal puede ser multiforme. No lo presumimos; pero no dejaremos de observar que, habiendo de ocultarse por su misma naturaleza, no suele dejar pruebas, datos o indicios: sin investigarlos, los hechos no asomarán a la superficie. ¡Una razón más para no subsanar cosas como estas!

VI. HECHOS IMPORTANTES SILENCIADOS EN APELACION

En su contestación a la demanda inicial, el Abogado del Estado (Hecho tercero) hace un reconocimiento importantísimo: Que «la resolución original... obra al folio 3 del expediente administrativo», aunque añadida, con error jurídico grave, «debidamente autenticada por la Secretaría General Técnica del MOPU». (Pues uno no sabe cómo puede «autenticarse» una resolución inexistente, por no haberla firmado el titular de la competencia.)

Sintomáticamente, en Derecho, el Abogado del Estado no habla para nada de nuestro principal motivo de impugnación: carecer de firma el original de la resolución, original que sí existía en el expediente en la Primera Instancia.

Esto es importantísimo resaltarlo, porque, según el fundamento de Derecho 3 de la sentencia de Segunda Instancia: «el original de la resolución no se encuentra en el expediente» (2), «... no apareciendo acreditado que en el original exista el defecto de forma alegado ni habiéndose solicitado prueba respecto a este extremo al personarse ante esta Sala».

Pero replicamos a este argumento: ¿Es que necesitan prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos de adverso? Si el Abogado del Estado reconoció en instancia que la resolución original obraba al folio 3 del expediente y no había sido firmada por el titular de la competencia, ¿necesitaba la Sala de apelación algo más para dar el hecho por indudable? Si, en efecto, el original faltaba ya de los autos, ¿no había que pasar los mismos al Tribunal penal competente para investigar la infidelidad en la custodia de documentos, evidentemente producida?

En efecto, afirmábamos en la demanda:

«Ya en el escrito de interposición se ha referido el recurrente a la resolución de la Dirección General de Puertos y Costas, sin fecha en su texto y sin ninguna firma avalante, calificándola, por ello, de "sedicente", ya que ha llegado a sus manos sin más elementos de autenticación que un par de sellos de caucho: uno relativo a la fecha y otro correspondiente a la Secretaría General Técnica del MOPU, Sección de Recursos (que propone; pero que no resuelve)...»

«Para llevar a su colmo tamaña inautenticidad, el original de la resolución anterior, que obra en el expediente, tampoco presenta firma alguna. ¿Quién lo ha dictado? ¡No podemos saberlo! Por tanto, su nulidad, como argumentaremos en Derecho, es incuestionable.»

En la remisión del expediente se dice por la Administración: «Adjunto remitimos expediente original completo...».

En el hecho tercero de su contestación a la demanda, el Abogado del Estado reconoce que la resolución original obra al folio 3 del expediente. Y aunque, por motivos tácticos, no mencione expresamente la inexistencia de firma, deja ver con claridad la certeza de nuestro alegato, puesto que si la resolución estuviera firmada, desmintiendo nuestro aserto, lo hubiera dicho.

En los «Antecedentes de hecho» de la sentencia (Primero, 1.º) se resume nuestra doble alegación de falta de firmas y en el cuarto fundamento de Derecho, esa falta se reconoce, aunque se trate de argumentar su validez, pese a ese defecto.

He aquí el razonamiento de la Sala:

«Se sostiene que la resolución dimanante de la Dirección General de Puertos y Costas de fecha 14 de abril de 1988 es nula de pleno derecho por carecer de la firma del titular de la competencia, con infracción de los arts. 4 y 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

«Partiendo de que, como indicó el Abogado del Estado en el acto de la vista, aun aceptando el efecto jurídico pretendido, la situación sería idéntica, por tratarse de una resolución que se limitó a confirmar la del órgano inferior, en todo caso subsistente» (¿y el efecto devolutivo, qué?), «no puede concluirse en favor del demandante el pronunciamiento por él solicitado. En primer lugar, porque tratándose del traslado de una resolución, a través de la Secretaría General Técnica del Ministerio competente, Servicio de Recursos, no se cumplen los requisitos a

que alude el art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo» (¿qué pinta entonces en la Ley de Procedimiento Administrativo la regla 3 del art. 41?); «en segundo lugar, porque o bien se trataría de un defecto subsanable o bien se estaría en presencia de un nítido ilícito penal, sobre el que no existe prueba, dato o indicio alguno».

Sin entrar, por el momento, en la valoración de los argumentos jurídicos que utiliza la sentencia, es claro su reconocimiento del hecho fundamental alegado por nosotros: la falta de firma en el original de la resolución, obrante al folio 3 del expediente, como concretó el Abogado del Estado.

La conclusión de todo esto es obvia: En Primera Instancia existía el texto de la resolución original y carecía de firma.

Pero ¿qué ocurrió en Segunda Instancia?

Dejemos que nos lo diga la sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, del Tribunal Supremo.

En el fundamento de Derecho tercero se dice por la Sala:

«La omisión de la firma del Jefe del Servicio de Recursos en el traslado, sellado y en impreso homologado de la Secretaría General Técnica del MOPU, y el hecho de que el original de la resolución no se encuentre en el expediente, no bastan para impugnar la realidad misma del acto administrativo resolutorio cuando consta en el expediente la certificación correspondiente al traslado de la resolución, no apareciendo acreditado que en el original exista el defecto de forma alegado ni habiéndose solicitado prueba respecto a ese extremo al personarse ante esta Sala.»

Para que la Sala pueda decir que el original de la resolución no se encuentra en el expediente y que no aparece acreditado que en el original exista el defecto de forma alegado, es decir, la falta de firma, es necesario que dicho original, que existía en instancia, como reconocieron allí tanto el Abogado del Estado como la Sala *a quo*, haya desaparecido de los autos. Cosa que, al no evaporarse los sólidos, supone la maquinación fraudulenta de alguien, por lo cual, aplicando el viejo aforismo *cui bono*, ha de imputarse, en principio, a la parte a quien beneficia su «extravío», vale decir, a la Administración. (Ahora resulta que el original de la resolución, siempre sin firma, ha reaparecido en el expediente, como hemos comprobado al revisar los autos devueltos por el Tribunal Supremo al Tribunal Superior de Justicia gallego.)

Y aunque, a decir verdad, contra lo que afirma la Sala, no nos era menester probar hechos reconocidos por la parte adversa (aquí el Abogado del Estado), por lo dispuesto en el art. 74.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en los arts. 565 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cualquier caso la patente «desaparición» del original, que, según hemos evidenciado, no podía ocurrir sin alguna maquinación fraudulenta, presuntamente delictiva, obligaba al Tribunal a remitirse a la Jurisdicción penal, por darse aquí una prejudicialidad penal absoluta, pues del propio texto de la sentencia hay que deducir que si apareciese acreditado que adoleciera el original del defecto formal alegado, el fallo nos hubiera sido favorable. (En otra hipótesis, ¿qué importaría que acreditaríamos, o no, el defecto de forma en el original?)

Queda todavía otra posibilidad, en la que no queremos creer, pero que, para ser exhaustivos, no podemos pasar por alto.

(2) ¡Luego sí, como reconoció el Abogado del Estado en instancia, estaba entonces en el expediente y no lo está ahora

(como manifiesta la sentencia), una de dos: o, con ilícito penal, ha sido sustraído el documento de los autos, o se ha incurrido

por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en una gravísima ignorancia fáctica!

El original de la pseudo-resolución, sin firma, podría no haber desaparecido y seguir en los autos, pero desconocer el hecho la Sala por alguno de los motivos siguientes: a) Porque, por escaso estudio y un examen demasiado superficial de la causa y del alegato fundamental de nuestro recurso, no hubiera reparado el Ponente ni en la manifestación del Abogado del Estado en el hecho tercero de su escrito, ni en el fundamento de Derecho tercero de la sentencia de instancia, ni en el folio 3 del expediente, en donde figuraba la sedicente resolución sin firmar; b) porque, aun a sabiendas de hallarse en los autos el original no firmado y queriendo fallar como falló, la Sala tratara de evitar a toda costa que adquiriera valor jurisprudencial la tesis de que una resolución sin firma pudiera ser eficaz en Derecho. Y así fingió que el original faltaba y que, por ello, no habíamos acreditado la omisión de la firma.

Como estos supuestos, aunque teóricamente posibles, no nos caben en la cabeza, ni podemos, anómalos como son, prohibirlos sin que nos consten con meridiana evidencia, no nos queda otra salida que, aplicando el principio de exclusión, dar crédito a lo consignado en la sentencia y aceptar la desaparición «temporal» del original, y, como no hay efecto sin causa, atribuir la desaparición a una maquinación fraudulenta de la contraparte.

La sentencia de apelación incurre también en otras anomalías poco comprensibles.

VII. MAS ARGUMENTOS HETERODOXOS EXPUESTOS EN LA SENTENCIA

Para que pueda valorarse adecuadamente la calidad de los razonamientos determinantes del fallo en apelación, conviene advertir una cosa: No se admitió prueba en instancia, pese a solicitarlo de consuno ambas partes, ni tampoco se acordó ninguna diligencia para mejor proveer.

En apelación se subsanó, en parte, tal omisión; pero sólo muy parcialmente. Se admitió el reconocimiento judicial, restringiendo su alcance; pero no se admitió ni la prueba testifical —de enorme importancia para el acreditamiento de ciertos hechos, que no podían tener constancia documental (ya diremos cuáles)— ni se quiso acceder, en ninguna de las instancias, a una petición nuestra trascendentalísima que nos producía notoria indefensión: que se oficiase a la Delegación de Hacienda de Pontevedra a fin de que remitiera a la Secretaría del Tribunal copia certificada de los levantamientos catastrales, con base en fotografías aéreas, de los polígonos referenciados Balea (06), San Vicente do Grove, donde la finca litigiosa está enclavada, que nosotros habíamos aportado ya en fotocopia simple. Esto era fundamental para demostrar nuestra tesis: que la situación actual del inmueble era la misma que tenía a la fecha de esos levantamientos catastrales; luego era falsa la imputación hecha al denunciado de «haberse apropiado una porción del dominio público, al cambiar de ubicación su pista de tenis» y, en cambio, era patente la prescripción de la falta objeto de sanción.

Para estudiar a fondo la fundamentación de la sentencia vamos a contraponer, a otros argumentos de la Sala, las demostraciones que los invalidan.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. EXAMEN DE SUS FUNDAMENTOS

En «Antecedentes de hecho» no se hace un resumen de la controversia. Se transcribe el fallo de Primera Instancia e, inconcretamente, las incidencias procesales en apelación.

El fundamento jurídico 1.º ofrece una versión, que me parece sesgada, del *thema deci-*

dendi. (De nuestras alegaciones dice sólo que reproducen las mismas cuestiones fácticas y jurídicas ya planteadas en instancia, lo cual no es exacto, porque si respetamos, como es obligado, el objeto procesal, hemos hecho una crítica a fondo de la sentencia, que no cabría con anterioridad a ella.)

El 2.º fundamento recuerda la Jurisprudencia de la Sala en torno al alcance de la apelación y la prohibición de la *reformatio in peius*.

El 3.º ha sido ya transcrito.

El 4.º dice: «Opone el apelante la improcedencia de la sanción impuesta por no constituir los hechos reprochados infracción administrativa «sino meros actos dominicales del propietario», alegando al efecto la incompetencia de la Administración por el doble motivo de intentar una pretendida recuperación de un «sedicente dominio público» soslayando la preceptiva acción reivindicatoria y de tratarse de una cuestión prejudicial civil al ostentar el recurrente un derecho pleno de dominio sobre la finca legalmente adquirido cuyo respeto venía reconocido en la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 y de Puertos de 19 de enero de 1928.

Tampoco puede estimarse este motivo de su recurso. De lo actuado en este recurso contencioso-administrativo y del expediente administrativo incoado resulta que su único objeto es una sanción administrativa por realización de obras sin autorización y la correlativa imposición de una obligación de restituir y reponer las cosas a su primitivo estado de conformidad con el art. 5.1 de la Ley 7/1980, de 10 de marzo, de Costas, vigente al tiempo de la imposición de la sanción. La materia litigiosa se refiere a la protección del dominio marítimo y el conocimiento de las infracciones administrativas previstas en esa Ley correspondía, según su art. 4 y Disposición Final, a los órganos administrativos a los que se atribuye también la facultad de acordar las medidas complementarias a que la misma Ley se refiere.

No es, pues, objeto de este recurso la cuestión del dominio público o privado de la finca de que es titular el apelante ni la reivindicación por la Administración del espacio que se dice invadido por las obras realizadas por el denunciado sino el de la conformidad a derecho de las resoluciones sancionatorias derivadas de las denuncias acumuladas en un mismo expediente, por la íntima conexión entre ambos de las infracciones imputadas al mismo denunciado, ya que el depósito de escombros se refería a los procedentes de la obra de cierre de la finca en la parte de la zona deslindada como marítimo—terrestre». (La puntuación, en este y en los demás fundamentos, es la de la sentencia.)

Comentario crítico

No se sintetiza correctamente ni nuestra argumentación, ni los hechos, ni las pruebas.

1.º) El presunto deslinde se practicó *inaudita parte* y no fue objeto de notificación personal al recurrente, con manifiesta infracción del art. 6.2 de la Ley de Costas vigente a la fecha. ¿Puede ser válido contra él y destruir la presunción de inocencia en procedimiento sancionatorio?

Pues bien, de ese ilegal deslinde, equívoco y que no se nos permitió desvirtuar, depende toda la actuación administrativa. Equívoco porque, fracasada la primera comparecencia, para «efectuar las comprobaciones pertinentes», hubo que aplazarlas «debido a la dificultad en determinar la línea de deslinde» (Resultando 6.º de la resolución de la Jefatura del MOPU pontevedresa). No se nos permitió desvirtuarlo, porque se nos cercenó la prueba idónea. Tampoco se razona en

ninguna de las instancias sobre nuestras varias invocaciones de derechos fundamentales conculcados. Por ejemplo: Si el deslinde se da por válido sin notificación personal ni audiencia, la indefensión es palpable, sobre todo, al no haberse permitido desvirtuarlo. La denegación de pruebas esenciales conculca el art. 24 de la Constitución. La presunción administrativa, derivada del vidrioso deslinde, no puede oponerse al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Para colmo, tanto en la fase administrativa como en la judicial se dan por buenas ciertas incógnitas comprobaciones, que jamás se concretan y que, al no explicitarlas, no nos es posible rebatir.

El objeto del proceso se fija por las contrapuestas pretensiones de las partes. Y si la sanción es por vertidos en y ocupación de dominio público, es claro que definir si se trata de propiedad privada o dominio público es el punto esencial. Porque, si los vertidos no se efectuaron en dominio público, ni se ha ocupado éste, ¿cómo no habrá de ser abusiva la sanción? Además, se olvida aquí que las resoluciones implican, en su ejecución, el derribo de parte de lo edificado y la «recuperación» por la Administración de esos 161 m² que se dicen ocupados por el denunciado. Ahora bien, en el expediente se aportan por el MOPU dos planos de la zona que no concuerdan entre sí, ni con los catastrales, que no se nos permitió advenir. Por otra parte, si se reconoce —como lo hace la sentencia— que de la finca «es titular el apelante», ¿qué espacio queda para el dominio público?

Añadiremos que en el Acta de Comparecencia de 31 de marzo de 1987 se dice textualmente: «Una vez en el lugar, y en cuanto a los vertidos de tierras y deshechos (*sic*), se puede comprobar que éstos han sido empleados en el arreglo del camino de servidumbre que discurre en las cercanías de la finca, no pudiendo apreciarse restos considerables».

La última declaración del fundamento entraña error de hecho, pues nuestro expreso «reconocimiento», a que se agarra el MOPU, versa sobre las obras en la pista de tenis, no en el cierre.

Sentencia. Fundamento quinto

«Valorando nuevamente la documentación obrante en los autos y en el expediente administrativo en relación con la prueba de reconocimiento judicial practicada en esta instancia, se obtiene que han quedado probados los hechos constitutivos de las infracciones sancionadas: las fotografías aportadas y el acta de la comparecencia, celebrada el 31 de marzo de 1987 en el expediente administrativo sancionador incoado para efectuar las comprobaciones de las dos infracciones objetivas del mismo con la asistencia de intervención de un yerno del denunciado que compareció como representante de éste, y en la que se procedió a replantear el terreno según el deslinde aprobado por Orden Ministerial de 31 de mayo de 1978, muestran que la parte noroeste de la finca, donde se había construido una piscina y unas instalaciones complementarias, había sido cerrada ocupando parte de la playa en una superficie de 161 metros cuadrados y en la prueba de reconocimiento judicial se comprobó la desaparición de uno de los mojones del deslinde de dicha zona situado precisamente en el punto noroeste de la linde de la finca litigiosa. Las fotografías muestran igualmente la existencia de escombros y tierras depositadas junto al muro exterior de la finca en su punto nordeste, habiendo alegado el propio denunciado que procedían de obras realizadas en una pista de tenis situada en el centro de la finca y que se depositaron para defensa contra las mareas del camino existente para la extracción de áridos que se efectúa en ese paraje.

El apelante ha alegado que tales obras se han realizado en la finca de su propiedad con la correspondiente licencia y hace diez años cuando construyó el chalet. Sin embargo, las obras de la piscina y de sus instalaciones dentro de la zona manifestó haberlas realizado en 1985, aunque no ha llegado a demostrar la fecha de realización de esas obras a efectos de desvirtuar la denuncia formulada contra el hoy apelante, fechada el 31 de agosto de 1986 con error manifiesto advertido, ya que aparece tachada la mención del mes y sobrepuesto a lápiz "julio", ya que fue notificada al interesado por el Servicio de Costas por acuerdo del 4 de agosto de 1986, con registro de salida el 21 y recibido por éste el día 28 del mismo mes.»

Comentario crítico

La sentencia omite aquí varias cosas:

a) El replanteo, hecho por alguien a quien se llama Técnico Auxiliar Topógrafo, designado por la contraparte sin participación del denunciado, no puede valer como «peritaje», por no haberse cumplido las condiciones señaladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 610 y siguientes, y en especial porque no emitió dictamen alguno expresando la razón de ciencia o máximas de experiencia en que se funde, sino que «definió *ex cathedra*» la línea divisoria según un supuesto plano «oficial» que oportunamente apareció en esta segunda comparecencia, no en la primera, y que carece de los más elementales requisitos de fiabilidad. Fue levantado por autor anónimo, sin dar la mínima oportunidad de audiencia al denunciado y carece de cualquier referencia a señales fijas o accidentes visibles que permitan identificar los límites de la zona marítimo-terrestre sobre el terreno. Tampoco traza la línea de la pleamar, necesaria para fijar la zona marítimo-terrestre. Hay, además, contradicción entre ese plano y el aportado por el vigilante de Costas, y entre ambos y el catastral, como dejaba ver la fotocopia del mismo, cuya compulsu se nos negó, con obvia indefensión.

b) El reconocimiento judicial se redujo a las siguientes cuestiones:

1. «Si por hallarse el campo de tenis situado en el centro mismo de la finca litigiosa, resulta imposible que las obras para cambiar su pavimentación, pudieran haber afectado en cualquier forma a la zona marítimo-terrestre.»

Por el Juez se hace constar «cómo, en efecto, el campo de tenis se halla situado aproximadamente en el centro de la finca de litis, siendo por tanto parecer de S. S.^a que la modificación del pavimento de la misma, y siempre que ésta permanezca actualmente en el lugar donde estuvo siempre, no ha podido invadir la zona marítimo-terrestre, situada al viento norte de la referida finca.»

2. «Si la situación actual del campo de tenis desmiente absolutamente la afirmación de que su cambio de ubicación haya supuesto una ocupación de dominio público, pues, aunque se hubiera variado su situación, cosa que no pudo haberse hecho, dadas las dimensiones respectivas de la finca, construcciones existentes en ella y campo de tenis, el haberlo colocado en la posición en que está, al centro de la finca y no en uno de sus límites, hace imposible ligar al presunto cambio de ubicación cualquier invasión de la zona marítimo-terrestre, puesto que lo único que podría ocurrir sería todo lo contrario.»

Dice el Juez: «Respecto al segundo de los puntos interesados y como se colige de lo manifestado con relación al primero, si la pista de tenis hubiera modificado su situación primitiva, ello no obstante su situación actual en el centro aproximado de la finca, sólo parece permitir la idea de que esta ubicación sea la que tuvo siem-

pre o la resulta de la modificación pudiera invadir la zona marítimo-terrestre sin que la invadiera el resto de la finca donde la pista está inserta.»

Y añade: «Por la parte actora se hace constar en relación a este punto la existencia de plantaciones entre la referida pista de tenis y la zona marítimo-terrestre y en concreto palmeras cuya presumible antigüedad supera al menos los cinco años.»

3. «Si, dada la índole y antigüedad de las construcciones que existen en la finca del recurrente, es imposible que, en la fecha en que se denuncian los hechos, pudiera haberse producido ocupación de dominio público, ya que en los puntos en que se pretende por la Administración que ocurrió tal ocupación existe una piscina e instalaciones complementarias, ya terminadas en febrero de 1985, como demuestra la documentación aportada y a exhibir en el acto de reconocimiento judicial.»

«Respecto al tercer punto interesado en el exhorto de referencia, y teniendo S. S.^a las facturas y cambial que en este acto se le exhiben, siendo librador la entidad mercantil Acuatic, S.A., y librado D. Luciano Lois Estévez, y asimismo partiendo de que éstas correspondan a la construcción de la piscina, lo que naturalmente no puede advenirse en este acto, por S. S.^a se hace constar que si la construcción de la piscina data de las fechas obrantes, tanto en la factura como en la cambial, todas ellas correspondientes a 1985, resultará entonces obvio que la construcción de la piscina es anterior a la fecha en que los hechos fueron denunciados. Respecto a las instalaciones complementarias, consistentes en un cuarto de baño de obra en piedra y un panel receptor de energía solar, resulta imposible advenirse si su antigüedad es mayor o menor que la de la fecha de la denuncia, haciéndose no obstante constar que aparecen situadas en el viento noroeste de la finca y, por lo tanto, entre la pista de tenis y las referidas instalaciones se halla construida la piscina.»

«Por el actor se aporta en este acto fotografía que parece revelar la preexistencia del referido cuarto de baño en relación a la construcción definitiva de la piscina, fotografía que queda unida a la presente diligencia a los efectos que se consideren oportunos». (La fotografía muestra esa construcción donde están el panel solar y el cuarto de baño, etc., y la excavación efectuada para la piscina, antes de hacer ésta.)

«Respecto al cuarto de los puntos interesados en el exhorto de referencia, por S. S.^a se advierte la existencia de los mojones identificados con los números 260, 267 y 269, sin embargo el mojón señalado en el croquis adjunto con el número 268, situado junto a la finca de litis, ha desaparecido. Se hace constar igualmente por S. S.^a que entre los mojones 266, 167 y 269, en cuya superficie aparecen grabadas las letras "ZMT", podría describirse una línea imaginaria prácticamente recta. Se observa igualmente que la totalidad de la finca de litis, cerrada por sus cuatro vientos, se halla situada sensiblemente al interior de la referida línea imaginaria, aproximadamente a unos veintidós metros, de tal forma que si tomamos la referida línea imaginaria proyectada por los mojones antedichos, la finca de litis en absoluto invadiría, por ninguno de sus puntos, la zona marítimo-terrestre, por cuanto, como se ha dicho, se encuentra situada notablemente hacia el interior.»

«Por la parte actora se hace constar la existencia de un camino, que llama de servidumbre, situado entre la finca de litis y el mar. Todos los mojones se encuentran colocados por la parte exterior del camino, dejando éste fuera de la zona marítimo-terrestre, que así delimitaría. El referido camino, externo a la zona marítimo-terrestre, y de anchura variable, se halla situado entre los mojones y la finca litigiosa.»

Está bien claro, pues (a pesar de la cautela con que suelen redactar los jueces las actas de reconocimiento, para evitar que se prejuzgue el fallo), que las cuestiones debatidas quedan zanjadas en el sentido en que las ha expuesto el apelante. Porque si el camino —que se reconoció de servidumbre por la contraparte en la comparecencia— queda fuera de la zona marítimo-terrestre, y los vertidos se hicieron en él, no puede ya ser cierto que se hicieran en dominio público. Luego es falsa la denuncia y no cabe sanción administrativa, ni constituye falta que lo arreglen los titulares de los predios dominantes.

Consta también la falsedad de la otra denuncia, en cuanto afirma que la ocupación del dominio público se había producido al cambiar la ubicación de la pista de tenis, lo cual el reconocimiento judicial demuestra imposible.

Veamos ahora las cuestiones que no se declararon pertinentes en el reconocimiento judicial y la trascendencia de las mismas:

«4.º) Observación y medición de la superficie que ocuparían en la finca litigiosa esos 161 m² de dominio público que se suponen usurpados por el actor en 1986 y cómo en esa misma área se encuentran edificaciones cuya fecha de construcción hace imposible que sea cierta la imputación del Celador sobre cuya base se inició el expediente sancionatorio...»

«6.º) Comparación, también sobre el terreno, de los diversos planos "oficiales" relativos a la localidad, a saber: el adjunto al acta de 31 de marzo de 1987, el que el Celador acompaña con su denuncia, y los planos catastrales, para comprobar la incompatibilidad de unos y otros y el ajuste a la realidad de los catastrales (cuyas copias simples puede aportar el recurrente), pero no de los del MOPU.»

«7.º) Cómo la finca del recurrente aparece en los dos planos catastrales (Balea, 06, San Vicente del Grove), señalada en el primero con una cruz y en el segundo bajo la palabra "Vicente"; cómo en este último, en representación estilizada, puede verse la finca de mi representado con todas sus dependencias y cómo no puede haber ocupación de dominio público, ya que la demarcación de la zona marítimo-terrestre —línea punteada— dista de los límites correspondientes a la finca del recurrente.»

«8.º) Confrontación con la realidad de las fotografías que se aportan en el acto, para mejor ilustración de la Sala, para acreditar la autenticidad de las mismas y su plena correspondencia con los datos geográficos observables.»

En otrosí insitamos en la necesidad de advenir los planos catastrales, para dar pleno efecto probatorio a las cuestiones números 6.º y 7.º del mismo escrito.

Tampoco esta pretensión fue atendida.

En resumen: En primera instancia se denegó la prueba. En la segunda no se admitió sino el reconocimiento judicial, y aún éste reducido a la mitad de los temas planteados, todos de gran importancia para el pleito.

La Sala de apelación, empero, nos reprocha «no haber llegado a demostrar la fecha de realización de las obras». Pero, cercenada la prueba, ¿es justo el reproche? ¿Y no estamos, además, en un procedimiento sancionatorio? Aportamos las facturas de la empresa Acuatic (constructora de la piscina) y las cambiales correspondientes a su pago. ¿Se precisaba más? Si se nos hubieran admitido otros medios de prueba, como la testifical, por ejemplo, el gerente de la empresa, el capataz y algunos obreros, podían haber corroborado la fecha en que se iniciaron y terminaron las obras, ¿pero no basta saber que

cuando se excavó el hueco para la piscina ya estaban los muros y la caseta del baño en la misma situación en que se encuentran hoy, como revela esa fotografía incorporada al acta de reconocimiento?

Fundamentos 6.º y 7.º de la sentencia

Se nos dice en ellos, como con error afirmó en instancia el Abogado del Estado, que «el deslinde ni siquiera aparece impugnado en la vía administrativa».

He ahí otra grave inexactitud. Que en el recurso de apelación ante la Dirección General hemos impugnado el deslinde, lo reconoce la pseudo-resolución en su resultado 3.º, al decir: «considera (el recurrente) que el imputarle las obras de "cierre y ocupación de terrenos en la zona marítimo-terrestre" adolece de fundamento como se acredita observando la resolución que se impugna en la que se puede leer que "debido a la dificultad en determinar la línea de deslinde, se decidió aplazar a posterior fecha..."», es decir, que el Organismo actuante desconocía de antemano por dónde corre el límite entre el dominio público y el privado; asimismo cuestiona la validez del plano de deslinde aprobado por la Orden Ministerial de 31 de mayo de 1978...».

Pero incluso este reconocimiento no es completo, pues objetábamos aún que la primera resolución daba valor de prueba a una simple aserción de parte (un Técnico Auxiliar Topógrafo de la Administración, que no se identifica ni expone su «razón de ciencia», esencial para valorar un peritaje), expresamente contradicha por el denunciado, lo que supone admitir un hecho, penalmente tipificado (¡por tanto, con prejudicialidad penal absoluta!), en detrimento del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no desvirtuable por una mera manifestación del adversario ¿O serviría de algo la presunción de inocencia si pudiera destruirse al afirmar lo contrario la autoridad administrativa?

El fundamento 6.º de la sentencia concluye citando declaraciones jurisprudenciales (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1984 y 25 de junio de 1987) cuyo significado, a mi entender, no es congruente con la tesis actual de la Sala, que dice, en efecto, que «si bien el deslinde de la zona marítimo-terrestre es función administrativa, y como tal revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la calificación de dominio público o propiedad privada, así como la ubicación del terreno dentro de la zona, es materia propia de la jurisdicción del orden civil, la que sin interferir en aquella jurisdicción puede debatir plenamente el carácter público o privado de la parcela litigiosa».

En el fondo, tal era la posición que habíamos adoptado nosotros: antes de pronunciarse sobre si había existido infracción administrativa o no era preciso decidir, como cuestión prejudicial civil absoluta, si toda la finca litigiosa era o no de propiedad privada; y si el llamado —por la contraparte misma— «camino de servidumbre» formaba parte o no de la zona marítimo-terrestre. Porque sólo en el primer caso y no en el segundo podría haberse cometido la infracción sancionable. Y mientras no esté definida con *plena cognitio* la propiedad, privada o pública, del terreno, no se sabe con seguridad si la medida sancionatoria es o no procedente. Pues decretar medidas coactivas sobre un hecho dudoso es quebrantar el axioma de libertad y la presunción de inocencia.

Por eso, tampoco el fundamento 7.º de la sentencia es sostenible; mucho más desde que consta, por el reconocimiento judicial (punto cuarto) que el camino de servidumbre queda fuera de la zona marítimo-terrestre y que la finca litigiosa ni siquiera colinda con el camino, sino que se aleja aún más de dicha zona.

Quedan dos cuestiones importantes en que también yerra la sentencia:

a) En el fundamento 5.º se alega contra nosotros que «en la prueba de reconocimiento ju-

dicial se comprobó la desaparición de uno de los mojones del deslinde de dicha zona situado precisamente en el punto noroeste de la linde de la finca litigiosa», lo cual podría hacer pensar que fuese arrancado por el recurrente o por su orden. Pues en otra hipótesis, ¿qué sentido podría tener el aducirlo contra el apelante?

Da la «casualidad» de que al recurrente le interesaba demostrar que el mojón número 268 (punto 5.º del reconocimiento judicial) estaba «desalineado» respecto a los otros y a la línea de la pleamar y por ello su desaparición le perjudica. Queriendo acreditar este hecho, ¿entorpeceríamos su prueba nosotros mismos? Nuestro argumento implícito era el siguiente: el camino de servidumbre —como iba a demostrar el reconocimiento judicial— estaba, todo a lo largo de los restantes mojones, fuera de la zona marítimo-terrestre: ¿podría justificarse, pues, que un deslinde posterior en reducidísima parte la invadiera? Si, además, en el lugar preciso en que las dunas muestran mayor elevación, exigiendo que la línea de la pleamar se retire, ¿sería admisible que el linde se corra en sentido contrario? Son cosas incompatibles: camino de servidumbre en zona marítimo-terrestre y deslinde más reciente que lo sobrepara y entra en fincas de dominio privado inmemorial.

Por último, el fundamento 8.º de la sentencia rechaza nuestra excepción de prescripción de la falta, basándose en que por el reconocimiento judicial no puede determinarse si las obras de construcción de la piscina son anteriores o posteriores a la denuncia. Léase lo que realmente dice el Juez y se verá cuán poco equitativa resulta esta interpretación, que vuelve contra nosotros la prueba que no se nos permitió practicar. Además, la fotografía «parece revelar la preexistencia del referido cuarto de baño en relación a la construcción definitiva de la piscina». Más que eso: o es un amaño —con falsedad que no podría presumirse— o prueba irrefutablemente que el muro de cierre ya existía cuando se inició la construcción de la piscina. Luego, transcurrido un año, la falta habría prescrito.

JURISPRUDENCIA

CIVIL

SUCESION / Entrega de legados.— Condicionamiento a la liquidación y partición de la herencia.—Previo inventario y avalúo de los bienes del causante.—División patrimonial prescindiendo de las disposiciones testamentarias.—Requisitos.—Exclusión del contador-partidor.—Procedencia.—Transformación de la comunidad hereditaria en condominio ordinario.

1.—No es posible la entrega de los legados sin que proceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a la he-

rencia forzosa, porque solamente de ese modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad (Cfr. TS 1.º SS 24 Nov. 1900, 11 Dic. 1913, 6 Nov. 1934, 3 Jun. 1947 y 25 May. 1971 y DGRN RR 27 Feb. 1982 y 20 Sep. 1988).

2.—La pretensión de la demanda no puede prosperar, sobre todo teniendo en cuenta que en la misma se afirma que sólo existe otra finca en la herencia, cuyo valor se desconoce en rela-

ción con el legado que se reclama, y porque en la propia demanda se reconoce que es necesario hacer previo inventario y avalúo de los bienes de los causantes y, pese a ello, tales operaciones ni se han solicitado ni, por tanto, practicado; las referidas afirmaciones y jurisprudencia aplicable al caso son por sí solas suficientes para rechazar la entrega del legado que se pretende, sin necesidad de examinar otras cuestiones como la relativa al derecho de acrecer de todo el legado en favor del actor (Cfr. TS 1.º SS 24 Nov. 1900, 11 Dic. 1913, 6 Nov. 1934, 3 Jun. 1947 y 25 May. 1971 y DGRN RR 27 Feb. 1982 y 20 Sep. 1988).

3.—Los herederos mayores de edad que tengan la libre administración y disposición de sus bienes pueden, por acuerdo unánime de todos ellos —*nemine discrepante*—, partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Cfr. TS 1.º SS 21 Ene. 1907, 7 Nov. 1935, 7 Ene. 1949, 28 Ene. 1964 y 25 Feb. 1966).

4.—Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario, el más amplio sector de la doctrina, que comparte el TS 1.º, sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus