

Cuadernos **de la** **Facultad de Derecho**

2-1982



Universidad de Palma de Mallorca

DIRECTOR

Gregorio Delgado del Río

CONSEJO DE DIRECCION

Javier Boix Reig
Manuel García Fernández
Juan Ramallo Massanet

CONSEJO DE REDACCION

Francisco Astarloa Villena
Manuel Atienza
José María Bricall Masip
Bartolomé Colom Pastor
Miguel A. Fernández López
Román Piña Homs
Pablo Salvador Coderch
Francisco Samper Polo
Jaime Zurita y Saénz de Navarrete

SECRETARIO

Miguel Dolz Roca

Correspondencia:

Facultad de Derecho.
Universidad de Palma de Mallorca
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 550 pts.
Por suscripción. Número 400 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

2 -1982



Universidad de Palma de Mallorca

Las opiniones expuestas en los diferentes trabajos son de la exclusiva
responsabilidad de sus autores.

La dirección de "Cuadernos" agradece a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares ("Sa Nostra") la colaboración financiera prestada para la publicación de este número.

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

JORVICH, S.L. - Industria Gráfica
Francisc de Borja Moll, 22 - Palma

Fotocomposición y montaje:

COMPOSICION BALEAR
Jaime Durán, 1 - Palma

ISSN: 0212-0577

Depósito legal: P.M. 300/82

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS	
Eugenio Aguiló Pérez <i>El sector Turismo y el déficit exterior: 1974-1981</i>	7
Enric Argullol i Murgadas <i>Els plans especials de reforma interior i el principi d'ordenació escalonada del planejament.</i>	21
Norbert Hoerster <i>Ética jurídica sin metafísica</i>	47
Tomás Mir de la Fuente <i>La "definición" del Derecho Civil Especial de Baleares y los conflictos de leyes</i>	67
Román Piña Homs <i>Sobre la penalización del juego en el Reino de Mallorca</i>	81
Cesareo Rodríguez-Aguilera <i>Sobre la realización judicial del Derecho</i>	107
NOTAS	
Manuel Atienza <i>Un filósofo del Derecho francés: André J. Arnaud</i>	119
Francisco Vicent Chuliá <i>Sobre una reciente monografía de Derecho Mercantil</i>	133
BIBLIOGRAFIA	
Elias Díaz <i>Socialismo en España: el partido y el Estado</i> (Josep Aguiló)	147
Luis María Cazorla Prieto <i>Poder Tributario y Estado Contemporáneo</i> (Carmen Fernández)	150

Luís Madero	Págs.
<i>La intervención de tercero en el proceso canónico</i> (Antonio Pérez Ramos)	152
Ezequiel Belenchon	
<i>La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio</i> (Antonio Pérez Ramos)	152
Frans A. M. Alting Von Geusau	
<i>The external relations of the European Community. Perspectives, policies and responses</i> (Joan F. Thomas)	153
RELACION DE LIBROS RECIBIDOS	155
JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA	157
I. Sala de lo contencioso administrativo	159
II. Sala de lo Civil	183
III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal	267

ESTUDIOS

EL SECTOR TURISMO Y EL DEFICIT EXTERIOR: 1974-1981

EUGENIO AGUILO PEREZ
Profesor Adjunto de Teoría Económica

El presente artículo tiene por objeto el análisis del comportamiento del sector turismo en la Balanza de Pagos, durante el período correspondiente a la actual crisis económica. Más concretamente, se estudia el período 1974-81 habiéndose elegido como punto de partida 1974, ya que en dicho año se produjo un importante descenso en el número de turistas llegados. Después de un largo período de crecimiento continuado en la demanda turística, tuvo lugar un fuerte cambio en la tendencia, que supuso una disminución significativa en el turismo mundial. El estancamiento en el que entraron las economías occidentales desarrolladas y el incremento en el precio del transporte al encarecerse el precio del petróleo a partir de finales de 1973, fueron las causas determinantes de este proceso.

El problema que el artículo plantea, tiene plena vigencia en el contexto de las Baleares. Efectivamente, es de sobra conocido que Baleares posee alrededor del 27% de la oferta hotelera española, lo que nos permite afirmar en relación al tema que nos ocupa, que las divisas que genera Baleares en relación al total de las divisas por turismo alcanza una cifra muy significativa. Concretamente en 1980, las entradas por divisas en nuestra Balanza de Pagos en concepto de turismo y viajes fueron de 500,6 mil millones de ptas. y según un reciente estudio sobre el turismo de Baleares⁽¹⁾, el gasto turístico realizado en las islas alcanzó una cifra por encima de los 93 mil millones de ptas., lo que nos permite afirmar que Baleares participó en un 19% en el volumen de divisas generadas

(1) *El Turismo en las Baleares*, Conselleria d'Economia i Hisenda y Banca March, 1981.

por este concepto. En este sentido, cabe reseñar que este resultado coincide con la opinión de los expertos que señalaban una cifra de participación de alrededor del 20%.

En el ámbito de los aspectos económicos del turismo, es indudable que el que ha recibido una mayor atención es su capacidad de paliar los desequilibrios externos. Frecuentemente, se ha aludido a las limitaciones que supone una visión en torno a la importancia del turismo tal como la aquí reseñada, ya que, de hecho, este sector permite alcanzar otros objetivos de política económica. Es evidente que el turismo constituye un motor de desarrollo regional, como lo demuestra el hecho frecuente en la economía española, de que determinadas zonas carentes de otros factores de desarrollo impulsores, han visto como el turismo hacia posible el crecimiento de la renta regional. Incluso, como pone de manifiesto Sinclair⁽²⁾, el turismo tuvo la ventaja de disimular el poco éxito de la política de polos de desarrollo que se aplicó en España.

Ciertamente, no se ha prestado excesiva atención a este importante aspecto del turismo, tanto a nivel teórico como en su vertiente aplicada. Ello no nos debe hacer olvidar la existencia de considerables esfuerzos en este campo, como la determinación de los multiplicadores del gasto turístico⁽³⁾, las tablas imput-output del sector, los modelos de previsión de la demanda, etc..

Una vez hecha esta precisión, debemos ocuparnos de los aspectos del turismo que afectan a la Balanza de Pagos, ya que este es nuestro objetivo. No se puede decir que exista un análisis global sobre el papel del turismo como generador de divisas, aunque éste haya sido el aspecto del turismo más estudiado, como hemos señalado anteriormente. Por el contrario, los datos que conocemos solo nos proporcionan una visión muy parcial de la contribución del turismo a la Balanza de Pagos. Efectivamente, existe una importante corriente de opinión que sostiene que la simple inclusión en la balanza de servicios de los ingresos por "turismo y viajes" siguiendo la normativa propuesta por el Fondo Monetario Internacional, ignora otros efectos importantes del turismo en la Balan-

(2) Ver T. Sinclair, "El multiplicador del turismo en el contexto de las necesidades y limitaciones de la política de desarrollo regional española" *Revista Española de Economía*, Sept.-Dic. 1976.

(3) Para un análisis de los multiplicadores turísticos y de los efectos del turismo en el desarrollo, ver T. Sinclair, op. cit. y Gearing, Swart y Var (Eds.), *Planning for Tourism Development, Quantitative Approach*; Preager Publishers, 1976.

za de Pagos. En este contexto, se habla de la necesidad de formular una Balanza del Turismo que vaya más allá de la simple definición de ingresos y gastos por turismo y viajes.

En estas propuestas⁽⁴⁾, se desarrolla una balanza en la que figuran diferentes partidas, según cuales sean los distintos tipos de transacciones exteriores causadas por el turismo. En primer lugar, esta cuenta exterior del turismo debe contener el conjunto de los ingresos generados por los turistas extranjeros y los gastos en el exterior de los turistas nacionales. Por otra parte, es preciso tomar en consideración los movimientos de capitales ocasionados por el turismo y, concretamente, las inversiones de capital que actualmente están integradas en la balanza de capitales, así como las rentas que proporcionan estas inversiones y que son repatriadas. Todos los gastos de publicidad y promoción en el exterior para apoyar la imagen del país, la formación de personal en el extranjero, etc., también deberían tener cabida en este nuevo enfoque. Finalmente, un capítulo extremadamente relevante es el transporte, en el que se debería tratar tanto el coste en divisas de los transportes pagados a empresas extranjeras, como los ingresos procedentes de gastos de extranjeros pagados a empresas domiciliadas en el país.

Es evidente que como consecuencia de esta nueva forma de presentar las transacciones exteriores subyacentes al fenómeno turístico, sería posible ofrecer una visión más auténtica del papel de este sector en el equilibrio externo. Además nos permitiría juzgar con mayor precisión su influencia en otros sectores de la economía. Nosotros vamos a ocuparnos, tal como hemos señalado anteriormente, de la influencia del turismo en la Balanza de Pagos, siguiendo el enfoque tradicional, es decir, considerando únicamente los ingresos y gastos por turismo tal como figuran en la Balanza de Pagos. Aunque este enfoque resulta limitado, no existen datos que permitan diseñar una auténtica Balanza Turística que contenga básicamente las partidas que acabamos de reseñar.

Antes de seguir adelante, debemos también referirnos a los principales métodos utilizados por los diferentes países para contabilizar las entradas y salidas por turismo. Básicamente existen dos métodos. El primero es el método directo, basado en las informaciones recibidas por el Banco Central procedentes fundamentalmente de las oficinas de cambio

(4) La propuesta que aquí se expone, la he tomado de la publicación de la *Organización Mundial de Turismo*, "Evaluación de las partidas correspondientes al turismo en la Balanza de Pagos" y del artículo de R. Baretje, "Turismo = divisas, sumando para una nueva metodología" en *Turismo: Horizonte 1985*, Editur, 1979.

de los bancos. El segundo es el método indirecto, que utiliza el gasto medio por turista y día obtenido por encuestas multiplicado por el número de pernотaciones. El primer método plantea una serie de problemas al no contabilizarse un conjunto de transacciones, como la compensación legal o privada entre tour-operators y agencias de viajes, el mercado negro de divisas, diferencias entre el tipo de cambio real y el oficial, etc.. El segundo método, plantea un tipo diferente de problemas, basados en el registro inexacto de pernотaciones, la inclusión o no de los excursionistas en la definición de "turista", etc.(5).

Hecha esta salvedad, hay que poner de manifiesto, como ya es de sobras conocido, que los ingresos por turismo han constituido y constituyen una de las fuentes de divisas más importantes en nuestra Balanza de Pagos, siendo su misión más destacada la de paliar el déficit persistente de la balanza comercial. Sin embargo, esta importancia ha ido disminuyendo a través de los años, desde que se inició el gran auge del turismo a partir de los primeros años de la década de los sesenta. Efectivamente, si los ingresos por turismo representaban una cifra superior al 5% de la renta nacional a principios de la década de los setenta, en el año 1980 esta cifra se ha visto reducida al 3,3%. Por otra parte, los ingresos por turismo representaban en 1970 el 24,6% de los ingresos totales de la balanza básica, es decir, la balanza de operaciones corrientes más la balanza de capitales a largo plazo, por el contrario, esta cifra se redujo en 1980 a un 15,5%.

A partir de esta visión general, vamos a concentrar nuestro análisis en lo que ha ocurrido en el período 1974-1981. Para ello, el Cuadro 1, ofrece la evolución de las cifras de un conjunto de partidas de la Balanza de Pagos española que utilizaremos a continuación para el cálculo de diferentes índices de interés.

(5) R. Baretje, op. cit., señala que los resultados obtenidos en Francia por el Banco de Francia que utiliza el primer método y la Secretaría de Estado de Turismo que utiliza el segundo, son bastante diferentes.

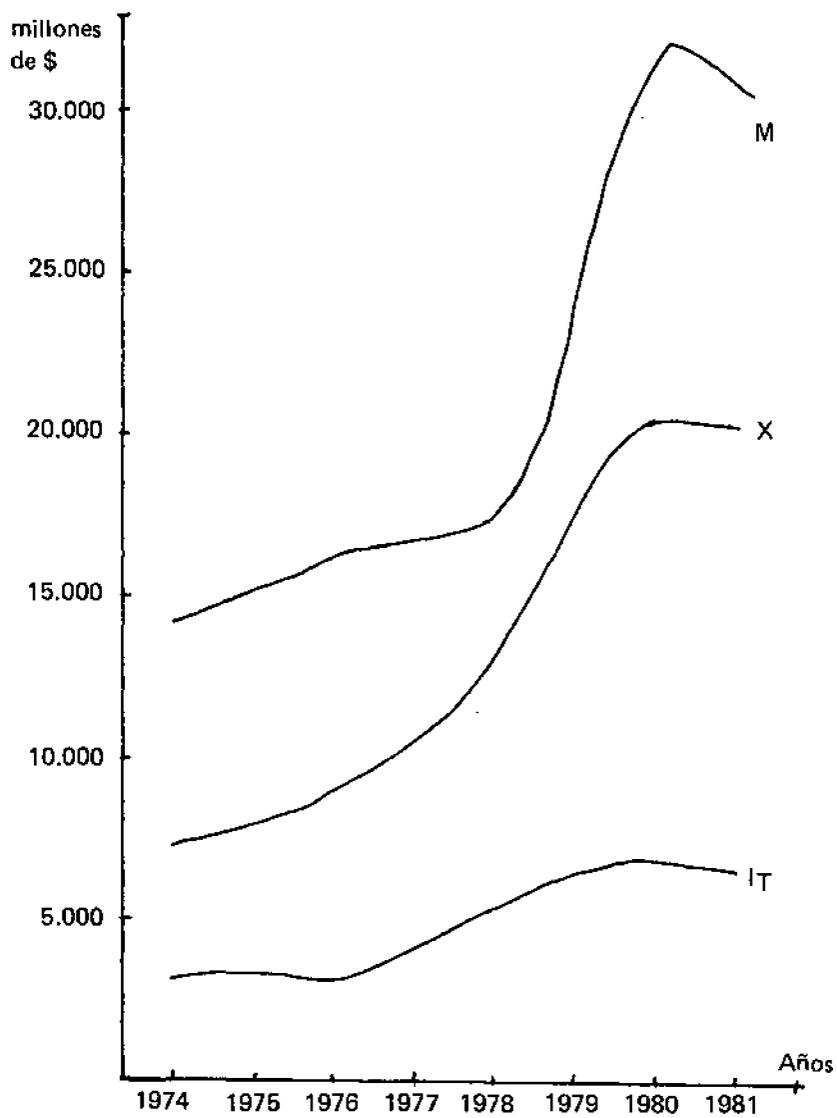


GRAFICO 1

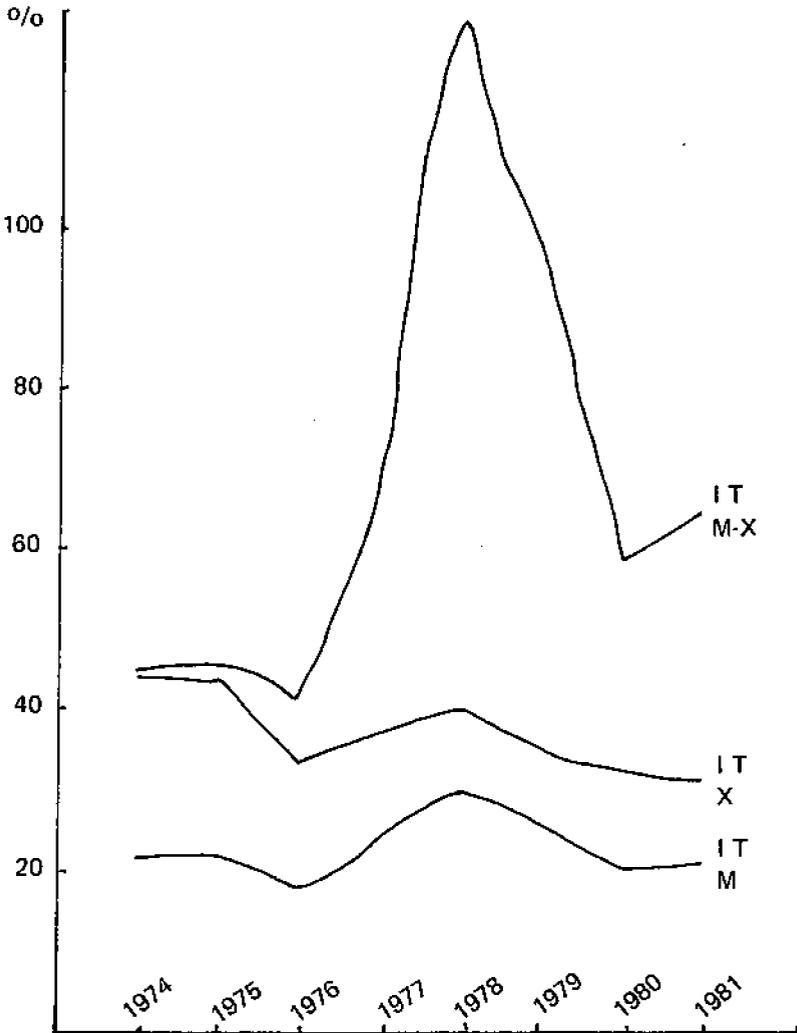


GRAFICO 2

CUADRO 1	Cuentas del Comercio Exterior (Operaciones Corrientes)*							
	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981
Importaciones	14.334	15.193	16.317	16.812	17.505	24.005	32.156	30.573
Exportaciones	7.265	7.807	8.990	10.612	13.480	18.032	20.573	20.453
Saldo Balanza Comercial	-7.069	-7.386	-7.327	-6.200	-4.025	-5.973	-11.583	-10.120
Ingresos Turísticos	3.189	3.404	3.084	4.020	5.483	6.460	6.947	6.716
Gastos Turísticos	314	310	394	534	566	921	1.227	1.008
Saldo del Turismo	2.875	3.094	2.690	3.486	4.917	5.589	5.720	5.708
Saldo Balanza de operaciones Corrientes	-3.245	-3.488	-4.294	-2.164	1.632	840	-5.042	-4.977

*Millones de dólares

Fuente: Informes Anuales del Banco de España.

CUADRO 2	Los Ingresos Turísticos y el Déficit Comercial							
	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981
<u>Ingresos Turísticos</u> Importaciones	22	22	19	25	31	27	22	22
<u>Ingresos Turísticos</u> Exportaciones	44	44	34	38	41	36	34	33
<u>Ingresos Turísticos</u> Importaciones - Exportaciones	45	46	42	70	136	108	60	66

Fuente: Elaboración propia a partir del Cuadro 1

En primer lugar, quisiéramos destacar que el saldo favorable de nuestro turismo es un componente fundamental de una balanza de servicios, que junto con la de transferencias, ha mostrado a través de los años un claro superavit. Ello permite subrayar una de las características fundamentales de nuestras relaciones exteriores⁽⁶⁾, es decir, el hecho de que en la mayoría de casos, los superavits de las balanzas de servicios y transferencias han sido insuficientes para compensar el déficit comercial. En definitiva, la debilidad de nuestro comercio visible ha generado un problema continuado en la balanza de operaciones corrientes, a pesar de que el turismo y otras partidas invisibles han mostrado una sostenida posición favorable.

No obstante, los años 1978 y 1979 fueron una excepción de esta norma general, reflejada en el hecho de que se obtuvo un saldo positivo en la balanza de operaciones corrientes⁽⁷⁾. Efectivamente, en 1978 tenía lugar una importante reducción del déficit comercial, que se manifestaba por un incremento en las importaciones de solo un 4%, mientras las exportaciones lo hacían en una cifra superior al 27%. Las consecuencias fueron entre otras, el aumento de 4.000 millones de dólares en las reservas de divisas. La explicación de este proceso parte necesariamente de la devaluación de la peseta del 20%, decretada en Julio de 1977, momento en el que se anunciaba, además, la necesidad de aplicar una política de estabilización en lo que después se conoció como los Pactos de la Moncloa. Esta devaluación inició un proceso de mejora de nuestras exportaciones, en el marco de una tendencia favorable a la competitividad de nuestros productos. Si bien esta tendencia se vio frenada por la diferencia de inflación con respecto a otros países, mantuvo todavía sus efectos durante el año 1978.

Además de este factor, es preciso citar otros, como son: las restricciones monetarias que agravaron la situación de debilidad de la demanda interna y que obligaron a los empresarios a buscar mercados exteriores, la relativa contención en el aumento de la factura petrolífera, la mayor solidez de las economías occidentales después del primer impacto de la crisis, el auge turístico tras un breve período de recesión, etc. Esta tendencia al alza de la peseta producto de su mayor demanda en el mercado de divisas y por las medidas tendentes a frenar la entrada de capita-

(6) Un análisis de las características básicas de nuestro desequilibrio externo durante toda la década de los setenta, se puede encontrar en *La Economía Española en la década de los 80*. Servicio de Estudios del Banco de Urquijo, Alianza Universidad, 1982.

(7) Un análisis detallado de las causas que produjeron esta situación se encuentra en J. Martínez Arévalo, "La Balanza de Pagos Española en el periodo 1978-80", *Información Comercial Española*, Dic. 1980.

les dictadas en 1979 y cuyo fin era contener el aumento de las disponibilidades líquidas.

Por ello, en 1979 aún continuando el panorama descrito, los resultados ya no fueron tan positivos, tanto si consideramos la cifra oficial de superavit de la balanza de operaciones corrientes de 1128 millones de dólares, como la que nos proporciona el Banco de España de 840 millones de dólares, que es la que figura en el cuadro 1⁽⁸⁾. Sin embargo, esta tendencia no se mantuvo en 1980, al volverse a la situación tradicional de déficit de nuestras operaciones corrientes. La causa fundamental fue el encarecimiento del precio del petróleo a finales de 1979, en lo que se ha venido en llamar, la segunda crisis del petróleo. La situación la resumía el Informe Anual del Banco de España de 1980 señalando que: "El encarecimiento de los precios del petróleo —responsable primordial del deterioro de la relación real de intercambio entre España y el resto del mundo en un 11,5% en 1980— fue, por lo tanto, el determinante básico del empeoramiento de la cuenta corriente con el exterior, tanto por su impacto directo sobre el valor de las importaciones como por su efecto indirecto a través del estancamiento inducido en las corrientes comerciales y turísticas mundiales, que frenaron el avance de los ingresos españoles por exportaciones de bienes y servicios. La depreciación del tipo de cambio efectivo real en 1980 —que invirtió parcialmente la importante apreciación del mismo registrada el año anterior— solo pudo compensar marginalmente los efectos adversos de estos factores dominantes" (p. 47). Este déficit pudo ser compensado por unas masivas entradas de capital autónomas, por el recurso a los mercados internacionales por parte del sector privado.

A partir de esta panorámica general, vamos a llevar a cabo un análisis específico de la influencia del turismo. El Gráfico 1, muestra la evolución de las importaciones, las exportaciones y los ingresos por turismo a partir de los datos del Cuadro 1. En él se detecta que el déficit comercial de los años 1978 y 1979 se consiguió saldar únicamente por los ingresos por turismo. Para obtener una perspectiva más concreta, hemos elaborado tres índices (ver Cuadro 2), que relacionan los ingresos turísticos con las importaciones, las exportaciones y el saldo de la balanza comercial. Estos índices fueron utilizados por M. Figuerola, para analizar este problema durante el período 1960-1976⁽⁹⁾.

(8) Las causas de esta discrepancia se explican en el *Boletín Económico del Banco de España*, Marzo 1982.

(9) Ver M. Figuerola, "El Turismo y la Balanza de Pagos", *Información Comercial Española*, Enero 1978.

Tradicionalmente el grado de cobertura de nuestras importaciones por parte de los ingresos turísticos ha sido muy elevado. Con anterioridad al período que estamos considerando, los ingresos turísticos suponían alrededor de un 40% de los pagos por importaciones. Sin embargo, a partir de 1974 esta cifra se reduce bruscamente como consecuencia del gran aumento de la factura petrolífera y del freno en la entrada de divisas por turismo, como primera consecuencia de la recesión. La recuperación del sector turístico, junto con la moderación en el aumento de las importaciones ya reseñada, hizo que se llegara a alcanzar el 31% en 1978, año de resultados excelentes en relación al equilibrio externo. Finalmente, la aceleración en el aumento de los precios del petróleo a finales de 1979 y la reducción en la llegada de turistas en 1980, ha hecho que la situación volviera a parecerse a la que se daba en 1974. El índice, en torno a un 22%, también se ha mantenido en 1981. No obstante, conviene hacer una precisión importante. Los ingresos turísticos de 1981 (ver Cuadro 1) no reflejan la significativa mejora del sector turístico en relación a 1980. La causa es que dichas cifras vienen dadas en dólares. Si tenemos en cuenta que en 1981, el dolar se apreció con respecto a la peseta (y la mayoría de monedas) en una cifra que se aproxima al 28%, debemos concluir que a pesar de la disminución de la entrada de divisas con relación a 1980 de una cifra aproximada al 3%, en términos de pesetas el aumento ha sido muy considerable.

En cuanto al índice que relaciona los ingresos por turismo y las exportaciones, es preciso costatar también una disminución progresiva a través de los años. En la década de los sesenta, el turismo era nuestro "producto de exportación", ya que este índice alcanzaba cifras que oscilaban alrededor del 90%. Sin embargo, en la actualidad el índice se sitúa en una cifra algo superior al 30%, tal como se refleja en el Cuadro 2.

Para entender este proceso, es preciso observar que nuestros ingresos por turismo (ver Figura 1) han ido aumentando de forma sostenida y sin sobresaltos a excepción del año 1976. Como se señaló anteriormente, la disminución producida en 1981, no nos debe hacer olvidar que en términos de pesetas, el aumento ha sido muy considerable. Por otra parte, nuestras exportaciones también han crecido, pero a un ritmo superior. Efectivamente, si bien nuestra capacidad exportadora todavía es muy débil —nuestras exportaciones oscilan alrededor de un 10% del PIB, mientras que en países como Alemania y Francia, la cifra supera el 20%— el ritmo de crecimiento ha sido importante. Básicamente este ritmo se aceleró en 1977, 1978 y 1979, años en los que las exportaciones fueron una causa importante de nuestra recuperación comercial, manifestada en el superavit de las operaciones corrientes de estos dos últimos

años. A las causas ya analizadas para que se produjera este fenómeno, es decir, la devaluación de Julio de 1977, el retraimiento de la demanda interior que obligó a las empresas con problemas de tesorería a ofrecer al exterior precios moderados para dar salida a sus productos, etc., hay que añadir la aplicación de una política de ayuda a la exportación más agresiva. Esta situación no se sostuvo en 1980; las exportaciones crecieron en términos reales algo menos que en los países de la OCDE aunque en 1981 el aumento real ha sido de un 7,6% frente al 3% de los países de esta zona. Hay que precisar además, que se está produciendo un cambio cualitativo importante, ya que las exportaciones al Mercado Común están perdiendo importancia relativa en favor de las exportaciones a los Estados Unidos y al resto del mundo, en especial a los países productores de petróleo. Ante esta perspectiva no es de extrañar que este índice que relaciona ingresos por turismo y exportaciones haya experimentado un retroceso continuado.

A partir del análisis que hemos llevado a cabo, se puede conocer el papel de los ingresos por turismo en el saldo de la balanza comercial. El índice que lo representa se situaba alrededor del 70% en la década de los sesenta. El Cuadro 2 y el Gráfico 2 permiten observar su evolución reciente, que en definitiva refleja el hecho de que durante el período en que se redujo la tasa de crecimiento de las importaciones y mejoraron las exportaciones (1977-79), los ingresos por turismo llegaron incluso a cubrir el déficit comercial.

Otra forma de observar el papel del turismo en la Balanza de Pagos, la ha llevado a cabo R. Baretje⁽¹⁰⁾, clasificando a los países según cual sea el saldo de su balanza de operaciones corrientes por una parte y según el papel que el saldo del turismo juega al mejorar o empeorar dicha balanza, para ello, en el Cuadro 3 se deduce el saldo que existiría, si a la balanza de operaciones corrientes se le restara el saldo del turismo, lo que permite, en definitiva, calcular el porcentaje en que mejora el saldo de las operaciones corrientes una vez que se la sustraído el saldo turístico.

El grupo de países al que pertenece España sería aquel cuyo turismo contribuye a reducir el saldo negativo de la balanza de operaciones corrientes menos la balanza turística, aunque ocasionalmente, como en los años 1978 y 1979, se situaría en el grupo de países en los que el turismo compensa con creces el saldo deficitario de la balanza de operaciones corrientes una vez restado el saldo turístico.

(10) Ver R. Baretje, op. cit.

La conclusión fundamental que se puede extraer de esta última parte del presente artículo, es que si bien el turismo sigue jugando un papel primordial como cobertura del déficit comercial, lo cierto es que este papel ha disminuido en el período abarcado, es decir, el que corresponde a la crisis actual. Ello, sin embargo, no es achacable al propio sector turístico, que ha demostrado ser un sector con un comportamiento relativamente estable, en el que solo ocasionalmente se han producido excepciones a un crecimiento sostenido. Las causas habría que encontrarlas, de una parte en el gran crecimiento de las importaciones, producto del gran aumento de la factura energética y de las materias primas; hay que tener en cuenta, que en el período 1970-73, las importaciones de fuentes de energía suponían el 1,7% del PIB, mientras que en el período 1974-79, esta proporción pasaba a ser en término medio del 4,1%. Por otra parte, la capacidad exportadora del país ha seguido progresando de forma significativa, lo que ha hecho que la cobertura de las exportaciones sobre las importaciones haya aumentado considerablemente en la mayoría de los años.

Sin embargo, todo ello no nos debe hacer olvidar la situación que se está produciendo en esta década. El importante aumento del endeudamiento, ha provocado, entre otras cosas, un aumento de las rentas por inversiones y, en definitiva un empeoramiento todavía mayor de nuestra cuenta de operaciones corrientes. Bajo esta perspectiva el país tiene que seguir una trayectoria de búsqueda de un ajuste en las relaciones con el exterior; en ello el turismo seguirá jugando un papel primordial, no tanto como tabla de salvación, sino en base a ese crecimiento moderado pero sostenido, que nos proporciona un sector perfectamente consolidado en el contexto de la economía española.

CUADRO 3

El Saldo del Turismo y la Balanza de Operaciones Corrientes

	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981
Saldo Balanza de Operaciones Corrientes - Saldo del Turismo	-6.120	-6.582	-6.984	-5.650	-3.885	-4.749	-10.762	-10.685
Porcentaje en que el Saldo del Turismo mejora el Saldo de la Balanza de Operaciones Corrientes menos el Saldo del Turismo	47	47	39	62	127	118	53	53

Fuente: Elaboración propia a partir del Cuadro 1

ELS PLANS ESPECIALS DE REFORMA INTERIOR I EL PRINCIPI D'ORDENACIÓ ESCALONADA DEL PLANEJAMENT

ENRIC ARGULLOL I MURGADAS
Doctor en Dret

SUMARI: I. Introducció. II. El paper diferenciat dels Plans Generals segons les categories de sòl. III. La reforma interior. IV. Els Plans Especials de Reforma Interior. V. Les operacions de reforma interior no previstes pel Pla General i l'estructura fonamental del Pla General. VI. La relació entre els Plans Especials de Reforma Interior i el planejament superior. VII. L'operativitat, com a característica del planejament de reforma. VIII. Els Plans Especials de Reforma Interior com a llei especial o excepcional. IX. Àmbit territorial dels Plans Especials de Reforma Interior. X. Competències i procediment en la tramitació dels Plans Especials de Reforma Interior.

I. INTRODUCCIÓ

Aquest estudi té per objecte, en primer lloc, establir l'abast dels Plans Especials de Reforma Interior, especialment quan regulen operacions no previstes expressament pel planejament general, i la col·locació d'aquest instrument urbanístic en el sistema general de planejament regulat per l'ordenat urbanístic vigent. Això ens obliga a examinar les característiques d'aquest tipus de planejament especial i les previsions que a aquest respecte estan contingudes a la Llei de Règim del Sòl i Ordenació Urbana, text de 9 de març de 1976, i normes reglamentàries que la desenvolupen.

Però també és necessari analitzar la funcionalitat d'aquesta figura ja que només d'aquesta manera es pot copsar de forma plena la seva signi-

ficació. És des d'aquesta perspectiva que s'haurà d'al·ludir al paper d'aquests plans com a "lex specialis" i a la marca d'operativitat que els qualifica.

No cal un esforç especial per a posar en relleu l'actualitat que les accions de reforma interior tenen en aquest moment al nostre país. La vella figura de la reforma interior torna a estar al centre de l'atenció general, especialment en raó de la conveniència de millorar la utilització de les àrees urbanes, en front de les opcions dirigides a ampliar el sòl ja ocupat per les formes de vida urbana. Després d'un llarg període en el qual el creixement de les ciutats ha estat l'objectiu de les estratègies urbanístiques, especialitzant fins i tot l'ordenament legal en aquesta direcció, s'està produint un capgirament que porta a donar una significació prioritària a la reordenació, requalificació i reutilització de la ciutat existent. Moltes són les circumstàncies que ho expliquen, al marge de motius socials o polítics, la mateixa conjuntura econòmica avala els esforços en aquesta direcció. Així doncs, factors de molt diferent natura i responent a perspectives ideològiques diverses, estan a la base d'aquest canvi d'orientació, si bé està clar, les iniciatives que es produeixin en dotificaran la presència en funció de finalitats globals de caràcter metaurbanístic. Així, reivindicació de la ciutat, exigències dels habitants dels suburbis "centrals" i perifèrics, ideologia verda, consciència de consumidor de ciutat, són paraules que poden contribuir a explicar el perquè i el com d'una nova revalorització de la ciutat heretada i de la necessitat de renovar-la.(1)

II. EL PAPER DIFERENCIAT DELS PLANS GENERALS SEGONS LES CATEGORIES DEL SÒL

La figura dels Plans especials de Reforma Interior és de les més antigues de la legislació urbanística,(2) i en la seva peculiar configuració de planejament focalitzat en un punt o aspecte del territori ciutadà, al marge d'una configuració global de l'ordenació urbana de les nostres ciutats, es va arrossegar fins a la Reforma de 1975: la Llei de 1956 contemplava a l'article 16 dues figures atípiques, en el sistema introduït per aquesta Llei, com eren els plans d'extensió i els plans de Reforma Interior(3). Aquesta continuïtat, com també la distinció entre Plans territorials i Plans especials, va ésser durament criticada(4). En aquest aspecte l'ordenament vigent implica un canvi, situant en una posició coherent els Plans Especials de Reforma Interior dins el sistema de planejament urbanístic i bandejant la distinció esmentada amb la conseqüència ja apuntada pels estudiosos que precisament pel seu contingut aquests plans son plans territorials(5).

Si la Llei de 1975 ha aportat aquestes necessàries precisions val a dir que, al contrari, no ha introduït instruments nous ni adequats per a portar a terme operacions de reforma interior, subsistint un planejament centrat en una visió expansionista de les ciutats. No cal dir que aquesta carència, en les circumstàncies actuals, és especialment significativa. Deixem només apuntat aquest tret del nostre ordenament urbanístic.

La Llei de 1975 va portar a una especialització del contingut del planejament general en el sentit de preveure, per una banda, unes determinacions genèricament referides a tot el territori ordenat —les previstes a l'article 12, apartat 1— i, per altra, determinacions específiques segons els diversos tipus de sòl, de manera que en sòl urbà el Pla General conté una ordenació detallada i acabada que, en canvi, en sòl urbanitzable només s'aconsegueix mitjançant la formulació del planejament parcial. L'article 11, apartat 1 de la Llei és en aquest punt molt clar:

“1. Los Planes Generales municipales tienen por objeto específico, en el suelo urbano completar en ordenación mediante la regulación detallada del uso de los terrenos y de la edificación; señalar la renovación o reforma interior que resultase procedente; definir aquellas partes de la estructura general del plan correspondiente a esta clase de terrenos y proponer los programas y medidas concretas de actuación para su ejecución”.

El mateix sentit té l'article 16 del Reglament de Planejament. D'altra banda, una simple lectura de les determinacions específiques dels Plans Generals per al sòl urbà previst es al segon apartat de l'article 12 de la Llei i l'article 29 del Reglament de Planejament permet confirmar aquesta consideració.

Hi ha, per tant, un primer element a remarcar en el sentit que l'ordenació urbanística que els Plans preveuen en sòl urbà es concreta, i va més enllà del nivell de regulació que el mateix Pla conté respecte del territori restant. Dit d'una altra manera, les determinacions del Pla General en sòl urbà, encara que correctes legalment, superen en part, des d'un punt de vista racionalitzador, el nivell de planejament que li es propi i el defineix.

Quedi clar que no es discuteix els avantatges d'un contingut diferenciat del Pla General en relació amb els diversos tipus de sòl que, precisament, responen també a diverses realitats físiques, —diferenciació de continguts que és una de les aportacions de la reforma de 1975—, sinó

que es vol posar en relleu el fet que no totes les determinacions del Pla General en sòl urbà responen al nivell del que podríem anomenar planejament regulador, sinó que són pròpies més aviat del planejament executiu que té en els Plans Parcialis la figura més paradigmàtica.

Precisament, si comparem els conceptes enumerats als articles 12.2 de la Llei i 29 del Reglament de Planejament amb els que es relacionen als articles 13.2 i 45 respectivament dels mateixos textos normatius podrem veure una estreta relació entre el contingut específic del Pla General en sòl urbà i les determinacions pròpies del planejament parcial(6).

Així doncs, i com una primera consideració a tenir en compte, es pot afirmar que en una part molt important el contingut del planejament general específic per al sòl urbà es situa en el nivell del planejament executiu, i és similar al que l'ordenament reserva als plans parcialis.

Cal advertir, però, que aquesta relació s'ha d'entendre en termes generals i no com una identitat total. Les determinacions dels Plans Parcialis, que per prescripció legal han de desenvolupar i no poden transgredir el previst al Pla General, no es situen només en el marc de les determinacions del Pla General vàlides per a tot el territori, qualsevulla que sia la seva classificació de sòl, sinó que, a més a més, s'entronquen amb unes determinacions específiques per al sòl urbanitzable que són diferents segons es tracti de sectors de sòl programat o no. Són les prescripcions a que fan referència els articles 12.2.2 de la Llei i 30 del Reglament pel que fa al sòl urbanitzable programat i els articles 12.2.3 de la Llei i 34 del Reglament quant al no programat(7).

Per tant, en el sí de la precisa i detallada ordenació que els Plans Generals fan sobre el sòl urbà hi ha elements clarament reguladors, assimilables o paragonables als que de forma expressa es preveuen per al sòl urbanitzable. Només amb aquesta puntualització és possible establir l'escreix de regulació del sòl urbà, respecte de l'ordenació urbanística global, o, el que ve a ser el mateix, es pot diferenciar allò que és el nucli regulador propi i essencial del planejament general de les determinacions concretes i detallades que el Pla General contempla en sòl urbà en una encertada perspectiva de dinamitzar i ajustar a la realitat la formulació del planejament. La precisió que acabem de fer no respon només a una interpretació sistemàtica de l'estructura del planejament, sinó que té una confirmació expressa en les referències que el Pla General pot fer a la renovació urbana. De seguida ho veurem. Abans volem insistir en l'existència d'un "comú denominador" de la intensitat d'ordenació pròpia del Pla General, essencial per aquest nivell de planejament, respecte del qual les determinacions específiques per al sòl urbà —algunes

i en cert grau, no totes ni de forma absoluta— impliquen un escreix d'ordenació que en situa en l'ordenació executiva que el mateix ordenament qualifica en sòl urbanitzable com a pròpia del planejament parcial.

III. LA REFORMA INTERIOR

Si bé, com hem dit, en sòl urbà correspon al Pla General fixar l'ordenació acabada i detallada, pot també en certes àrees procedir d'una forma semblant a la prevista per al sòl urbanitzable. En aquest sentit, és força aclaridor el segon paràgraf de l'article 16 del Reglament de Planejament, en el qual s'al·ludeix als objectius específics del Pla General:

“2. Los Planes Generales deberán considerar la situación urbanística anteriormente existente, bien para conservarla, bien para rectificarla directamente a través de propias determinaciones del Plan General, o habilitando la formulación del oportuno Plan Especial de reforma interior que desarrolle las previsiones básicas que a tal objeto establezca el propio Plan General”.(8)

Varis són els aspectes que voldriem remarcar. En primer lloc, l'admissió que al costat d'una ordenació detallada feta pel propi Pla General és possible que aquest remeti a un moment futur l'establiment de la regulació concreta. Aquesta es farà mitjançant un Pla Especial de Reforma Interior. El tercer element a considerar és que en aquest darrer supòsit, el Pla General no s'ha limitat a fer una remissió i deixar una àrea en blanc, sense ordenació ni criteris, sinó que ha d'establir “las previsiones básicas” que hauran de ser desenvolupades —això és no transgredides— pel Pla Especial. El procediment, i la relació Pla General-Pla Especial de Reforma Interior és, com es veu, idèntica a la prevista en el sòl urbanitzable entre el Pla General i el planejament parcial. Per últim, és convenient assenyalar i com a simple orientació, que l'habilitació per a formular el corresponent Pla Especial està relacionada amb el supòsit de rectificació de la situació urbanística.

El comentari del segon apartat de l'article 16 del Reglament, a l'entens que ens ha permès reafirmar les consideracions fetes en torn de les diverses funcions del Pla General, ens ha posat de manifest una de les determinacions específiques per al sòl urbà que pot contenir aquest document d'ordenació urbanística.

En efecte, l'article 12.2.1 preveu com una d'aquestes determinacions específiques, l'assenyalament d'operacions de reforma interior. Amb més precisió, l'article 29.1 lletra b) del Reglament de Planejament es refereix a aquest tema quan contempla les determinacions específiques del Pla General per al sòl urbà i preveu, d'entre d'altres, la següent:

"b) Señalamiento de aquellas áreas en las que se prevean operaciones de reforma interior, que requieran la formulación de un Plan Especial de este carácter. Para dichas áreas el Plan General deberá fijar explícitamente los objetivos que la reforma se propone y, al menos, los usos e intensidades de los mismos que habrán de resultar de la reforma prevista".

Assenyalem també que l'article 41 del Reglament, al regular el contingut del Programa d'Actuació del Pla General —la programació és una de les determinacions generals del Pla General que afecta tot el territori—, en el número 4 estableix que el Programa contindrà terminis per a realitzar operacions de reforma interior en aquest tipus de sòl⁽⁹⁾.

Els preceptes que estem considerant plantegen diverses qüestions. En primer lloc, es confirma la possible existència d'àrees de sòl urbà on el Pla General no preveu l'ordenació detallada. Aquesta es remet a un document específic que ordenarà globalment l'àrea, i que és el Pla Especial de Reforma Interior. D'altra banda, s'insisteix en el caràcter operacional de la missió encarregada a aquests Plans. Aquest és un aspecte sobre el qual més endavant caldrà tornar.

En segon lloc, correspon en principi al Pla General delimitar aquestes àrees. I el mateix Pla General ha de fixar els objectius de l'operació i, al menys, els usos i les seves intensitats, precisió aquesta molt similar a les previsions del Pla General per al sòl urbanitzable programat. Cal remarcar que aquestes poden ésser les úniques determinacions del planejament general per a les àrees de reforma interior, a més de les determinacions generals del Pla General. En fi, com succeeix respecte dels sectors de planejament parcial, també la programació —això és l'ordenació en el temps establint prelacions— abasta les operacions de reforma interior.

Una conclusió, i que té valor de resum, és clara: l'anomenat planejament especial de reforma interior es situa com l'instrument definidor de l'ordenació detallada d'aquestes àrees de sòl urbà i, a l'establir-la, ho ha de fer respectant i desenvolupant les determinacions generals del Pla Ge-

neral i aquelles d'específiques que es concreten, com a mínim, en la definició d'objectius i en la previsió d'usos i les seves intensitats. En definitiva, en el supòsit de les operacions previstes el Pla General els plans especials es situen respecte d'aquest en una posició similar a l'establerta en el cas del planejament parcial. Ara bé, l'ordenament urbanístic admet al costat d'aquestes operacions, unes altres l'ordenació de les quals depen exclusivament del planejament especial ja que no estan contemplades en el Pla General. I en aquest cas la relació entre un i altre tipus de planejament es molt diferent des d'una perspectiva formal. El Pla General al no contemplar en aquest supòsit l'operació de reforma conté, com és lògic, una ordenació detallada de l'àrea a regular pel Pla especial que contempli aquesta operació no prevista, ja que si l'ordenació detallada del Pla general fos suficient o adequada als nous objectius que es pretenen seria innecessària la reforma interior i el pla que l'instrumenta, produint-se per aquesta afectació un conflicte entre la norma jeràrquicament superior, que és el Pla general, i la norma subordinada que és el Pla especial, i una possible vulneració, per tant, d'una específica concreció del principi de jerarquia normativa en l'establiment d'una escalonada ordenació del planejament urbanístic⁽¹⁰⁾.

IV. *ELS PLANS ESPECIALS DE REFORMA INTERIOR*

Com hem dit al començament, els Plans Especials de Reforma Interior han estat objecte d'una nova regulació amb la Reforma de 1975, que els ha inserit d'una manera més coherent en l'esquema de planejament sense que, però, s'hagin perfilat de manera totalment acabada les seves característiques.

L'article 17 de la Llei fa una primera i global regulació del planejament especial. D'aquest precepte convé destacar-ne alguns trets. Els Plans Especials tenen la funció de desenvolupar el planejament director o general. Entre els seus objectius s'esmenta la "reforma interior, saneamiento de poblaciones y cualesquiera otras finalidades análogas". En cap cas poden substituir els Plans Generals "como instrumentos de ordenación integral del territorio". L'article 23 del mateix text contempla directament el planejament de reforma interior. El paràgraf primer en defineix els objectius de forma molt extensiva⁽¹¹⁾. El segon acota el contingut material i formal dels Plans des de dues perspectives: els adequats a la finalitat que cada Pla pretén; els propis del planejament parcial, que són un paràmetre mínim, si bé n'accepta excepcions en raó d'inutilitat. Remarquem un altre cop l'assimilació amb el planejament parcial. El

paràgraf tercer té en el context d'aquest estudi un interès especial. Es refereix a les accions de reforma interior no contemplades pel planejament general, establint les condicions de llur legitimitat. Concretament, es preveu que "el Plan Especial no modificará la estructura fundamental de aquél, a cuyo efecto se acompañará además un estudio que justifique su necesidad o conveniencia, su coherencia con el Plan General y la incidencia sobre el mismo".

Completem l'exposició de l'ordenament amb la referència als articles 83, 84 i 85 del Reglament de Planejament. L'article 83, en el primer paràgraf, estableix una interessant distinció entre operacions que portin a terme actuacions aïllades i operacions integrades de reforma interior, amb dues amb qualsevol dels fins ja indicats a la Llei. En el primer cas, la persecució dels fins es fa "conservando la estructura de la ordenación anterior". El segon paràgraf es refereix a les operacions previstes pel Pla General, que s'han d'adaptar a les seves determinacions. El paràgraf tercer reproduïx el precepte de la llei sobre les operacions no previstes. El paràgraf quart disposa l'obligació d'incloure en la documentació del Pla Especial un estudi sobre conseqüències socioeconòmiques, la justificació de mitjans per a portar a terme l'operació i "la adopció de las medidas precisas que garanticen la defensa de los intereses de la población afectada".

L'article 84 tracta de la documentació i contingut dels Plans Especials de Reforma Interior referents a operacions d'actuació aïllada, en la línia d'assimilació, ja esmentada, als Plans Parcial i amb diverses precisions sobre gestió en el sentit que si l'actuació aïllada ho permet es defineixin unitats d'actuació i sistema d'actuació.

L'article 85, encara que un error indubtable no especifica que es refereix a les operacions integrades, de fet són aquestes, per raons de sistemàtica, l'objecte del seu contingut. Es fa també l'assimilació al planejament parcial, amb una precisió diferenciadora respecte del precepte anterior que té interès en tant que l'assimilació no es fa únicament en funció de les finalitats, sinó també —i aquest és l'element diferenciador— en raó de "las operaciones previstas y los usos que se asignen al suelo". A més a més, es preveu que s'expressi el resultat del procés de participació pública i és general l'obligació de delimitar polígons o unitats d'actuació essent, en canvi, facultativa la designació de sistema d'actuació, però assegurant en qualsevol cas la connexió entre planejament i gestió.

L'exigència en el cas de les operacions integrades que s'expressin els resultats de la participació pública només pot trobar fonament en que en

aquest, —i no en els altres— és d'aplicació el previst al número 3 de l'article 147 del Reglament de Planejament en virtut del qual, en la tramitació dels Plans Especials de Reforma Interior "que afecten a barrios consolidados y que incidan sobre la població afectada", s'haurà d'observar allò previst a l'article 125 del mateix Reglament; això és, s'hauran d'exposar al públic, en el curs dels treballs, i abans de la seva finalització els criteris i solucions generals.

D'entrada, cal dir que les accions de reforma interior en les diverses modalitats i peculiaritats tant poden formular-se si la reforma interior estan contemplades en el Pla General com si no hi està prevista, sens perjudici de les particularitats d'aquest supòsit a les que ens referirem amb extensió més avall. En segon lloc, s'ha de remarcar l'amplitud de les finalitats de planejament especial de reforma interior. I aquestes finalitats poden ésser perseguides, separada o de forma combinada, pels Plans Especials que respongui a qualsevol tipus de reforma interior, estigui o no prevista aquesta pel Pla General.

Com ja s'ha apuntat, l'article 83.1 estableix una distinció entre actuacions aïllades i operacions integrades⁽¹²⁾. En el primer cas s'ha de conservar l'estructura de l'ordenació anterior; en el segon, no. Aquest és un punt molt important. Les determinacions d'un Pla Especial de Reforma Interior que tinguin per objecte una operació integrada de reforma interior no han de conservar o modificar les prescripcions urbanístiques que la conformen. Cal fixar-se en que la possibilitat d'alteració s'estén —i es limita— a l'estructura de l'ordenació anterior, és a dir, tractant-se de sòl urbà les condicions detallades i concretes de l'ordenació, que com sabem, queden fixades per les determinacions específiques del Pla General per al sòl urbà.

També sobre aquest punt cal dir que la realització d'un o altre tipus de reforma interior pot ésser previst pel Pla General o no. En el primer cas, l'actuació aïllada o operació integrada de Reforma Interior haurà d'ajustar-se a les determinacions del Pla General.

Hem destacat, tot exposant les normes aplicables, que la distinció de tipus de reforma interior es concreta també en una separada regulació —article 84 per les actuacions, article 85 per les operacions integrades— dels corresponent Plans Especials, i és fa un especial èmfasi en dos punts relatius a les operacions integrades: d'una banda, les referències a les característiques de les operacions i als usos per a fixar-ne el contingut; d'altra, l'exigència d'un tràmit de participació pública que no és altre que el previst per l'article 125 del Reglament de Planejament.

Exposades —en les seves línies generals— les condicions de regulació de les accions de reforma interior i del planejament especial, ens centrem ara en el supòsit d'operacions de reforma interior no previstes en el Pla General.

Encara que els preceptes legals i reglamentaris es refereixen a “operacions”, sembla clar que cal entendre compreses en aquest supòsit tant les actuacions aïllades com les operacions integrades. El Pla Especial de Reforma Interior, que en aquest cas no pot desenvolupar les determinacions del Pla General, ja que aquestes no existeixen, troba uns límits explícits i respecte del Pla General:

- no pot modificar l'estructura fonamental del Pla General,
- ha de justificar la conveniència de l'operació de reforma interior,
- també ha de demostrar la coherència amb el planejament general i la incidència sobre el mateix.

Remarquem que si es tracta d'un Pla Especial que contempli una actuació aïllada a més, haurà de respectar l'estructura de l'ordenació, i no únicament l'estructura fonamental.

Sembla clar que l'obligació de justificar la conveniència del Pla Especial no planteja qüestions especials, sempre que es tingui en compte que s'han d'aportar elements concrets per a demostrar-la. A l'inrevés, les limitacions lligades al Pla General tenen una significació més complexa. A la vegada constitueixen un element central per a definir les relacions entre aquest planejament especial i el planejament general.

V. LES OPERACIONS DE REFORMA INTERIOR NO PREVISTES DEL PLA GENERAL I L'ESTRUCTURA FONAMENTAL DEL PLA GENERAL

Establir allò que s'ha d'entendre per estructura fonamental del Pla General constitueix un element clau per a definir la posició d'aquests Plans Especials en el si del sistema de planejament. En aquest sentit, cal recordar les consideracions realitzades en les primeres pàgines sobre la funció del Pla General en el sòl urbà pel que fa a les determinacions específiques per a aquest tipus de sòl. Però també cal tenir en compte alguns elements que es desprenen de l'examen realitzat sobre l'ordenació legal i reglamentària dels Plans Especials de Reforma Interior.

Des d'aquesta perspectiva hom pot entendre que les determinacions

implícites sobre usos i intensitats d'aquests, derivades i deduïdes de l'ordenació detallada que resultarà afectada pel planejament especial, determinacions aquestes a les quals es refereix l'article 29.1.6 del Reglament de Planejament com a determinacions necessàries que el Pla General ha de fixar per a les àrees de reforma interior previstes en el mateix, formen part de l'estructura fonamental del Pla General, i per tant, com en el cas de les operacions previstes, han d'observar-se. Ara bé, la referència als usos i intensitats és paral·lela a les previsions que es fan per al sòl urbanitzable programat. Això vol dir que es tracta d'usos globals, i no d'usos detallats que són els propis d'una ordenació detallada —és a dir, condicions concretes d'edificació i ús— que per pròpia congruència no poden ésser elements intocables quan precisament es tracta d'alterar la regulació detallada, com correspon a una operació de reforma interior.

En aquesta mateixa direcció es pot argüir a més que quan l'ordenament urbanístic ha volgut assenyalar l'obligació que el planejament especial respecti i no alteri les normes concretes i detallades sobre volum i ús establertes pel planejament superior així ho ha disposat expressament i concreta, com per exemple a l'article 82.2 del Reglament de Planejament en relació amb els Plans Especials per a la millora del medi urbà i rural. No és aquest, però, el cas de les operacions de reforma interior, el límit dels quals es situa en una determinació de continguts globals o genèrics com és l'estructura fonamental.

Per estructura fonamental del Pla General s'ha d'entendre també les determinacions generals que s'apliquen en tot el territori ordenat pel Pla General (això és, les enunciades a l'article 12.1 de la Llei). Cal, però, advertir que com estem davant d'operacions de reforma interior no previstes expressament, és lògicament irrelevant la determinació sobre programació del desenvolupament del Pla General que, com hem vist més amunt, comprèn també les iniciatives de reforma interior contemplades pel Pla General al regular el sòl urbà, encara que la programació sigui una de les determinacions genèriques, és a dir, que afecten la totalitat del territori.

En resum, el marc en el qual s'ha de situar, i per tant respectar, el planejament especial, que reguli operacions no previstes pel Pla General està constituït per les determinacions del planejament general sobre classificació del sòl, (art. 12.1.a), estructura general i orgànica del territori (art. 12.1.b), mesures de protecció (art. 12.1.d), indicadors de la revisió (art. 12.1.e) i usos globals i intensitats d'aquests que es deriven de l'ordenació detallada anterior, això és l'establerta pel Pla General al re-

gular específicament el sòl urbà. Precisament, l'article 25 del Reglament de Planejament fa referència als extrems esmentats quan enumera "los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio". L'aproximació, fins i tot de nomenclatura, és prou clara.

A aquests elements, i en raó de congruència amb les mateixes finalitats pròpies de les operacions de reforma interior (art. 23.1) es podria afegir que els percentatges que es deriven dels espais públics o d'interès públic no integrats en l'estructura general i orgànica del territori constitueixen també uns llindars mínims insalvables.

Queden així precisats els components de l'estructura fonamental del Pla General que és a la vegada un marc en el que s'han de situar les operacions de reforma interior no previstes expressament del Pla General, una limitació dels elements d'aquestes i un punt de referència per a definir la coherència del planejament especial de reforma interior amb el planejament general.

VI. LA RELACIÓ ENTRE ELS PLANS ESPECIALS DE REFORMA INTERIOR I EL PLANEJAMENT SUPERIOR

El sistema de planejament del nostre país preveu l'articulació de les diverses figures mitjançant els principis de jerarquia i complement necessari: els plans superiors, d'un abast territorial més gran, no poden ésser contradits pels plans inferiors, d'àmbit territorial més reduït, les determinacions dels quals són l'instrument per a desenvolupar les prescripcions dels plans superiors (arts. 13 i 17 de la Llei). Per tant, els plans inferiors no poden formular-se sense Pla superior previ, ni poden alterar-ne les determinacions⁽¹³⁾.

La rotunditat d'aquesta regla general queda d'alguna manera matisada en relació al planejament especial i de forma singular respecte dels Plans Especials de Reforma Interior. Aquests poden estar o no prevists en el Pla General. En el primer cas, han d'adequarse a les determinacions del Pla General (art. 84.2 del Reglament). En el segon cas, hauran d'ésser coherents amb aquests (art. 84.3 del Reglament). Conseqüentment, en aquest darrer cas, s'admet que el Pla Especial alteri les prescripcions del Pla General —faci una excepció a la seva aplicació general— sempre que l'alteració no afecti l'estructura fonamental i la nova ordenació no sigui incoherent, a part que l'operació de reforma in-

terior sigui convenient o necessària.

De fet no es tracta que els Plans especials de reforma interior reguladors d'operacions no previstes es situïn al marge del principi de jerarquizació del planejament urbanístic, sinó que els elements de referència per a l'aplicació d'aquest principi en aquest cas no es troben en l'ordenació detallada i concreta del Pla General en sòl urbà sinó únicament en l'estructura fonamental, perfilant-se una relació parangonable a l'existent entre Pla General i planejament parcial.

El plantejament que estem fent implica, per tant, que la formulació o l'aprovació de planejament especial de reforma interior en àrees no previstes expressament pel Pla General no exigeix la modificació del Pla General, sempre que es respecti l'estructura fonamental. Si no és així, el projecte de modificació i àdhuc si fos el cas, de revisió, esdevé necessari. Per tant, no és el Pla especial en si mateix —que naturalment altera aspectes de l'ordenació detallada— el que pot generar l'exigència d'una modificació del planejament general, sinó només aquelles determinacions que afectin l'estructura fonamental, això és, als extrems als quals abans hem al·ludit com a integradors d'aquest concepte. Amb altres paraules, el Pla Especial de Reforma Interior pot incidir —alterar, variar— en les determinacions del Pla General, sempre que no es tracti de l'estructura fonamental, i aquesta incidència no genera la necessitat d'acompanyar la tramitació del Pla especial amb un projecte de modificació del Pla General.

Vàries són les argumentacions que es poden adduir en recolzament d'aquest plantejament. En primer lloc, cal tenir en compte que si cada pla no previst necessités la prèvia i simultània tramitació de l'adequat projecte de modificació del Pla General seria supèrflua la previsió de l'article 23.3 de la Llei del Sòl i de l'article 83.3 del Reglament de Planejament. Ho seria en dos sentits: de fet ja no es tractaria d'operacions no previstes donat que com a conseqüència del projecte de modificació el Pla General passaria a preveure l'operació, desapareixent l'especialitat introduïda per aquests preceptes; seria també superflu l'establiment del límit que es desprèn de la necessitat de respectar l'estructura fonamental del Pla General i de l'anàlisi de la coherència del Pla Especial de reforma interior amb el planejament general, ja que és obvi que la modificació del Pla General no té aquests límits, i en el projecte de modificació trobaria aixopluc el pla especial. Des d'aquest punt de vista, doncs, el Pla especial de reforma interior regulador d'operacions no previstes mentre alteri l'ordenació detallada de l'àrea en qüestió, però no afecti

l'estructura fonamental del Pla General, pot aprovar-se sense necessitat de formular un projecte de modificació del Pla General.

D'altra banda, s'ha de tenir en compte que aquest supòsit de les operacions de reforma interior no previstes pel Pla General no és l'únic cas en que l'ordenament urbanístic preveu la possibilitat d'introduir alguna alteració en les determinacions del Pla General, sense que aquesta s'hagi de formular mitjançant o acompanyada d'un projecte formal de modificació del Pla General. Així, l'article 24 de la Llei del Sòl, al regular la nova figura dels Estudis de Detall preveu que puguin "adaptar" les determinacions dels Plans Generals, però sempre "mantendrán las determinaciones fundamentales del Plan". Evidentment, aquest supòsit té menys relleu, encara que és un exemple útil per assenyalar com l'ordenament urbanístic preveu l'alteració d'aspectes no fonamentals de la regulació del planejament general en sòl urbà mitjançant instruments urbanístics inferiors sense que sigui necessari un projecte formal de modificació(14).

I és que de fet no s'ha de confondre entre modificació material i modificació formal del planejament. El principi de jerarquia del planejament es concreta en un escalonat formal de plans, i normalment aquesta jerarquització formal es reflecteix també en el nivell material. Normalment, però no sempre, donat que la pròpia llei estableix —és veritat que de forma excepcional—, procediments que impliquen una alteració material, sense que el procediment s'adeqüi a la jerarquització formal del sistema de planejament. Com és obvi, és la mateixa Llei la que dona validesa a aquests supòsits, essent els dels Plans especials de reforma interior d'operacions no previstes expressament un exemple notori.

Finalment, i per a completar l'exposició dels criteris de l'ordenament que confirmen l'enfoc que es fa en aquestes pàgines cal recordar que quan les decisions de les autoritats urbanístiques han pogut generar de fet una alteració del planejament, i la llei ha considerat necessària la seva expressa modificació, també de forma explícita ho ha previst. És el cas de l'autorització de projectes o obres d'iniciativa pública contraris a les determinacions del planejament en el que la resolució de l'òrgan administratiu més alt, segons les previsions legals, a la vegada que concedeix l'autorització ha d'impulsar el procés de modificació formal de l'ordenació(15). Aquesta previsió concreta i explícita no existeix, com ja hem remarcat, en el supòsit d'operacions de reforma interior no previstes pel Pla General.

En definitiva, sembla clar que els Plans especials de reforma interior

que regulin actuacions o operacions de reforma interior no previstes en el Pla General, sempre que respectin l'estructura fonamental del Pla General, encara que afectin d'altres elements —els de l'ordenació detallada del sòl urbà— no necessiten la prèvia o simultània formulació i aprovació d'un projecte de modificació del Pla General. A l'inrevés, en tant que afectin l'esmentada estructura fonamental, la modificació del Pla General és ineludible. D'aquesta forma, doncs, s'obra una perspectiva de gran interès per a donar flexibilitat al planejament urbanístic, trencant puntualment i amb certes condicions, un esquema rigid que en el cas del sòl urbà on el Pla General estableix també l'ordenació detallada, faria difícil l'adequació de l'estratègia urbanística a les variacions i circumstàncies a través de les quals es desenvolupa el procés urbanístic. Ara bé, aquest "tencament" de l'ordenació escalonada del planejament s'ha d'entendre en el seu context específic, i per tant amb la perspectiva i funcionalitat pròpies del planejament especial de reforma interior, la superació de les quals podria portar a un autèntic frau de planejament. És per això que amb la finalitat de completar l'enfoc plantejat cal fer esment d'alguns trets significatius d'aquest tipus de plans urbanístics.

VII. L'OPERATIVITAT COM A NOTA CARACTERISTICA DEL PLANEJAMENT DE REFORMA

Una de les característiques de la regulació legal i reglamentària dels Plans especials de reforma interior és la insistent referència a que les determinacions d'aquests plans han d'ésser operatives. En efecte, ja l'article 12.2.1 de la Llei, en regular el contingut dels Plans Generals en sòl urbà, parla d'"operacions de reforma interior". L'article 23 també de la Llei insisteix en aquest aspecte a l'indicar que aquests Plans Especials tenen per objecte la realització d'"operacions" dirigides a descongestió... El Reglament de Planejament utilitza també el terme operacions i en el número 4 de l'article 83 preveu que "los Planes Especiales de Reforma Interior deberán contener un estudio completo de las consecuencias sociales y económicas de su ejecución, justificando la existencia de medios necesarios para llevarlo a efecto..." D'altra banda, l'article 84 disposa que aquests Plans especials, a més de les determinacions o documentació del Plans parcials, han de contemplar "la previsió d'obres a realitzar" i determinar el sistema d'actuació i delimitar la unitat d'actuació. L'article 85 recull una orientació similar. És a dir, a part de l'ordenació urbanístic, els Plans especials de reforma interior constitueixen un programa d'obres en el que s'estableixen ja les primeres mesures de gestió.

Aquest plantejament posa en relleu com en aquest cas, i a diferència d'altres tipus de plans urbanístics que incideixen més en els aspectes ordenancistes o de qualificació, l'execució de les previsions és una condició de la coherència del pla i la previsió de mesures idònies, basades en estudis solvents, que s'han d'explicitar en la documentació i han de servir per a valorar la conveniència del projecte, és un requisit per a la mateixa aprovació del pla especial. Si aquesta no es porta a terme es produeix una desviació en l'exercici de les facultats urbanístiques. Aquest és un enfoc vàlid respecte de qualsevol Pla especial de reforma interior, però és especialment cert quan l'operació de reforma interior ordeanada pel Pla Especial no estava prevista en el planejament superior, i per tant pot implicar —de fet ho fa sempre— l'incompliment o una desviació de les mateixes determinacions del Pla General. En aquesta perspectiva, hom pot plantejar-se la irregularitat d'operacions no previstes, la realització de les quals no tingui terminis previsibles i coordinats amb els establerts als efectes de revisió del Pla General, ja que de produir-se aquest tràmite l'acció de reforma interior quedaria integrada i contemplada pel mateix Pla General.

VIII. *ELS PLANS ESPECIALS DE REFORMA INTERIOR COM A LLEI ESPECIAL O EXCEPCIONAL*

Examinem, ara, un últim aspecte referent al Plans especials de reforma interior i la seva col·locació en l'ordenament urbanístic, aspecte que té una especial significació pel que fa als supòsits d'operacions de reforma interior no previstes pel Pla General.

Recordem, d'entrada, la naturalesa dels plans d'ordenació. Els Plans urbanístics són normes. Tenen valor reglamentari. Aquest és el criteri que es desprèn d'una extensa jurisprudència. A títol d'exemple citem les sentències del Tribunal Suprem de 8 de maig de 1968, 24 d'octubre de 1969, 4 de novembre de 1972, 26 de juny de 1974, 6 d'octubre de 1975. Si bé alguns aspectes del règim dels plans els diferencien de les normes reglamentàries, actualment és de comú acceptació la naturalesa normativa dels plans⁽¹⁶⁾. Posen de relleu aquest caràcter normatiu, essentant només els que ara interessen, els elements següents: vigència indefinida (art. 45), possibilitat de modificació, revisió i derogació (art. 46, 47, 48), subjecció d'aquestes variacions al principi de "contrarius actus" (art. 49).

La possibilitat i abast de la modificació dels Plans per plans poste-

riors s'ha de mesurar d'acord amb l'esquema del sistema de planejament i amb les peculiaritats de cada tipus de pla. I en aquest marc, i en raó de la naturalesa normativa del planejament, s'han d'aplicar els principis que regulen la vigència i aplicació de les normes en l'espai i el temps.

La modificació i revisió dels plans constitueixen dues manifestacions concretes del més ampli supòsit de la derogació. De fet, es considera que els Plans poden ésser derogats, és a dir, "eliminats completament; modificats —alteracions puntuals—; i revistats —variacions profundes—"(17).

S'ha indicat, d'una banda, que en el nostre ordenament els plans urbanístics tenen naturalesa normativa, estant prevista la seva alteració, i, per altra, que els plans de reforma interior ocupen una posició peculiar en relació amb els plans generals, i tenen la condició de planejament especial. Convé ara analitzar les qüestions relatives a l'alteració del planejament especial i la seva incidència respecte a l'aplicació i vigència del Pla General.

El Pla Especial de reforma interior, especialment en el supòsit d'operacions no previstes pel Pla General, implica una derogació de determinacions del Pla General, si bé no de caràcter general, i en un espai acotat. Es pot dir que el Pla Especial implica un règim excepcional per una part del territori, de forma que en aquesta es substitueix l'aplicació de prescripcions del Pla General per les particulars del planejament especial. Es tracta d'una derogació: la norma posterior —el Pla especial—, deroga la norma anterior més extensa —el Pla General— en l'àmbit espacial en el que hi ha coincidència.

Ara bé, el règim de la derogació de les normes generals o especials no és idèntic. La norma derogatòria té un caràcter diferent segons sigui derogatòria d'allò general o derogatòria d'allò especial. Es a dir, si desapareix la norma especial perquè es deroga, desapareixerà simultàniament l'excepció de la "lex specialis" suposa, i entrarà en joc la norma general, ja que com ha assenyalat el Tribunal Suprem en una sentència d'11 de maig de 1965 la "lex specialis" implica la inaplicació al supòsit concret de la Llei general(18).

En definitiva, tenint el Pla Especial de reforma interior el valor de norma especial, la seva derogació per un pla posterior, en la mesura que no estableixi també aquest i pels terrenys en qüestió un règim específic, restableix l'aplicació de les determinacions del Pla General en ésser la

norma urbanística general que el Pla Especial va excepcionar.

IX. ÀMBIT TERRITORIAL DELS PLANS ESPECIALS DE REFORMA INTERIOR

L'àmbit territorial dels Plans Especials de reforma interior pot estar fixat o no en el Pla General, a diferència dels Plans Parcials, la delimitació de l'àmbit dels quals ha d'estar determinada en el planejament superior. Quan el Pla General no preveu l'operació de reforma interior, i lògicament no n'estableix l'àmbit territorial, la concreció d'aquest depèn exclusivament de les autoritats urbanístiques que tenen la iniciativa. A l'establir l'àmbit s'hauran de tenir en compte els objectius que es pretenen, les circumstàncies anteriors, les possibilitats d'actuació i les directrius del planejament superior, encara que aquestes no es refereixin expressament a les operacions de reforma interior o a la seva delimitació sempre que es refereixin a aspectes de territori realment afectat pel projecte de reforma interior. En conseqüència, correspon a l'Ajuntament o a l'Entitat urbanística fixar l'àmbit territorial del Pla Especial de reforma interior, si el Pla General no contempla l'operació de reforma de que es tracta.

X. COMPETÈNCIES I PROCEDIMENT EN LA TRAMITACIÓ DELS PLANS ESPECIALS DE REFORMA INTERIOR

En l'ordenament urbanístic general (article 34 de la Llei del Sòl i article 146 del reglament de Planejament) la redacció del planejament especial de reforma interior pot ésser realitzada per les Entitats locals o urbanístiques, i si és el cas, pels particulars. Les aprovacions inicial i provisional corresponen a les Entitats redactores, seguint el procediment establert per als Plans Parcials, amb la particularitat que segons preveu l'article 147.2 del Reglament esmentat s'haurà de complir el tràmit d'exposició al públic dels treballs en curs previst a l'article 125 del mateix text normatiu si el Pla especial de reforma interior afecta "a barris consolidados y que incidan sobre la població afectada".

Pel que fa a l'aprovació definitiva, l'article 148 del Reglament de Planejament distingeix entre el planejament especial que desenvolupa el Pla General —les operacions previstes— supòsit en el qual atribueix la

competència als òrgans competents per aprovar els Plans Parcials, i els altres casos en que la competència s'atorga al Ministre d'Obres Públiques i Urbanisme. Respecte al primer cas, és d'aplicació el nou ordre de competències establert per a certs municipis i en determinades circumstàncies pel Reial Decret 16/1981 de 16 d'octubre.

Cal remarcar el salt de l'ordre competencial que es genera en el cas dels plans que regulen operacions no previstes pel Pla General. D'aquesta manera s'estableix una garantia de caire organitzatiu per assegurar el caràcter excepcional d'aquest supòsit d'alteració de l'ordenació escalonada del planejament, impeding una progressiva desfiguració de l'esquema urbanístic contingut en el Pla General.

NOTES:

(1) CAMPOS VENUTI *Urbanistica e austerità* Milà 1978; autors varis *Inner Area Studies* tres volums, HMSO 1977.

(2) BASSOLS COMA *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)* Madrid 1973.

També, remarcant altres aspectes d'una política de reforma interior, SERRANO GUIRADO *La administración local y los problemas de la renovación urbana*. Madrid 1961.

(3) L'article 12 establia en els seus paràgrafs primer i segon el següent:

"1. Los Planes y proyectos municipales de ordenación y urbanización que no abarcan la totalidad del término se calificarán de reforma interior o de extensión, según los sectores a que afectaren.

2. Serán Planes o proyectos al casco urbano y encaminados a sanear barrios insalubres, resolver problemas de circulación o de estética, mejorar servicios públicos o realizar otros fines semejantes".

(4) HERRERO LOZANO *Aspectos jurídicos de los planes de ordenación urbana* a la Revista de Derecho Urbanístico núm. 32 pág. 49; GONZALEZ PEREZ *Comentarios a la Ley del Suelo*. Madrid 1981, I pág. 285.

(5) D'aquesta manera es recull una orientació ja assenyalada per la jurisprudència i els autors. Així, la sentència de 7 d'abril de 1967 diu

"estos planes especiales no son otra cosa más que planes territoriales con ámbito provincial, comarcal, municipal de índole general o parcial, que en vez de atender a todos los extremos del ordenamiento sólo se extienden a una materia concreta y especial y por ello de adecuación a iguales normas, requisitos y condiciones que el planeamiento territorial".

En el mateix sentit, COSCULLUELA MONTANER *El sistema de planificación urbanística en el ordenamiento italiano* a la Revista de Administración Pública núm. 53, pág. 229 i s.s.; FERNANDEZ RODRIGUEZ *Sobre la calificación de los planes urbanísticos* a la Revista española de Derecho administrativo núm. 3, pág. 507 i s.s.; GARCIA DE ENTERRIA-PAREJO *Lecciones de Derecho urbanístico*. Madrid 1981, pág. 317 i s.s.

(6) L'article 12.2.1. de la Llei del Sol preveu:

Además de las determinaciones de carácter general, los Planes Generales deberán contener las siguientes:

2.1. En suelo urbano:

a) Delimitación de su perímetro con señalamiento, en su caso, del ámbito de las operaciones de reforma interior que se estimen necesarias.

b) Asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas.

c) Delimitación de los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos y zonas deportivas de recreo y expansión.

d) Emplazamientos reservados para templos, centros docentes, públicos o privados, asistenciales y sanitarios, y demás servicios de interés público y social.

e) Trazado y características de la red viaria y previsión de aparcamientos con señalamiento de alineaciones y rasantes para la totalidad o parte de este suelo.

f) Reglamentación detallada del uso pormenorizado, volumen y condiciones higiénico-sanitarias de los terrenos y construcciones, así como de las características estéticas de la ordenación, de la edificación y de su entorno.

g) Características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan.

h) Evaluación económica de la implantación de los servicios y de la ejecución de las obras de urbanización.

En estas determinaciones se expresará las que conserven, modifiquen y perfeccionen la ordenación existente. Las dotaciones de los apartados c) y d) se establecerán en función de las características socioeconómicas de la población y de acuerdo, en todo caso, con la legislación específica sobre la materia.

L'article 29 del Reglament de Planejament disposa:

1. En suelo urbano, los Planes Generales contendrán, además de las determinaciones de carácter general, las siguientes:

a) Delimitación de su perímetro o perímetros según que existan uno o varios núcleos urbanos en el ámbito territorial del Plan.

b) Señalamiento de aquellas áreas en las que se prevean operaciones de reforma interior, que requieran la formulación de un Plan Especial de este carácter. Para dichas áreas el Plan General deberá fijar explícitamente los objetivos que la reforma se propone y, al menos, los usos e intensidades de los mismos que habrán de resultar de la reforma prevista.

c) Asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas, definiendo de forma detallada la específica utilización de los terrenos incluidos en cada una de ellas.

d) Delimitación de los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos, así como de las zonas deportivas, de recreo y expansión también públicas. Dichas dotaciones serán independientes de las establecidas en este tipo de suelo para la estructura general y orgánica del territorio a que se refiere el artículo 25.1c) de este Reglamento y se fijarán en proporción adecuada a las necesidades colectivas y a las características socio-económicas de la población y de acuerdo, en todo caso, con la legislación específica sobre la materia.

El Plan deberá puntualizar el carácter público o privado de la titularidad de cada una de las zonas deportivas, de recreo y expansión, diferenciándolas, en todo caso, de los espacios libres y zonas verdes destinadas a parques y jardines públicos.

e) Emplazamiento reservado para templos, centros docentes, públicos o privados, asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social que formen parte del equipo urbano comunitario, en proporción adecuada a las necesidades colectivas y a las características socio-económicas de la población.

f) Trazado y características de la red viaria, con clasificación de la misma en función

del tráfico previsto y señalamiento de alineaciones y rasantes referido a la totalidad o parte de ese suelo, precisando en todo caso la anchura de los viales o definiendo el criterio para su fijación.

g) Previsión de aparcamientos públicos, justificando la elección de su localización en relación con la planificación adecuada del transporte público y demás condicionantes urbanísticos.

h) Reglamentación detallada del uso pormenorizado, volumen y condiciones higiénico-sanitarias de los terrenos o construcciones, así como de las características estéticas de la ordenación de la edificación y de su entorno.

i) Características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que pueda prever además el Plan.

j) Evaluación económica de la implantación de los servicios y de la ejecución de las obras de urbanización.

2. El Plan General podrá formular para este tipo de suelo los programas que sean precisos para la ejecución de aquellas determinaciones que se requieran para completar el proceso de urbanización.

3. Al establecer la ordenación detallada del suelo urbano, los Planes Generales podrán recoger la situación urbanística existente, bien para conservarla, bien para rectificarla directamente a través de las propias determinaciones del Plan General.

L'article 13.2 de la Llei del Sòl preveu:

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 75, los Planes Parciales de Ordenación contendrán estas determinaciones:

a) Asignación de usos pormenorizados y delimitación de las zonas en que se divide el territorio planeado por razón de aquéllos y, en su caso, la división en polígonos o unidades de actuación.

b) Señalamiento de reservas de terrenos para parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. La superficie destinada a dichas reservas será como mínimo de 18 metros cuadrados por vivienda o por cada 100 metros cuadrados de edificación residencial si no se hubiera fijado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir. Esta reserva no podrá ser inferior al 10 por 100 de la total superficie ordenada, cualquiera que sea el uso a que se destinen los terrenos y la eficiencia, y habrá de establecerse con independencia de las superficies destinadas en el Plan General o espacios libres o zonas verdes para parques urbanos públicos.

c) Fijación de reservas de terrenos para centros culturales y docentes públicos y privados en la proporción mínima de 10 metros cuadrados por vivienda o por cada 100 metros cuadrados de edificación residencial si no se hubiere determinado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir, agrupados según los módulos necesarios para formar unidades escolares completas.

d) Emplamientos reservados para templos, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social.

e) Trazado y características de la red de comunicaciones propias del sector y de su enlace con el sistema general de comunicaciones previsto en el Plan General de Ordenación, con señalamiento de alineaciones, rasantes y zonas de protección de toda la red viaria, y previsión de aparcamientos en la proporción mínima de una plaza por cada 100 metros cuadrados de edificación.

f) Características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan.

g) Evaluación económica de la implantación de los servicios y de la ejecución de las obras de urbanización.

h) Plan de etapas para la ejecución de las obras de urbanización y, en su caso, de la edificación.

L'article 45 del Reglament de Planejament disposa:

45. 1. Los Planes Parciales contendrán las siguientes determinaciones:

a) Delimitación del área de planeamiento, abarcando un sector definido en el Plan General o en los Programas de Actuación Urbanística, o una o varias de las áreas definidas como aptas para la urbanización en Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento.

b) Asignación de usos pormenorizados y delimitación de las zonas en que se divide el territorio planeado por razón de aquéllos y, en su caso, la división en polígonos o unidades de actuación.

c) Señalamiento de reservas de terreno para parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, también públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. La superficie destinada a dichas reservas será, como mínimo, de 18 metros cuadrados de edificación residencial, si no se hubiera fijado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir. Esta reserva no podrá ser inferior al 10 por 100 de la total superficie ordenada, cualquiera que sea el uso a que se destinen los terrenos y la edificación, y habrá de establecerse con independencia de las superficies destinadas en el Plan General a espacios libres o zonas verdes para parques urbanos públicos.

d) Fijación de reservas de terrenos para centros culturales y docentes públicos y privados en la proporción mínima de 10 metros cuadrados por vivienda o por cada 100 metros cuadrados de edificación residencial, si no se hubiere determinado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir, agrupados según los módulos necesarios para formar unidades escolares completas.

e) Emplazamientos reservados para templos, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social.

f) Trazado y características de la red de comunicaciones propias del sector y de su enlace con el sistema general de comunicaciones previsto en el Plan General de Ordenación, con señalamiento de alineaciones y rasantes y zonas de protección de toda la red viaria y previsión de aparcamientos en la proporción mínima de una plaza por cada 100 metros cuadrados de edificación.

g) Características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan.

h) Evaluación económica de la implantación de los servicios y de la ejecución de las obras de urbanización.

i) Plan de etapas para la ejecución de las obras de urbanización y, en su caso, de la edificación.

2. Las dotaciones de los Planes Parciales serán en todo caso independientes de las previstas en los Planes Generales y tendrán, por lo tanto, carácter complementario de éstas.

(7) L'article 12.2.2 de la Llei del Sól diu:

2.2. En suelo urbanizable programado (10):

a) Desarrollo de los sistemas de la estructura general de ordenación urbanística del territorio, con la precisión suficiente para permitir la redacción de Planes Parciales.

b) Fijación del aprovechamiento medio de la superficie total y en su caso, por sectores en función de las intensidades y usos globales señalados a los terrenos no destinados a viajes, parques y jardines públicos y demás servicios y dotaciones de interés general, homogeneizados según sus valores relativos.

c) Trazado de las redes fundamentales de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, servicio telefónico y demás servicios que, en su caso, prevea el Plan.

d) División del territorio en sectores para el desarrollo en Planes Parciales.

El contenido del Plan General incorporará a esta categoría de suelo las determinaciones de Plan General contenidas en su caso, en los Planes Parciales que respete.

L'article 30 del Reglament de Planejament disposa:

30. En el suelo urbanizable programado, el Plan General de Ordenación deberá conte-

ner, además de las determinaciones de carácter general, las siguientes:

a) Desarrollo de los sistemas de la estructura general de la ordenación urbanística del territorio a que hace referencia el artículo 25 de este Reglamento, con la precisión suficiente para permitir la redacción de Planes Parciales o Especiales.

b) Fijación del aprovechamiento medio de la superficie total y de la de cada uno de los sectores, si fuesen varios, del suelo necesario en cada cuatrienio, en función de las intensidades y usos globales que se señalen en los terrenos, que no estén destinados en el Plan General a viales, parques y jardines públicos y demás servicios y dotaciones de interés general, homogeneizando dichos usos según sus valores relativos.

c) Asignación de usos globales a las diferentes zonas, fijando las intensidades correspondientes a dichos usos. Esta asignación podrá efectuarse con carácter excluyente o alternativo siempre que en este último caso los usos que resulten definitivamente elegidos por los correspondientes Planes Parciales sean compatibles entre sí y se asegure el equilibrio de los usos, de sus intensidades y del equipamiento de infraestructura y servicios.

Para calcular, determinar y aplicar la intensidad de uso de cada zona se tendrá en cuenta exclusivamente la superficie ocupada por la misma, sin incluir la de los terrenos que se destinen a sistemas generales, aun cuando sean colindantes.

La asignación de intensidades correspondientes al uso residencial tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 75 de la Ley del Suelo y en el 47 de este Reglamento.

d) Emplazamiento de los centros de servicio y trazado de las redes fundamentales de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado público, telefonía y demás servicios que en su caso prevea el Plan, con la expresión de sus características técnicas fundamentales.

e) División del territorio en sectores para el desarrollo de Planes Parciales.

L'article 12.2.3. de la Llei del Sòl preveu,

2.3. En suelo urbanizable no programado (1):

a) Señalamiento de usos incompatibles con los previsto en las distintas clases de suelo y con la estructura general.

b) Establecimiento de las características técnicas y de las magnitudes mínimas que han de reunir las actuaciones en esta categoría de suelo, en función de los distintos usos, y las dotaciones, servicios y equipamientos que les correspondan.

L'article 34 del Reglement de Planejament diu:

34. En suelo urbanizable no programado, el Plan General, además de las determinaciones de carácter general, contendrá las siguientes:

a) Delimitación de esta categoría de suelo, expresando el carácter excluyente, alternativo o compatible de los usos asignados en cada área.

b) Señalamiento de los usos que sean incompatibles dentro de cada área con la estructura general de la ordenación urbanística y con el modelo territorial propuesto por el propio Plan, o que sean incompatibles con los usos asignados al suelo urbano, urbanizable programado o no urbanizable.

c) Establecimiento de las características técnicas que han de reunir las actuaciones de esta categoría de suelo, comprendiendo:

1º. Características que debe reunir la delimitación de los terrenos, considerando la necesidad de una adecuada inserción de la actuación en la estructura urbana del Plan.

2º. Magnitudes máximas y mínimas que pueda alcanzar la actuación desde el punto de vista de extensión superficial y usos que puedan admitirse.

3º. Sistemas de dotaciones, servicios y equipamientos que deban establecerse en cada actuación.

4º. Requisitos que deben ser cumplidos para garantizar la conexión con la red viaria y de transporte prevista en el Plan General.

5º. Redes de servicios que deban establecerse y su relación con las existentes o propuestas en el Plan General. Al menos, deberán tener las mismas características establecidas pa-

ra estos servicios en el suelo urbanizable programado.

d) Definición, a efectos de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley del Suelo, del concepto de núcleo de población, con base en las características propias del Municipio, estableciendo las condiciones objetivas que den lugar a su formación.

(8) Sobre els plans especials de reforma interior, BASSOLS COMA *Los planes de reforma interior y rehabilitación de centros urbanos* a XVII Temas de Derecho urbanístico Oviedo 1980. També en les obres generals sobre dret urbanístic. Sobre planejament especial, LARUMBE BIURRUM *La figura del Plan especial-Legislación sobre Centros históricos* a Revista de Derecho Urbanístico núm. 57, pág. 47 is.s.

(9) L'article 41 preveu:

"El programa de actuación del Plan General establecerá:

...

4. Los plazos a que han de ajustarse las actuaciones previstas, en su caso, para completar la urbanización en suelo urbano o para realizar operaciones de reforma interior en este tipo de suelo".

(10) Sobre el principi d'ordenació escalonada del planejament, COSCULLUELA MONTANER *op. cit.*; GARCIA DE ENTERRIA-PAREJO *op. cit.* pág. 258 i s.s.

(11) El primer paragraf de l'article 23 disposa:

"Los Planes Especiales de Reforma Interior tiene por objeto la realización en suelo urbano por las Entidades locales competentes, de operaciones encaminadas a la descongestión, creación de dotaciones urbanísticas y equipamientos saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o de estética y mejora del medio ambiente o de los servicios públicos u otros fines análogos".

(12) BASSOLS COMA, en *Los planes de reforma interior y rehabilitación de centros urbanos*. Pág. 220-221, ha destacat esta previsió reglamentaria. "Esta distinción... no son objeto de posterior mención en el Reglamento".

(13) El segon paragraf del número 4 de l'article 12 de la Llei del Sòl es clar.

"No podrán redactarse Planes Parciales sin Plan General previo o Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, y en ningún caso podrán modificar las determinaciones de uno y otras".

L'article 17 número 1 comença establint que els normalment els Plans Especials es formulen "en desarrollo de las previsiones contenidas en los Planes Generales Municipales..." afegint al final "sin que en ningún caso puedan sustituir a los Planes Generales Municipales como instrumento de ordenación integral del territorio".

(14) Sobre els Estudis de Detall, LASO MARTINEZ *Los Estudios de Detalle, nueva figura legal de planeamiento* a Revista de Derecho Urbanístico núm. 43, pág. 41 i s.s.

(15) Ens referim a allò previst a l'article 180 de la Llei del Sòl que concretament preveu:

180. I. Los actos relacionados en el artículo 178 que se promuevan por Organos del Estado o Entidades de derecho público que administren bienes estatales estarán igualmente sujetos a licencia municipal.

2. Cuando razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor.

En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Obras Públicas y Urbanismo quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Central de Urbanismo. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto y en este caso ordenará la iniciación de procedimiento de modificación o revisión del planeamiento conforme a la tramitación establecida en esta Ley.

3. El Ayuntamiento podrá, en todo caso, acordar la suspensión de las obras a que se refiere el número 1 de este artículo cuando se pretendiese llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación de conformidad con el planeamiento que se establece en

el número anterior, comunicando dicha suspensión al Órgano redactor del proyecto y al Ministro de Obras Públicas a los efectos prevenidos en el mismo.

Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros previa propuesta del Ministro de Obras Públicas a solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa, caso de afectar a más de un Ministerio militar.

(16) Sobre el tema de la naturaleza jurídica del planejament es bastant amplia la bibliografía. Principalment es pot remetre a GARCIA DE ENTERRIA-PAREJO *op. cit.*, pág. 179 i s.s.; CARRETERO PEREZ *Naturaleza de los Planes urbanísticos* a *Revista de Derecho urbanístico* núm. 16; VILLAR EZCURRA *En torno a la naturaleza jurídica de los Planes urbanísticos* a *Revista de Derecho urbanístico* núm. 64, pág. 13 i s.s.

(17) GARCIA DE ENTERRIA-PAREJO *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid 1980, pág. 179 i 347 i s.s.

(18) VILLAR PALASI *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *Introducción. Teoría de las Normas y grupos normativos*. Madrid 1972, pág. 407.

ETICA JURIDICA SIN METAFISICA

NORBERT HOERSTER
Universidad de Maguncia

SUMARIO: I. ¿Son las normas racionalmente fundamentales? II. La concepción de fundamentación de Larenz y Fikentscher. III. Esbozo de una ética jurídica intersubjetivamente fundamentable.

¿Existen principios de un comportamiento social recto que sean fundamentables con la razón? De la respuesta a esta cuestión fundamental de la filosofía *moral* depende, en última instancia, todo lo que se refiere a los componentes éticos de la filosofía *jurídica* es decir, la ética jurídica: ¿Existen argumentos racionales que hablan en favor del orden jurídico y en contra de la anarquía? Y en caso afirmativo, ¿es posible mostrar cuáles han de ser las características de las instituciones y normas fundamentales de un orden jurídico tal? ¿Existe, al menos en sus rasgos esenciales, un derecho "recto" que esté dado de antemano al derecho positivo?

En los últimos años, dos importantes juristas alemanes, Karl Larenz y Wolfgang Fikentscher, han presentado profundas investigaciones sobre esta problemática⁽¹⁾. Como considero que estas investigaciones son sumamente discutibles en sus respectivos presupuestos filosóficos, quisiera, en lo que sigue, presentar mi propia concepción, que se aparta radicalmente de aquellas. Pero antes algunas observaciones acerca del objetivo y tipo de esta exposición: Con la bibliografía existente sobre el problema filosófico-moral de la fundamentación de las normas (desde la Antigüedad hasta el presente) podría llenarse bibliotecas enteras. Por razones de espacio, ni siquiera haré el intento de mencionar lo más im-

(1) K. Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979; W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, tomo IV. 1977, especialmente capítulo 34 ("Obtención de los valores").

portante de esta bibliografía sino que habré de limitarme a mencionar algunos autores cuya obra creo que en Alemania es injustamente descuidada. Colocaré además el acento de mi análisis en los *fundamentos filosóficos* de una ética jurídica, sin tratar en detalle las consecuencias que de aquí resultan para la conformación concreta de un orden jurídico "recto". Me preocuparé por utilizar un lenguaje claro que también sea comprensible para el lego en cuestiones filosóficas. Y, finalmente, ofreceré mi concepción ético-jurídica en una forma —en realidad indebida— dogmática sin entrar a discutir con mucho detalle las concepciones que se apartan de la mía (como las de por ejemplo, Larenz y Fikentscher o sus guardaespaldas filosóficos). El objetivo principal de este breve (teniendo en cuenta la temática que aquí se trata) trabajo no es desarrollar una teoría ampliamente fundamentada, sino más bien dar algunas incitaciones al público interesado en cuestiones de ética jurídica acerca de cómo puede darse una respuesta satisfactoria a estas cuestiones de una manera distinta a la que es usual en el pensamiento jurídico alemán.

I. ¿SON LAS NORMAS RACIONALMENTE FUNDAMENTABLES?

No hay duda que las normas y los valores serían racionalmente fundamentables si pudiéramos admitir que son elemento constitutivo de la realidad. Pues en este caso el sujeto hombre podría, al menos en principio, conocerlas y en este sentido formular acerca de ellos enunciados fundados, verdaderos. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los objetos de la percepción sensible: Son parte de un mundo dado de antemano al sujeto, independientes en su existencia del sujeto que los percibe. Consecuentemente existe un método racional para adquirir conocimientos sobre ellos. Hay criterios intersubjetivamente obligatorios que permiten distinguir entre enunciados verdaderos y falsos acerca de ellos. Y cuando un determinado individuo —siempre o en una situación concreta— no percibe un objeto objetivamente existente o lo percibe incorrectamente nos encontramos frente a algo que en principio, puede ser explicado: O bien el individuo correspondiente o bien la correspondiente situación presenta datos anormales que son los responsables de esta percepción falsa. Así, por ejemplo, el defecto físico de la ceguera puede impedir a alguien percibir ópticamente los objetos. Y, además, también es, en principio, posible el hecho de que aquí se trate de un defecto que limite la capacidad de percepción y que se pueda lograr que así lo comprenda quien lo padece.

¿Qué sucede, en cambio con las normas y los valores? ¿Son parte de una realidad objetiva? Manifiestamente no pertenecen a aquella clase de objetos que podemos percibir con nuestros cinco sentidos; no caen dentro del ámbito de la experiencia empírica. Pero con esta constatación —por cierto bien trivial— no queda respondida nuestra pregunta inicial. Pues de ninguna manera puede admitirse sin más que lo único que interesa es una realidad objetiva, reconocible sólo como objeto de la experiencia empírica. La afirmación contraria no es más que una *petitio principii* arbitraria. Quien desprejuiciadamente desee investigar nuestra cuestión tiene que estar dispuesto a tomar en serio la posibilidad de que existan realidades objetivas que el sujeto cognoscente aprehende de manera distinta a la puramente empírica. Ejemplos de estas realidades extraempíricas, “metafísicas”, serían la existencia de Dios, la inmortalidad del alma humana, determinados objetivos o metas inmanente del acontecer histórico o, precisamente, un reino de valores y normas objetivamente existentes.

Sin embargo, tomar en serio la posibilidad de una cosa no puede significar aceptarla sin más como real. El que la correspondiente realidad objetiva efectivamente se dé como objeto del conocimiento humano puede sólo resultar de *un examen detallado crítico, de todos los argumentos relevantes en pro y en contra*. Por las razones que habré de dar a continuación, estoy convencido de que en el caso del tema que aquí nos ocupa, es decir, el de la realidad objetiva de valores y normas, un examen de este tipo conduce a un resultado negativo.

Los enunciados sobre valores y normas tienen como contenido el que *debe* aspirarse a determinados objetos, es decir, deben realizarse determinadas acciones. Quien, por ejemplo, dice que la propiedad es buena (valor propiedad) o que es correcto cumplir las promesas (normativamente) dice con ello que debe aspirarse a mantener la propiedad o que las promesas deben ser cumplidas. De aquí se sigue: Los correspondientes enunciados pueden ser enunciados de conocimiento, enunciados acerca de una realidad efectivamente existente si el *deber* de aspirar a algo o el *deber* de hacer algo son elementos de una realidad efectivamente existente. Además, estos elementos del deber ser de la realidad tienen que ser aprehendibles por el sujeto cognoscente a través de una especie de intuición interna ya que, como se expusiera más arriba, en todo caso no son accesibles empíricamente. ¿Cómo deben juzgarse críticamente estos presupuestos de un objetivismo de las normas?

Es una verdad trivial que los juicios de valor (valoraciones) al igual que los juicios sobre normas (normaciones) juegan un papel enorme-

mente importante en la realización de la vida de cada individuo. No se ha descubierto ningún individuo (más o menos intacto) y mucho menos ninguna sociedad en la que en sus orientaciones con respecto al mundo y en sus formas de enfrentarse con la vida no aparezca ninguna actitud de deber ser y ningún juicio de deber ser. Y, además, no puede negarse que al menos *muchos* individuos y *muchas* sociedades, de acuerdo con su propia comprensión, consideran que sus actitudes y juicios de deber ser están *fundamentados objetivamente* y ven precisamente en esta fundamentación objetiva su justificación y legitimación propiamente dicha. (En este sentido, no existe ninguna diferencia decisiva entre filósofos y no filósofos: La misma fe en la objetividad del deber ser que por lo general el lego alienta de manera implícita e irreflexiva, ha sido a menudo formulada explícitamente por los filósofos quienes, a través de equilibradas teorías han tratado de darle una forma intelectualmente aceptable). Sin embargo, del hecho que una concepción sea compartida por la mayoría no se infiere su corrección. Y en realidad hay mucho que habla a favor de que, tanto la irrenunciabilidad práctica de convicciones de deber ser como así también su difundida interpretación objetivista, pueden explicarse de una manera convincente y no impuesta, sin que para ello se haga uso de la hipótesis de un deber ser objetivo (no sólo aparente sino real). Habrá que fundamentar ahora más esta aseveración.

Todo deber se contiene necesariamente una directiva de acción. Pero, una directiva de acción, considerada realísticamente, es siempre la expresión de una *voluntad*, de la voluntad de algún individuo, de un grupo o de la sociedad que expresa el deber ser y, de esta manera, o bien dicta la correspondiente directiva de acción o bien, en todo caso, la hace suya. Sin embargo, lo que alguien quiere está condicionado por sus deseos, necesidades, intereses e ideales. (Para los fines que aquí persigo, y por razones de simplificación, he de resumir estos cuatro conceptos, que desde luego podrían ser distinguidos individualmente, bajo el concepto de "interés" en un sentido amplio). Y como por experiencia sabemos que el hombre es un ser con intereses, no parece de modo alguno sorprendente que trate de realizar estos intereses (también) a través de directivas de acción, es decir, mandamientos de deber ser dirigidos a sus congéneres. Por lo tanto, el hecho mencionado más arriba, en el sentido de que cada persona y cada sociedad en general tienden a formular mandamientos de deber ser o normas, puede así explicarse fácilmente sin tener que recurrir a la hipótesis de valores o normas objetivamente dadas de antemano y que pudieran ser descubiertas a través del conocimiento. ¿No es acaso obvio que, por ejemplo, un ser que desea sobrevivir procure evitar que otros seres lo maten, formulando una prohibición de matar?

Más complicada es la explicación con respecto al hecho mencionado más arriba en el sentido de que, a su vez, muchas personas tienden manifiestamente de manera instintiva a concebir sus convicciones de deber ser en un sentido objetivista. Aquí pueden actuar conjuntamente varias causas. Por una parte, detrás de no pocas normas que los hombres sostienen se encuentran intereses de *enorme importancia*. (Piénsese, por ejemplo, en el interés en sobrevivir). Por lo tanto, para quien formula la norma es muy importante el cumplimiento de la misma por parte de sus destinatarios. Pero este cumplimiento de la norma parece ser facilitado en no poca medida cuando su destinatario la concibe como algo objetivamente dado de antemano: ¿por qué ha de dejarse influenciar en su conducta el destinatario de la norma a raíz de la mera manifestación de la voluntad de algún otro (el dador de la norma) ¿No le da acaso el mero conocimiento de que determinadas acciones son objetivamente debidas una razón suficiente, independientemente de toda voluntad (ajena o propia), para conducirse conforme a lo debido? (En III argumentaré que, en todo caso con respecto a algunas normas, también desde el punto de vista del propio interés, pueden haber buenas razones para obedecer la norma). Por lo tanto, una concepción objetivista de la norma parece ser un medio adecuado para otorgar a la voluntad del dador de la norma algo así como una legitimación inatacable y, con ello, la deseada presión. Esto no significa que el dador de la norma recurra a este medio conscientemente o en contra de una mejor convicción. Tan sólo el hecho de que la perspectiva objetivista tiene de facto esta función es suficiente para, al menos, dar *una* razón que explica su aparición.

Pero también desde la perspectiva de los destinatarios de la norma hay factores psicológicos que influyen en dirección de una concepción objetivista de la norma. Numerosas normas con las cuales el individuo se ve confrontado como destinatario no son creaciones de un individuo, que de esta manera pretenda imponer sus intereses exclusivamente privados. Lo que sucede más bien es que son sostenidas y hechas valer por grupos o por toda la sociedad que las asume como propias. (Puede pensarse, por ejemplo, en la muy difundida prohibición de la mentira o de la violación de las promesas). Por lo tanto, en estas normas, el destinatario no se ve confrontado con el "yo lo quiero" de un individuo cualquiera, sino con un "nosotros queremos" de toda la sociedad, muy difuso en lo que respecta a su autoría, o hasta con una tradición. Y se tiende a concebir las normas detrás de las cuales no se encuentra una voluntad que pueda ser fácilmente aprehensible o identificable, como si no fueran la expresión de ninguna voluntad empírica sino simplemente de una realidad objetiva, que le está dada de antemano *a cada* sujeto.

Tercero, hay que pensar, por último que, al menos dentro de nuestro ámbito cultural, durante largo tiempo fue usual que, al menos las normas más importantes, fueran concebidas como mandamientos de un creador divino del universo. Mientras tanto, la moral de conciencia de la mayoría de las personas (aún en el caso de numerosos creyentes) de nuestro círculo cultural ha abandonado la concepción de un legislador divino. Sin embargo, la concepción objetivista de las normas vinculada a aquélla parece haber sobrevivido, en un sentido vago, a la concepción específica.

Así pues, existen razones que permiten explicar el surgimiento de una concepción objetivista de la norma, aún cuando esta concepción pueda basarse en una ilusión. El que los tres factores mencionados, u otros similares, son efectivamente plausibles como causas del surgimiento de esta concepción resulta también de la siguiente reflexión: Quienes formulan la pretensión de objetividad que aquí se analiza lo hacen, por lo general, no con respecto a *todas* las normas que sostienen individualmente o de acuerdo con la sociedad a la que pertenecen. Así por ejemplo, las normas de la costumbre, de la convención, de la etiqueta, de la moda, de la estética, del gusto, quedan en gran medida excluidas de esta pretensión; en el caso de estas normas se está perfectamente satisfecho con que se las considere simplemente como manifestaciones de preferencias personales o de determinaciones específicas de ciertos grupos. Pero, si existe un deber ser objetivo dado de antemano a los hombres, ¿por qué no también en estos ámbitos? ¿Por qué sólo en el caso de las normas que —a diferencia de aquéllas— se las suele designar como normas de la *moral*? Por cierto que no puede excluirse a priori el que, en última instancia, dentro del marco de una teoría metafísica de la fundamentación de la moral, exista una respuesta satisfactoria. Sin embargo, una respuesta de este tipo no es obvia. Pero, dentro del marco de mi explicación más arriba esbozada acerca de la *concepción* objetivista de la norma, puede obtenerse, sin mayor problema, una razón que explica por qué esta concepción queda por lo general, limitada a las normas de la *moral*: A diferencia, por ejemplo, de las normas de la convención, de la estética, etc., como normas de la moral se consideran sobre todo aquellas normas detrás de las cuales se encuentran intereses y exigencias humanas concretas e importantes. Pero, de acuerdo con la hipótesis de explicación presentada más arriba, estos últimos constituyen precisamente el punto de vista decisivo que subyace a la pretensión de objetividad y a su difusión.

Si el comportamiento humano de normación y también su pretensión de objetividad pueden ser explicados de esta manera o de alguna

otra forma similar, sin que por ello uno tenga que depender de una objetividad efectivamente existente, ello efectivamente existente quede *refutada*. Siempre sería concebible que hubiera normas objetivamente, dadas de antemano, cognocibles en principio y que efectivamente, en todo caso, ellas fueran conocidas por algunas personas (quizás por los filósofos) y utilizados como fundamento de los propios juicios de deber ser (normaciones). Esto es *concebible*, pero quien sostenga que ello es realmente así tiene que correr con la carga de la argumentación debido a la prescindibilidad de su aseveración o suposición para la explicación de los fenómenos que aquí se discuten (ver supra). En realidad, algunos de los más grandes pensadores de la historia de la filosofía occidental (tales como Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino y Kant) han intentado asumir esta carga de argumentación a través de la formulación y fundamentación de teorías éticas metafísico-objetivas. Naturalmente, estas teorías merecen ser tomadas seriamente en cuenta y analizadas detalladamente. Mientras tanto, ello se ha llevado a cabo en innúmeras investigaciones; el resultado es, como suele suceder en la filosofía, controvertido. Aquí tan sólo puedo expresar mi convencimiento de que las teorías éticas objetivistas que conozco (especialmente la de los mencionados clásicos) —teorías que se contradicen fuertemente entre sí!— no están en condiciones de resistir un análisis crítico: Los problemas que provocan son más numerosa y difíciles que los que pueden solucionar. La suposición de valores y normas objetivas, independientes del sujeto valorante y accesibles a través de un acto del conocimiento, son difícilmente conciliables con una imagen científico-racional del mundo. La manifiesta falta de un *método* universalmente aceptado del (supuesto) conocimiento en este ámbito es sólo uno de los problemas que aquí se presentan. En cambio, la concepción de valores y normas como expresión exclusiva de valoraciones y normaciones humanas, es decir, en última instancia, de intereses humanos, puede prescindir de todo postulado metafísico e incorporarse sin fisuras en una teoría empírica del hombre y de la vida humana en sociedad.

¿Qué se infiere a partir de esta perspectiva no metafísica, empirista, con respecto a nuestra pregunta inicial acerca de la posibilidad de una fundamentación racional de las normas? Se infiere que las normas tan sólo son fundamentables racionalmente en un sentido limitado, *hasta un cierto grado*. Esta respuesta requiere una explicación más detallada.

Es un fenómeno regular el que las normas, tal como son sostenidas en la vida práctica y política, son sostenidas por quienes las propician en una estrecha conexión con determinadas suposiciones fácticas. Esta conexión puede tener diferentes dimensiones. Por lo pronto, está la di-

mensión de que la norma x es sólo sostenida porque es considerada como un medio adecuado para la obtención del fin y . En la medida en que de facto no lo sea, es infundada: Quien la sostiene, en la medida en que se comporte racionalmente, habrá de abandonarla. Pero el contexto de fundamentación entre norma y factum no necesita consistir en una relación directa de medio-fin como ésta. También puede pensarse el caso en el que la norma puede por cierto producir el objetivo deseado, pero tener efectos secundarios que podrían perjudicar otros objetivos que son evaluados como más importantes. También en este caso la correspondiente norma es, desde su propio punto de vista, infundada. Y, finalmente, independientemente de toda relación medio-fin, pueden figurar como presupuestos para sostener una norma determinadas suposiciones de existencia fáctica. Quien, por ejemplo, exige que uno debe comportarse de acuerdo con la voluntad de Dios o conforme a leyes inmanentes del transcurso de la historia, exige algo infundado en caso de que Dios o las mencionadas leyes en verdad no existan. Bajo este presupuesto, quien sostiene la norma es comparable al niño que reflexiona acerca de cómo puede lograr que lo quiera la liebre de Pascua.

De todo esto resultan para el problema de la fundamentación de las normas las siguientes consecuencias: 1. La ratio tiene una función importante en el ámbito de las normas. Puede demostrar que una norma es fundada o infundada en la medida en que puede demostrar que los diversos presupuestos fácticos de esta norma son correctos o falsos. 2. Cada norma, fundamentada o no en este sentido, tiene un elemento —el elemento del deber hacer— que, en principio, es inaccesible al conocimiento y a la fundamentación racional. Sin embargo, precisamente por ello puede inducir a error en grado considerable el estigmatizar a este elemento (tal como a menudo sucede, especialmente cuando se polemiza en contra de una concepción no metafísica de la norma) como irracional. Es tan poco irracional (*antirracional*) como, por ejemplo, el sentimiento de amor por una persona es, en tanto tal, irracional. Más correcto sería designarlo como *arracional* es decir, no racional, extra racional. 3. Una norma no puede estar fundada o infundada en un sentido objetivo, sino siempre desde el punto de vista de un sujeto que sostiene esta norma. Por ello, la misma norma puede estar fundamentada para A y ser infundada según B, cuando A la vincula con suposiciones fácticas correctas y B con suposiciones fácticas incorrectas. Naturalmente, esto presupone que A y B consideran hechos diferentes como normativamente relevantes; esto significa: sostienen diferentes premisas normativas y, por lo tanto, desean cosas diferentes.

Pero esta posibilidad está siempre dada a causa del elemento arra-

cional irreducible de toda norma. Por lo tanto, el que entre las normaciones fundamentadas de diferentes individuos pueda producirse un consenso intersubjetivo es, en principio, una cuestión abierta cuya respuesta en algunos casos puede ser positiva y en otros negativa.

II. LA CONCEPCION DE FUNDAMENTACION DE LARENZ Y FIKENTSCHER

Con respecto al problema de la fundamentación de las normas, Larenz y Fikentscher no comparten manifiestamente la concepción que acabo de esbozar. En sus consideraciones, ambos parten de posiciones esencialmente objetivistas. ¿Cuáles son sus argumentos para estas posiciones? Por lo pronto, Larenz polemiza fuertemente en contra del "concepto positivista de la ciencia" según el cual no es posible un conocimiento de las pautas éticas del derecho recto. De esta manera "se arroja a la basura una tradición filosófica milenaria"⁽²⁾. Sin embargo, él mismo admite que "no hay una vía segura para el conocimiento de lo 'absolutamente' válido, correcto"⁽³⁾. Más aún, escribe: "Tan sólo podemos sostener que nuestras aseveraciones son aceptables para aquellos cuya comprensión del mundo y del derecho estén integradas en el círculo cultural de Occidente. Quien sale de él, por convertirse, por ejemplo, en budista, o pertenece a otro círculo cultural, acepta como válidas posiblemente otras categorías y valores fundamentales"⁽⁴⁾. Con todo, dentro del desarrollo jurídico de nuestro círculo cultural occidental podemos confiar en que el derecho positivo respectivo se encuentra "en el camino hacia el derecho recto"⁽⁵⁾ (hacia la "idea del derecho"⁽⁶⁾) y nos otorga el "descubrimiento progresivo de los criterios de lo recto"⁽⁷⁾.

En Larenz no he logrado descubrir argumentos para esta perspectiva histórico-filosófica, inspirada manifiestamente en Georg Wihhelm Friedrich Hegel.

En cambio, la mayor parte de su escrito está llena de aseveraciones detalladas según las cuales las ideas rectoras de nuestro actual ordena-

(2) Op. cit. pág. 16. Larenz ignora totalmente que con respecto a esta cuestión también existe una "milenaria tradición filosófica" (cfr. mis breves referencias con respecto al texto al que corresponde la nota 15).

(3) Op. cit. pág. 182.

(4) Op. cit. pág. 32.

(5) Op. cit. pág. 25.

(6) Cfr. op. cit. pág. 29.

(7) Op. cit. pág. 184.

miento estatal republicano federal tienen que ser consideradas como las correctas. Pero, ¿qué sucede con estas ideas rectoras cuando se las compara con las que regían en nuestro país durante los años 1933-1945 y a las cuales el mismo autor revistió con la plástica fórmula "La sangre tiene que convertirse en espíritu y el espíritu en sangre"(8)? No cualquiera habrá de poseer la ilustrada sabiduría como para considerar a esta última simplemente como uno de aquellos estadios en los cuales la "idea del derecho" —en este caso en su camino desde Weimar hasta la República de Bonn— se da a conocer manifiestamente al agradecido observador. Manifiestamente es el privilegio del filósofo educado por Hegel el saber no sólo interpretar los valores obligatorios para el Occidente sino que también, con esta interpretación, cualquiera que sea lo que pueda suceder políticamente, se encuentra siempre a la altura de la época(9). Aquel para quien la verdad de la filosofía de Hegel no sea nada evidente en absoluto por diversos motivos (tanto intelectuales como morales) habrá de encontrar poco atractiva esta perspectiva. Quizás frente al hegeliano Larenz habrá de preferir como interlocutor para analizar el "derecho recto" que conjuntamente desean descubrir, el diálogo con un budista, extraño por cierto a su círculo cultural.

Fikentscher recorre una vía algo diferente a la de Larenz. Según él, el ético del derecho se convierte de manera *totalmente expresa* en metafísico del derecho, en teólogo del derecho. Considera que la decisión de cuestiones valorativas jurídicas, aún las de naturaleza verdaderamente banal, necesariamente está enraizada en una "imagen del hombre" y "desde la 'imagen del hombre' el paso a la condicionalidad religiosa de esta imagen del hombre es sólo una cuestión de honestidad intelectual". "Quién valora", continúa Fikentscher, "necesita una 'religio', un punto arquimédico en el que pueda colocar la palanca de su valoración"(10). Con aprobación cita la frase atribuida a Felix Kaufmann: "Toda cuestión jurídica es, cuando se baja dos escalones más en su fundamentación, una cuestión religiosa"(11).

Fikentscher lo fundamenta así: "Pues la valoración es sólo posible cuando uno se liga a algo". El círculo de la argumentación lo cierra la correspondiente nota al pie de página: "Religio = ligar, de ligar, doblar hacia abajo y atar (por ejemplo, un pámpano)".

(8) Karl Larenz, "Volksgeist und Recht" en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* I. (1954), 42.

(9) Con respecto a este contexto ver E. Topitsch, *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie*, 1967.

(10) Op. cit. pág. 405.

(11) Esta y las dos siguientes citas en op. cit. pág. 653.

Uno conoce este tipo de estrategia argumentativa en la moderna teología popular: Hasta los actos humanos más cotidianos conducen al hombre pensante inevitablemente hacia Dios. Quien vea las cosas de otra manera o bien es superficial o bien es deshonesto.

Pero, en verdad, las cosas no suceden en absoluto de la manera como lo afirma aquí Fikentscher; precisamente quien haya conservado solidez y honestidad de pensamiento percibirá fácilmente lo dudoso de esta "argumentación": 1. Por cierto, se podría decir con razón que, por lo general, una concepción religiosa trae consigo también actitudes valorativas. Pero de aquí no se sigue, de ninguna manera, lo inverso, es decir, que por lo general las actitudes valorativas traigan consigo una concepción religiosa. Aún cuando las valoraciones de las personas religiosas en su mayor parte hayan de estar determinadas por su fe religiosa, con esto no se dice que también las valoraciones de las personas no religiosas tengan que estar de alguna manera religiosamente determinadas. 2. Por cierto que a nadie le está vedado (sin que para demostrarlo haya que recurrir a eruditas consideraciones etimológicas totalmente irrelevantes para el caso) *usar* "religioso" de manera tal que sea *equivalente* a "valorante". Cuando alguien así lo hace, no hay *para él* (de acuerdo con su uso del lenguaje) ninguna valoración sin religión. Pero esta maniobra lingüística no lo autoriza sin embargo de ninguna manera a suponer que, *en el sentido habitual de la palabra "religión"* —que, en todo caso, *va mucho más allá* de lo que es entendido por "valoración" o hasta por "vinculación"—, no haya ninguna valoración sin religión.

¿Con respecto a cuál de los mensajes religiosos recíprocamente opuestos desearía obligarnos del teólogo del derecho Fikentscher ligarnos en nuestras valoraciones (jurídicas o de otro tipo)? A aquel mensaje del hombre como pecador, que sólo puede encontrar justificación en la fe tal como se da en la interpretación paulista-protestante del Cristianismo: "No hay ningún valor que ate a los hombres en los detalles... Pero en algo está ligado: En su peculiaridad como hombre y como súbdito del Dios personal, frente al cual, en este mundo, se encuentra siempre en lo falso⁽¹²⁾. Además Fikentscher considera que los valores esenciales, los "valores fundamentales", que están unívocamente determinados a través de esta concepción teológica son *fundamentales únicamente con su ayuda*: "No hay nada que hacer: si no se quiere ser deshonesto, hay que reconocer la condicionalidad judeo-cristiana de la democracia de los derechos fundamentales"⁽¹³⁾. Aun cuando no deseo ser deshonesto, no

(12) Op. cit. pág. 653.

(13) Op. cit. págs. 610 y s.

logro reconocer una conexión lógica de este tipo entre el carácter pecaminoso del hombre y la exigencia de derechos fundamentales estatales —por suerte, según pienso, para estos últimos. Pues la imagen del hombre teológico-cristiana, que aquí es sostenida como base necesaria, está ligada a una serie de presupuestos que, desde el punto de vista de una imagen científico-racional del mundo no me parecen realizables en modo alguno⁽¹⁴⁾. En ambos puntos (conexión entre carácter pecaminoso y exigencia de derechos fundamentales como así también fundamentabilidad de la primera) el lector puede, desde luego, tratar de obtener un mejor conocimiento a través de la lectura de la argumentación de Fickentscher que se extiende a lo largo de cientos de páginas.

III. ESBOZO DE UNA ETICA JURIDICA INTERSUBJETIVAMENTE FUNDAMENTABLE.

¿Existen algunas normas que sean intersubjetivamente fundamentales, normas que de esta manera pudieran servir a la fundamentación intersubjetiva, por lo menos de algunos elementos de un orden jurídico? De acuerdo con la concepción que he sostenido en I, una fundamentación intersubjetiva de una determinada norma *x* es posible en la medida en que *x*, de acuerdo con la situación de las cosas, sea adecuada para promover los intereses o los objetivos de *diferentes sujetos* (personas). Básicamente, es posible distinguir tres tipos de casos en los cuales esta condición se cumple. El primer grupo de casos, el más simple, se da cuando diferentes personas persiguen fines idénticos en todo sentido: Si tanto A como B desean un aire más limpio en la Zona del Ruhr, para ellos estará intersubjetivamente fundamentada una norma que prohíba la contaminación del aire en la Zona del Ruhr. (En todo caso, esta norma, *en la medida* en que persigan este objetivo, estará *primera facie* fundamentada. La complicación que suele presentarse en este tipo de casos, es decir, que presumiblemente A y B persiguen también otros fines que al menos en cierta medida tienen como consecuencia secundaria inevitable la contaminación del aire, no será aquí considerada).

El segundo grupo de casos se da cuando los objetivos de diferentes personas si bien no son idénticos, sin embargo están creados de manera tal que, de facto, la misma norma sirve para su realización: Así por

(14) Con respecto a los argumentos filosóficos más importantes en pro y en contra de los presupuestos básicos de la fe cristiana, ver N. Hoerster (comp.), *Glaube und Vernunft. Texte zur Religionsphilosophie*, 1979.

ejemplo, una norma que prohíbe la caza libre sin sujeción a condición alguna sirve tanto el objetivo del amigo de los animales A que no quisiera que se diseminase la fauna cuanto el objetivo del amigo del hombre B a quien le importa que la gente pueda pasear por el bosque sin peligro alguno. Con el tercer grupo de casos nos encontramos finalmente cuando los objetivos de diferentes personas, si bien son idénticos por lo que respecta *al asunto* no lo son en lo que respecta *para quien* ha de obtenerse este asunto: Si, por ejemplo, A aspira a su propia supervivencia —la supervivencia de A— y B a la suya propia —la supervivencia de B— a estos dos objetivos (idénticos en su valor abstracto pero no en su concreción) sirve en igual medida una norma que prohíba matar.

Estos tres casos de grupos se refieren a casos en los cuales, en principio, existe la posibilidad de fundamentar *intersubjetivamente las normas*. Pero aquí, en virtud del enfoque de fundamentación que he sostenido, resulta la siguiente limitación: La intersubjetividad de la respectiva fundamentación abarca exactamente a aquellas personas que tienen el objetivo correspondiente y a nadie más. En los tres ejemplos que he mencionado más arriba las normas están intersubjetivamente fundamentadas *para A y B*. El que además lo estén para C y D o para todos los miembros de la respectiva sociedad es una cuestión que queda pendiente. Su respuesta depende de que C y D o todos los miembros de la respectiva sociedad, o todos los hombres, tengan de facto los mismos objetivos.

Como lo han mostrado, o al menos insinuado, los tres tipos de fundamentación intersubjetiva de normas tienen relevancia también en contextos especiales de fundamentación jurídico de normas. Sin embargo, es el tercer tipo el que resulta ser especialmente útil con respecto a *los elementos fundamentales de un orden jurídico* cuya fundamentación tiene que estar en el punto central de todos los esfuerzos ético-jurídico. En el resto de este trabajo quisiera mostrar hasta qué punto esta aseveración es correcta y cómo podría darse en detalle una fundamentación ético-jurídica bien lograda. Para presentar de la manera más clara posible la figura de la fundamentación que aquí interesa, he de recurrir a un ejemplo concreto, es decir, el de la ya mencionada prohibición general del homicidio.

A fin de poder ver las razones que hablan a favor de una imposición jurídica de la prohibición general de matar desde el punto de vista intersubjetivo, habremos de imaginarnos brevemente una situación de convivencia humana totalmente desprovista de normas. Se trata aquí de la realización de un experimento puramente mental cuya función es total-

mente independiente del hecho de que una situación de este tipo haya alguna vez existido en la realidad histórico-social o pueda alguna vez existir. (De acuerdo con mis consideraciones presentadas en I, parto aquí también de que al hombre no le están dadas normas objetivas en sentido ontológico, es decir, independientes de la voluntad de otros hombres o de la sociedad). En una tal situación sin normas sucedería manifiestamente, entre otras cosas, lo siguiente: A veces muchas personas tendrían el deseo de matar a algún congénere, por ejemplo, por razones de rivalidad. La probabilidad de que deseos de este tipo se llevaran efectivamente a la práctica sería bien grande. Pues los hombres —en tanto víctimas y actores potenciales— están creados por la naturaleza de manera tal que, de una manera relativamente fácil, pueden quitarse recíprocamente la vida.

Esto vale también para el caso en que la víctima sea muy superior al actor en capacidades y posibilidades (en “poder”). Pues las diferencias entre los hombres no son ni siquiera *tan grandes* que impidan que prácticamente *cualquiera* (aún el más débil) en un caso favorable (por ejemplo, en colaboración con otras personas débiles) pueda matar *a cualquier otro*. Esto significa: Cada uno tiene una buena oportunidad (aún cuando no igualmente grande) de matar y —a la larga o la corta— de ser muerto.

Esta situación sería considerada por todos como desagradable. Pues cada cual tiene un fuerte interés en su propia supervivencia, al igual que en la supervivencia de los miembros de su familia y de sus amigos. Más aún, para no pocas personas este interés y su realización habrá de ser considerado como presupuesto para la realización de todos los demás intereses futuros y por lo tanto habrá de ocupar una posición de especial primacía. Bajo estas circunstancias, cada cual tiene una buena razón para desear, con el objeto de proteger la propia vida, que se establezca normativamente la prohibición general de matar. Y en verdad este deseo se basa en la siguiente evaluación de intereses: Renuncio a la imposición de mi ocasional interés en matar y, a través de esta renuncia, adquiero la seguridad de un interés que es para mí más importante, es decir, el de no ser muerto. Naturalmente, una estrategia de este tipo puede conducir a la meta sólo en la medida en que yo no esté sólo con esta evaluación de intereses. Pues la efectiva seguridad de mi interés de no ser muerto está ligado a la renuncia a matar por parte de los demás. Con otras palabras: para cada individuo vale la pena renunciar a matar sólo bajo el presupuesto de que la renuncia *general* a matar sea el contenido de una norma aceptada por todos y que, al menos en términos generales, sea eficaz.

Así pues una norma que prohíba el matar (arbitrariamente) está en todo caso para la gran mayoría de los hombres, fundamentada intersubjetivamente. Más exactamente: Esta fundamentada intersubjetivamente para todas aquellas personas cuyos intereses están expresados efectivamente por la evaluación mencionada más arriba, es decir que consideran que a la larga el no ser matados (la supervivencia) es más importante que la permisión indiscriminada del matar. Algunas observaciones adicionales pueden arrojar más luz acerca de esta forma de fundamentar la prohibición de matar. Por cierto que no es el caso en absoluto de que este argumento presuponga que la vida humana es un valor objetivo dado de antemano (al individuo o a la sociedad). Se basa más bien en el hecho de que (la gran mayoría de) las personas, en la escala de sus valoraciones otorgan de facto a su vida una jerarquía muy alta. Sin embargo, esta fundamentación no debe ser entendida en el sentido de que aquí se estaría presuponiendo el principio rector "lo que sirve al interés de todos (o de la mayoría) es correcto". El papel que la mayoría (los otros) juegan en mi fundamentación subjetivista es más bien el siguiente: Como no hay criterios objetivos de lo normativamente correcto, todo enunciado que diga que una determinada acción es "correcta" o que una determinada norma está "fundamentada" debe ser entendido como expresión del interés de quien formula este enunciado. De aquí se infiere que en todo momento cualquiera puede declarar que es "falsa" o "infundada" una norma *x* que, desde el punto de vista de todos los demás está fundamentada. Cuando alguien así lo declara expresa precisamente que sus intereses no coinciden con los intereses de todos los demás. Naturalmente, en una constelación de este tipo, no puede realísticamente contar ni con la aprobación de sus congéneres ni esperar que en la realidad social habrá de poder imponer su norma divergente y o impedir la imposición de la norma *x* que responde a los intereses de todos los demás. Precisamente por esto el hecho de que el interés de supervivencia es un interés que el individuo comparte con prácticamente todos los demás es un presupuesto de que para la protección de este interés de cada cual en la sociedad no sólo se postule (por algunos) una prohibición general del matar sino que pueda ser puesta efectivamente en vigencia (por todos).

Pero, ¿qué pasa con la minoría de personas que puede aún existir por más que ciertamente haya de ser insignificante y que prefieren la posibilidad del matar indiscriminado a la seguridad (amplia) del no ser matado? (Bajo esta categoría podrían caer quizás algunos terroristas o, dicho en general, gentes —en caso de que las haya— para quienes un ilimitado vivir en el hoy sea más importante que todo pensamiento previsor del mañana). Para estas personas manifiestamente nuestra prohibi-

ción general del matar no sería fundamentable, se encontrarían fuera de su alcance intersubjetivo. Sin embargo, la mayoría exige también con respecto a ellas que respeten la prohibición de matar y en caso de que violen esta prohibición se las castiga de la misma manera que a las que están interesadas en el mantenimiento de esta prohibición. ¿De dónde toma la mayoría, podría preguntarse alguien, aún cuando se trate de una mayoría del 99,9%, el derecho para imponerla? ¿No se ve acaso claramente en este punto que no es posible prescindir de una legitimación objetiva de las normas?

Estas preguntas son obvias y afectan el centro de mi enfoque subjetivistas de la fundamentación. Por ello no pueden ser dejadas de lado sino que tienen que ser respondidas abiertas y claramente. Primero: No hay duda que sería bello que fuera posible una fundamentación objetiva, una legitimación *trans*subjetiva de las normas. Pues entonces cualquiera que tuviera intactos sus órganos de conocimiento tendría que reconocer como fundamentadas y legítimas las normas que le están impuestas de antemano a él como a cualquier otro. No importarían sus deseos e intereses lo mismo que tampoco sería relevante la comunicación de la voluntad de alguna mayoría. Sin embargo, el que esta posibilidad esté dada efectivamente es una cuestión epistemológica-ontológica que tendríamos que decidir independientemente de nuestras necesidades prácticas. En I he argumentado que esta cuestión, en el ámbito epistemológico-ontológico que le corresponde, merece más bien una respuesta negativa. Esta respuesta no puede ser ahora dejada de lado con el argumento de que puede conducirnos a una situación problemática en el intento de fundamentación intersubjetiva de las normas que consideramos deseables.

Segundo: Si se toma en serio mi enfoque de fundamentación subjetivista y se piensa coherentemente hasta el final, en realidad no existe esta situación problemática. Volviendo a nuestro ejemplo de la prohibición general de matar: Por cierto que no podemos dejar de reconocer que para el "outsider" que hemos caracterizado más arriba esta prohibición no está fundamentada, es decir, no es posible fundamentarla con respecto a él. Pero esto no significa que no esté fundamentada con respecto al representante de la mayoría interesada en la supervivencia; lo está y *por cierto en toda su extensión*, es decir, como norma general que no admite excepciones y cuya exigencia de comportamiento también está dirigida al "outsider". No se comprende por qué precisamente los miembros de la mayoría deban renunciar a sus intereses (que sólo pueden realizarse plenamente mediante una prohibición *general* de ma-

tar) porque estos intereses puedan no ser compartidos por absolutamente todos. La pregunta planteada más arriba en el sentido de si alguien (aún cuando represente a la mayoría) tiene el *derecho* de imponer sus normas a otro, fue formulada de manera poco clara. Si “derecho” ha de ser entendido aquí en el sentido técnico del llamado “derecho subjetivo” (un derecho a algo, al que corresponde un deber por el otro lado), la respuesta reza “no” ya que desde mi punto de vista subjetivista no puede existir un derecho de este tipo en *un sentido pre o suprapositivo* (en el que necesariamente tendría que ser entendido el derecho en cuestión). Pero si con “derecho” se quiere tan sólo significar que alguien puede hacer algo determinado, de que a este hacer no se le oponen normas de ningún tipo, entonces naturalmente la respuesta reza “sí”; pues no hay normas suprapositivas que estuvieran dadas de antemano a este sujeto y en la situación en cuestión *todavía* no existen normas positivas.

Así entendido, A tiene perfectamente el derecho de abogar *por* y B el derecho de abogar *contra* la vigencia de una prohibición general de matar y hasta luchar por sus respectivas posiciones. Quien haya de imponerse aquí es en realidad una *cuestión de poder*. En esta constelación no se modifica esencialmente nada después que los en ella interesados logran la vigencia social (institucionalización) de la prohibición de matar. Desde su punto de vista, B sigue teniendo buenas razones para combatir en su validez la prohibición —que ahora está normada positivamente, es decir, existe realmente— y en la medida en que no le atemorizan sus sanciones, violarla cuando así lo desee. Todo esto puede parecer algo extraño a quien no haya puesto nunca en duda la usual concepción de una fundamentación objetivista de las normas. Sin embargo, desde el punto de vista práctico-político no tiene por qué preocuparse: Tal como ha sido creada la naturaleza humana, la inmensa mayoría de nuestros congéneres seguirá teniendo un interés primordial en la supervivencia y sabrá evitar la permisión del matar. Por otra parte, no es posible combatir a los pocos terroristas con una forma objetivista de fundamentación de las normas. Deberíamos dejar de contraponer a un orden jurídico basado en el poder otro orden jurídico que supuestamente estaría legitimado por un derecho superior. Si se entienden las cosas correctamente, todo orden jurídico se basa en el poder o, dicho más exactamente, en una voluntad que está vinculada con el poder de su realización. En este sentido, el poder puede ser idéntico con la opresión por parte de unos pocos, pero no tiene que serlo necesariamente. Un orden jurídico que en sus fundamentos sirva prácticamente los intereses de cada cual y que por lo tanto base su validez en el poder de cada cual, está tan bien fundamentado como puede estarlo algo en el ámbito de la praxis y de lo normativo.

Por último, algunas observaciones generales: En lo anterior, había que presentar proyectos y métodos de una ética jurídica intersubjetivamente aceptable sobre la base de una concepción subjetivista de fundamentación de las normas. Estas ideas no son nuevas. Se encuentran ya en sus comienzos en algunos sofistas de la Antigüedad y en la filosofía epicureísta del Estado como así también en la Edad Moderna, sobre todo en los filósofos ingleses Thomas Hobbes y David Hume. (Naturalmente, precisamente la ética jurídica hobbesiana contiene algunas teorías *adicionales* —como la del egoísmo psicológico o la de la irrenunciabilidad práctica de una monarquía absoluta que manifiestamente son falsas. Sin embargo, ésta no es ninguna razón para declarar como superado a *todo el sistema hobbesiano* de la fundamentación del derecho). También en este siglo han sido dos pensadores ingleses quienes han retomado esta perspectiva y la han expuesto convincente y detalladamente al lector moderno: H.L.A. Hart (* 1907) y John L. Mackie (1917-1981) (15).

Estoy convencido que de manera totalmente análoga a la de la prohibición de matar puede fundamentarse intersubjetivamente toda una serie de requerimientos fundamentales de un orden jurídico en el sentido más amplio de la palabra. Pienso, por ejemplo, en normas con los siguientes contenidos: garantía del mínimo de existencia económica; protección de la integridad física; protección de por lo menos, una cierta medida de libertad de movimiento y de acción; garantía del cumplimiento de los contratos. Naturalmente, esta suposición debería ser examinada cuidadosamente con respecto a cada una de estas normas como así también con respecto a todo otro posible candidato. Con todo, ya a primera vista debería dar que pensar el hecho de que manifiestamente ninguna forma de sociedad en la historia ha demostrado ser estable a largo plazo cuando al menos en sus rasgos básicos y en beneficio de una gran parte de la población estas normas no han tenido validez.

En todo estos casos, un presupuesto esencial de la estrategia de fundamentación que he defendido es el hecho de que el hombre, en tanto ser natural, está sometido a límites bastante estrechos en su preocupa-

(15) Ver sobre todo, H.L.A. Hart, "Eine empirische Version der Naturrechtslehre" en N. Hoerster (comp.), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*, 2ª edición 1980, págs. 94 y ss. como así también John L. Mackie, *Ethics*, 1977 y del mismo autor, *Hume's Moral Theory*, 1980. Esta última obra, en virtud de su aguda exposición y desarrollo ulterior de la sorprendentemente actual teoría de Hume, tiene enorme importancia para los problemas filosóficos básicos de una ética jurídica libre de consideraciones metafísicas.

ción por los intereses de sus congéneres. Esto no significa de manera alguna, tal como por ejemplo suponía Hobbes, que el hombre no pueda seguir más que motivaciones egoístas. Pero significa que aquellas motivaciones altruistas de las que en principio es capaz por lo general sólo serán eficaces en el campo próximo a aquellas y que usualmente no alcanzarán la intensidad de las motivaciones egoístas. Sin este presupuesto realista, en realidad, normas como las más arriba mencionadas serían superfluas: En un acuerdo entre todas las partes, los hombres respetarían sin más y sin distinción alguna los intereses respectivamente más importantes de sus congéneres.

Pero, podría preguntar alguien en este contexto. ¿son efectivamente tan frecuentes y tan graves los conflictos interhumanos en los respectivos ámbitos que es necesario contar para su solución con normas firmemente institucionalistas? ¿No respetaríamos por lo general la vida y la integridad física de personas que no nos son próximas, también en el caso de que se eliminara la prohibición de matar? A primera vista puede parecer que tal es el caso. Pero no debemos olvidar lo siguiente. Una estricta prohibición moral y jurídica de matar (en el sentido de una prohibición de matar arbitrariamente) ha estado siempre firmemente arraigada en nuestra tradición. Ha pertenecido siempre a los elementos básicos de las normas sociales, que toda nueva generación aprende a internalizar de la manera más natural a través de la educación y la socialización. Por lo tanto, para poder describir realístamente la hipótesis de una desaparición de la prohibición de matar institucionalizada con todas sus consecuencias, tenemos no sólo que imaginar como eliminada la correspondiente prohibición jurídica de matar que vale en nuestra sociedad, sino también la prohibición moral que también vale en nuestra sociedad y en verdad, ambas como eliminadas en *un largo período de tiempo*. ¿Podríamos bajo este presupuesto seguir estando seguros de que el experimento de eliminar las normas correspondientes habrá de llevarse a cabo inofensivamente?

En este caso hipotético podemos ver algo fundamental: Las normas jurídicas fundamentables intersubjetivamente van acompañadas —funcionalmente y también en gran medida en la realidad— por las correspondientes normas de un moral social generalmente aceptada que refuerzan aquéllas. Así pues, de acuerdo con la concepción aquí sostenida, el derecho y la moral social están al servicio del mismo fin, es decir, la protección general de intereses individuales. Desde luego, este enunciado formulado tan generalmente requiere una limitación con respecto ambos tipos de normas. En las consideraciones que aquí he presentado se ha podido percibir en más de un pasaje que la presente concepción

ético-jurídica pretende solucionar de una manera intersubjetivamente aceptable en general el problema de la fundamentación de los *fundamentos esenciales* de un orden jurídico. Aquí quisiera señalar muy claramente que esta pretensión vale *únicamente* para las normas jurídicas fundamentales y —consecuentemente— también *únicamente* para las normas fundamentales de la moral social. Se refiere exclusivamente a las *mínimas condiciones* normativas de una convivencia aceptable para cada cual y, naturalmente, los órdenes jurídicos y morales válidos van mucho más allá de estas condiciones mínimas en sus pretensiones de regulación. Por lo tanto, *in toto* no han de poder ser fundamentados en el mencionado sentido intersubjetivo amplio.

¿Qué pasa con la posibilidad de fundamentación de las innumerables cuestiones de la ética jurídica que de esta manera quedan pendientes (o mejor: en la medida en que se trate de cuestiones fundamentales: de la política jurídica)? Desde mi punto de vista, esta cuestión puede, a grandes rasgos, ser respondida de la siguiente manera: Con respecto a determinadas normas jurídicas se podrá indicar el medio adecuado, al menos *bajo determinadas condiciones histórico-sociales*, para una mejor garantía institucional de las normas fundamentales a las que se ha hecho referencia más arriba. Entonces las respectivas normas jurídicas, en la medida en que estén dadas estas condiciones, participan en la fundamentabilidad intersubjetiva de las normas fundamentales. (Posiblemente de esta forma podría argumentarse con respecto a la forma de gobierno democrático-parlamentaria en nuestra sociedad). Para otras normas jurídicas —probablemente la gran mayoría— no podrá mostrarse esto. Ellas son muy controvertidas en sus premisas mismas y son sólo fundamentables desde el punto de vista de determinadas personas o grupos. La consecuencia natural de ello es que quedan libradas a la lucha política por el poder que llevan a cabo las diferentes ideales, intereses y concepciones del mundo. Que, desde luego, los *medios* de esta lucha tienen que ser limitados a través de las normas fundamentales de una Constitución jurídica es una de las consecuencias de la posición básica ético-jurídica sostenida en este trabajo.

(Traducción de Ernesto Garzón Valdés).

LA "DEFINICION" DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES Y LOS CONFLICTOS DE LEYES

TOMAS MIR DE LA FUENTE

Profesor Adjunto interino de Derecho financiero y tributario

Un hombre tenía dos hijos y dijo el más joven de ellos al padre, *dame la parte de la herencia que me corresponde*. Les dividió la herencia y pasados pocos días, el más joven, reuniéndolo todo, partió a una tierra lejana, y allí disipó *toda su hacienda* viviendo disolutamente...

El se enojó y no quiso entrar; pero su padre salió y le llamó. El respondió y dijo a su padre: Hace ya tantos años que te sirvo sin jamás haber traspasado tus mandatos, y nunca me diste un cabrito para hacer fiesta con mis amigos; y al venir este hijo tuyo, que ha consumido *su fortuna* con meretrices, le matas un becerro cebado. El le dijo: Hijo tu estás siempre conmigo y *todos mis bienes tuyos son*; más era preciso hacer fiesta y alegrarse...

(De la parábola del hijo pródigo. Lucas 15. 11-14 y 15. 28-32).

SUMARIO: I. LA "DEFINICION" EN LA COMPILACION DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES. II. LA "DEFINICION" COMO FUENTE DE CONFLICTOS DE LEYES: A) *La vecindad civil mallorquina del padre futuro causante y del hijo renunciante*: a) La doctrina tradicional: 1) La formulación de Luis Pascual González; 2) Su triple fundamento: 2.1. El Derecho histórico y la costumbre; 2.2. El Código Civil: 2.2.1. Antes del Decreto 1830/74, de 31 de mayo; 2.2.2. Después de dicho Decreto: 2.2.2.1. El Título preliminar del Código Civil; 2.2.2.2. El artículo 9, 8º y su punto de conexión; 2.2.2.3. El régimen aplicable como consecuencia jurídica; b) Revisión de esta doctrina y confirmación formal; c) Crítica de fondo y nuevas perspectivas. B) *El cambio de vecindad del padre futuro causante como conflicto móvil*: a) El nuevo artículo 9, 8º del Código Civil; b) Crítica: 1) Validez del pacto y eficacia ilimitada; 2) La cuestión de la acomodación a las nuevas legítimas.

I. LA "DEFINICION" EN LA COMPILACION DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES

Tres son los artículos de la *Compilación de Derecho civil especial de Baleares* que se refieren a la "definición". Los artículos 50, 65 y 80. El primero y el último, de forma expresa, aunque solamente aquél, directamente. El segundo, tácitamente, y por remisión al primero.

El Artículo 50, en el Libro de las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca, dispone que, por la "definición", los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación de alguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida.

El artículo 65, por su parte, dispone que, en la isla de Menorca, no rige el artículo 50.

El artículo 80, a su vez, proclama que será de aplicación en las islas de Ibiza y Formentera lo dispuesto en el artículo 50 sobre la "definición".

II. LA "DEFINICION" COMO FUENTE DE CONFLICTOS DE LEYES

Interesa a nuestro estudio la solución de los conflictos de leyes que pueden surgir como consecuencia de la aplicación del Derecho vigente en punto a "definición". Conflictos que pueden nacer, no solo por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, sino también por la variedad de regímenes jurídicos aplicables en las distintas islas en la materia, tan diversos, que, como se ha visto, incluso llegan a no admitir la institución.

A) *La vecindad civil mallorquina del padre futuro causante y del hijo renunciante*

Si el conflicto de leyes surge cuando en una relación jurídica aparece

alguno de sus elementos conectados con un país o región distinto a aquél donde se trata de dar forma jurídica a aquella relación o reconocer sus efectos, pudiendo aparecer en contacto con otra legislación los sujetos, es obvio que, en la "definición", el conflicto más frecuente será el planteado por el otorgamiento de donaciones o ventajas por un padre de vecindad mallorquina (o ibicenca o formenterense) en cuya contemplación su hijo de distinta vecindad (adquirida derivativamente por cualquier causa) renuncia y da finiquito a las legítimas o demás derechos en la sucesión de aquél. Caso de que sea posible.

a) La doctrina tradicional

Quien primero se planteó la cuestión de esta posibilidad, como tantas otras cuestiones, fue Luis Pascual González.

1) La formulación de Luis Pascual González

Luis Pascual González (1) consideró que, para otorgar "definición", el hijo o hija "deben disfrutar la regionalidad civil mallorquina, y, asimismo, el padre o madre. Ello resulta de los Privilegios, de la costumbre e incluso de las normas del Código de general aplicación".

2) Su triple fundamento

La tesis de Luis Pascual González era, al tiempo en que se hizo, irreprochable. Hoy, no tanto. Porque, si es innegable, en la situación actual de los estudios históricos, que la vecindad foral del hijo que renuncia a la legítima ha sido, en Mallorca, lo legal y consuetudinario, hoy, después de las reformas del Código Civil posteriores a la Compilación de 1961, sobre todo, es discutible que esta doble condición personal venga exigida "por las normas del Código Civil de general aplicación".

2.1. El Derecho histórico y la costumbre

Que lo fuera en nuestra tradición jurídica, encarnada en las antiguas Leyes y costumbres, más que en la doctrina, parece claro.

El Privilegio de Jaime I, de 12 de marzo de 1274 se otorgó a "los prohombres y a la Universidad de Mallorca" y el del Rey Sancho de 8 de

(1) *La definición. Institución de Derecho Sucesorio Contractual. Derecho Foral de Baleares*, Palma de Mallorca 1962, pág. 54.

noviembre de 1319 “al pueblo de Mallorca”, refiriéndose a “hijo o hija de la Ciudad y Reino de Mallorca” (2).

La costumbre, reflejada en los instrumentos notariales, es la de exigir vecindad foral en padres e hijos “definidores” (3).

2.2. El Código Civil

Que la doble condición vecinal mallorquina fuera exigida en el Código Civil, y, de rechazo, en razón de los antiguos artículos 12 y 13 (por ser obligatorios en todas las provincias del Reino las disposiciones de su título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y los “Estatutos”...), en Mallorca, era sostenible, y, posiblemente, hasta cierto, antes de la Compilación, y, aún, tal vez, después de ella. Por algo, nadie lo negó. Pero, que lo sea, hoy, después de la reforma del título preliminar del Código Civil, hay que demostrarlo, pues, hay ya quien lo ha negado (4).

Veamos si es posible hacerlo.

2.2.1. Antes del Decreto 1.830/74, de 31 de mayo

Con anterioridad al Decreto 1.830/74, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, la tesis de Luis Pascual González era sostenible. Y era sostenible porque, por una parte, el artículo 10 disponía que “las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate...” (5) y, por otra, el 9 que “las leyes relativas a... la condición y capacidad legal de las personas obligan a los españoles, aunque residan a país extranjero” (6).

(2) Pascual González, *La definición...*, cit., págs. 31 y ss., 76 y ss.

(3) *Ibidem*, págs. 59 y ss.

(4) Ferrer Pons, J. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XX-XI. Vol. 1º. *Artículos 1 a 65. Compilación de Baleares*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1980, pág. 776.

(5) Aunque no contempla la sucesión contractual permitía, en lo foral, estar, en las regiones que la admitían, al Derecho propio; en nuestro caso, a la doctrina tradicional mencionada.

(6) Pudiéndose pensar que las prohibiciones de los artículos 816 y 1271, 2º del Código Civil constituyen un aspecto de la capacidad de obrar, y, por estar ésta sometida —por bilateralización de la norma del antiguo artículo 9 y extensión foralizada a los conflictos

La aplicación de estas reglas a los conflictos interregionales, sustituyendo la nacionalidad por la vecindad civil, como punto de conexión, y la eventual consideración de las prohibiciones de los artículos 816 (7) y 1271, 2º (8) del Código Civil, como integrantes del llamado estatuto personal, podía llevar, como llevó, a Luis Pascual Gonzalez, a buen seguro, a exigir la vecindad civil mallorquina (o ibicenca y formenterense) en las dos partes interesadas en la “definición”, pues dichas prohibiciones afectarían al hijo que no estuviera sometido, en lo personal, el Derecho aplicable en la isla de Mallorca sino al Código Civil.

Ahora bien, que fuera sostenible no significa que esta teoría no fuera, por lo menos, discutible. Como lo era, porque, el artículo 10 no hablaba de la sucesión contractual (y menos de pactos sucesorios abdicativos), lo que hacía posible, si se asignaba a la “definición” una cualificación contractual y no sucesoria, acudir a norma de conflicto más conforme con el Derecho de obligaciones —posiblemente la autonomía de la voluntad—, y, sobre todo, porque se podía pensar, no sin razón, que las prohibiciones de los artículos 816 y 1271, 2º del Código Civil no son aspectos de la capacidad de obrar sino límites a la negociabilidad o al contenido u objeto de los contratos.

2.2.2. Después de dicho Decreto

Hoy, la tesis de Luis Pascual González ha sido contradicha, como decíamos, por esto hay que preguntarse si es correcta, y aún, la más adecuada al título preliminar del Código.

En este planteamiento no hay que olvidar que, aunque la Exposición de Motivos del Decreto 1.830/74 disponga que “lo establecido en las respectivas Complicaciones no resulta alterado por el nuevo título preliminar” y su artículo 2 que “el presente texto articulado del título preliminar del Código Civil no altera lo regulado en las Complicaciones de los Derechos especiales o forales”, lo cierto es que, por una parte, la Compilación de Baleares nada dice al respecto, y, por otra, el nuevo

interregionales— a la ley de la vecindad civil de cada una de las partes contratadas o interesadas, si una de ellas —particularmente el hijo— es de Derecho Común o Foral distinto del aplicable en las islas de Mallorca, Ibiza y Formentera, no cabía.

(7) Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.

(8) Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.

artículo 13 proclama la aplicación general y directa en toda España de las disposiciones del título preliminar, entre las que se encuentran los artículos 9, 10 y 11, delineando un nuevo sistema conflictual, superador del anterior "insuficiente, de suyo, y desfasado" (9).

Y este nuevo sistema de normas de solución de conflictos ha sido, precisamente, el que ha permitido a Jaime Ferrer Pons (10) llegar a conclusiones distintas de las mantenidas por Luis Pascual González.

2.2.2.1. El Título preliminar del Código Civil

El artículo 16 dice que "será ley personal (en los conflictos de leyes que pueden surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional) la determinada por la vecindad civil".

El artículo 9, 1º, por su parte, dispone que la Ley personal "regirá... la sucesión por causa de muerte", y, además, en su apartado 8º, que la sucesión por causa de muerte se regirá por "la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento..., sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última". Y en el apartado 7º que "las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante".

2.2.2.2. El artículo 9, 8º y su punto de conexión

Al no ser la "definición" necesariamente, una donación, sino hacerse en contemplación de ella, y no siempre, hay que estar, en el punto que nos interesa, a los números 1º y 8º del artículo 9 exclusivamente (11).

De tales normas se sigue, especialmente de la segunda, que las prohibiciones de los artículos 816 y 1271, 2º del Código no afectan a la capacidad de obrar sino a la sucesión por causa de muerte. Idea que confirman, en cuanto a la "definición" (y, en la medida que significan dero-

(9) Exposición de Motivos del Decreto 1830/74, de 31 de mayo.

(10) *Comentarios...*, cit., pág. 776.

(11) La "definición" se puede hacer en contemplación de ventajas distintas de una donación, aunque lo normal y corriente es que sea, precisamente, en atención a la donación que se hace al hijo en el mismo instrumento en que se acepta, atribuyéndole el carácter de finiquito de legítima.

gación, para las que se rijan por la Compilación, en cuanto a sus disposiciones aplicables en las islas de Mallorca, Ibiza y Formentera), los artículos 50 y 80 de la Compilación, que se encuentran comprendidos, respectivamente, en títulos rubricados “de las sucesiones”. Como no podía menos que hacerse, siendo, como es, un pacto sucesorio de los llamados abdicativos o de non succedendo, y suponiendo, siempre, la extinción del derecho a la legítima del hijo que la pacta o declara.

2.2.2.3. El régimen aplicable como consecuencia jurídica

Lo que el legislador quiere (12) es que los pactos sucesorios se rijan por la ley personal de aquel sobre cuya sucesión se pacta. Y su ley personal, precisamente, en el momento del pacto. En nuestro caso, en el que se “defina”.

Ahora bien, ¿qué significa que las “definiciones” se rijan por la ley personal del padre cuya sucesión se trate al tiempo de otorgarse.

Evidentemente, significa que dicho pacto sucesorio se someterá al régimen establecido en la Compilación de Baleares para la “definición”, en todos sus aspectos. Entre ellos la aptitud legal de quienes la otorgan. Tanto el hijo que renuncia como el padre futuro causante que donó o concedió la ventaja en cuya contemplación se da el hijo por pagado y finiquitado de la legítima.

A este particular respecto, ante el silencio de la Compilación, hay que estar al Derecho histórico y a la costumbre, que han exigido, según testimonio autorizado (13), también en el hijo la vecindad civil mallorquina.

A menos que tales elementos interpretativos no tengan el sentido que les atribuye Luis Pascual González o se les niegue virtualidad integradora (14). Como no creo que piense negarles Jaime Ferrer Pons, cuando, en justificación de su opinión, se limita a decir: “primero, porque la definición es una institución de derecho sucesorio, y, más especialmente

(12) Si no fuera así, debería suprimirse la expresión “pactos sucesorios” y sustituirla por otra más expresiva, como “heredamiento, contrato sucesorio o sucesión contractual” u otra, que excluya los pactos abdicativos.

(13) Pascual González, *La definición...*, cit., págs. 54 y otras.

(14) Sobre este tema, vid. Clar Garau, R. *Comentarios...*, cit., págs. 50 y ss.; Masot Miquel, M., *El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación*, Ed. Embat, Palma de Mallorca 1979, págs. 493 y ss.

referida al sistema legitimario, y no debe olvidarse que en materia de sucesiones para determinar la legislación aplicable, hay que atender a la vecindad civil del causante; segundo, porque, como se verá seguidamente (artículo 9, apartado 8 del Código Civil), las normas de Derecho común atienden a la vecindad del causante, en el momento del pacto sucesorio, para determinar la validez de éste". (15)

Pero es que, aunque no fuera posible acudir a la costumbre para integrar el artículo 50 de la Compilación, habría que aplicarla, como fuente supletoria en defecto de ley. Porque no habría precepto aplicable ni en la Compilación ni en el Código Civil (16). Y, si no hay ley aplicable, ha de acudirse a la costumbre probada, antes que a los principios generales del Derecho, entre los que se encuentra el que inspira al axioma "donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete", en el que, el último término, se fundaría la tesis de Jaime Ferrer Pons.

b) Revisión de esta doctrina y confirmación formal

Después de todo lo dicho es imposible dejar de afirmar que sea necesaria la vecindad civil mallorquina tanto del padre como del hijo definidores.

Por otra parte, además, el hecho de que el artículo 2 del Decreto 1.830/74 disponga que el texto articulado del título preliminar del Código Civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos forales o especiales (que justifica la Exposición de Motivos diciendo que "sería un contrasentido pensar en cualquier cambio, regresión o falta de armonía") es suficiente para entenderlo así, porque aquella norma debe entenderse como prohibición de que ninguna norma de las contenidas en dichas Compilaciones puede resultar afectada, ni total ni parcialmente, por el principio de derogación de las normas, según el cual *lex posterior derogat anterior*, tal como sostiene Rodrigo Bercovitz Rodríguez Caro (17), y esta prohibición hay que referirla no solo a las normas de

(15) *Comentarios...*, cit., pág. 776.

(16) Cuya norma material prohíbe los contratos sobre la herencia futura, declarando la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima, y cuya norma de conflicto (caso de tener que aplicarse, por virtud del artículo 16, 1-2º, en relación con el artículo 12, 2) reenviaría de nuevo a la personal del futuro causante (que nada dice expresamente) antes que a la del hijo renunciante, que, si fuera de Derecho Común, tampoco diría nada, pues, como se sabe, la cuestión de la validez del pacto sucesorio sobre legítimas no afecta a su capacidad ni a la de su padre.

(17) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO I. *Artículos 1 a 41 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1978, pág. 526.

las Compilaciones que se ocupan de cuestiones propias del Derecho interregional, como algunas de las de Vizcaya y Alava (artículos 10 y 41), Aragón (artículo 94), Cataluña (artículo 103) y Navarra (leyes 148, 200, 253, 452 y 500) sino a las sustantivas. Incluso las inducidas. Como la que nos ocupa, en aras del artículo 2 de la Compilación de Baleares.

c) Crítica de fondo y nuevas perspectivas

De lo expuesto hasta ahora se desprende que la exigencia de vecindad foral mallorquina (o ibicenca, en su caso) en el hijo que "define" no resulta de la norma de conflicto, sino de la material del Derecho balear (incluida de una interpretación integradora propiciada por el artículo 2 de la Compilación, que se justifica en la tradición jurídica balear, encarnada en antiguas Leyes y costumbres) o de costumbre local aplicable en defecto de ley.

Pero, como sea que esta exigencia, hoy, pudiera resultar anacrónica, en razón de la realidad social de nuestro tiempo (en el que es frecuente, por razón de matrimonio o residencia, que muchos hijos de mallorquines, originariamente aforados, dejen de serlo) hay que pensar en si, en beneficio no solo del parte (18), sino del hijo, y hasta de la familia entera, conviene facilitar la utilización de esta institución. Lo que, evidentemente, se conseguiría permitiendo la "definición" a estos hijos no mallorquines de padres que siguen siéndolo.

Por esto, antes que defender a ultranza la exigencia tradicional de doble vecindad foral, conviene asegurarse de que, efectivamente, viene impuesta por la Historia, y, aún, en este caso, preguntarse si no debe ser olvidada y sustituida por una interpretación como la que auspicia el artículo 3, 1º del Código Civil (19).

Por lo pronto, y en cuanto a la costumbre, se me ocurre pensar que el hecho de que, en las fórmulas notariales, se destaque la circunstancia de la vecindad regional de todos los otorgantes (20), a lo mejor, no supone más que la constatación de un hecho frecuente, pero no necesario, que demostraría "diuturnitas", pero no "opinio iuris".

(18) Cerdá Gimeno, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XXXI. Vol. 2º. *Artículos 66 a 86. Compilación de Baleares*, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid 1980, pág. 529, le llama beneficiario, en contraposición al hijo, a quien llama renunciante.

(19) Clar Garau, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XX-XI. Vol. 1º. *Artículos 1 a 65. Compilación de Baleares, cit.*, págs. 50 y ss.

(20) Pascual González, *La definición...*, *cit.*, págs. 59 a 61.

La convicción de las partes acerca de la absoluta necesidad, en todo caso, se relacionaría con el antiguo Privilegio del Rey Jaime I, que, aunque concedido a los prohombres y a la Universidad de Mallorca (y confirmado por el Rey Sancho I a los Jurados, en nombre de todo el pueblo de la Ciudad y Reino de Mallorca, y a dicho Pueblo), realmente, solo beneficiaba a los padres mallorquines. Y no a los hijos de éstos, porque donaciones se les habían de poder hacer siempre, y sin necesidad de renunciar a nada.

Privilegio que, más que concesión, además, era confirmación de una costumbre anterior, que originó pleitos y que se justificaba en la necesidad de capitales para los hijos que pretendían establecerse con independencia del padre o de las aportaciones al matrimonio de las hijas o a las Ordenes religiosas de los hijos o hijas que profesaban. En cualquier caso, una justa causa que supone el abandono de la familia, con la pérdida del concurso de su esfuerzo a la economía doméstica, que debía compensarse de alguna forma, en beneficio del padre y el resto de los hijos. Y esta forma es la extinción de la legítima futura, por la vía de la renuncia (21).

Por esto, aunque la costumbre antigua, y sobre todo el Privilegio, se refieran a padres e hijos de la Ciudad y Reino de Mallorca, su aplicación posterior, muchos siglos después, en una situación social (y más aún política) distinta, a supuestos impensables cuando se constituyeron, como lo es el de la existencia de familias con miembros de distinta vecindad, y hasta nacionalidad, ha de ser posible, a casos distintos, como el que nos ocupa, sin que ello suponga desvirtuarla, sino, al contrario, confirmación y hasta revitalización de la institución.

El establecimiento de los hijos en la Península, con la posible pérdida inconsciente de su vecindad, por simple residencia, o el matrimonio de la hija con vecinos no baleares o extranjeros (más que la entrada en religión) son supuestos frecuentes que hacen aconsejable, admitirles como aptos para la "definición". En beneficio del padre, y de los hermanos, y, aún, del propio hijo. Pues, no hay que olvidar, que la "defini-

(21) Los textos hablan de "definición hecha a alguno de vosotros o de los vuestros... de alguna hija..." o de "definición hecha por la hija al padre".

Sobre la costumbre que confirma, al parecer, el Privilegio de Jaime I, vid. Pascual González, *La definición...*, cit., pág. 35 y Cerdá Gimeno, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XXXI. Vol. 2º. *Artículos 66 a 86. Compilación de Baleares*, cit., págs. 520 y ss.

ción”, en la medida de que, previa o simultáneamente, supone una donación al hijo, es un negocio jurídico, que, incluso cuando es contrato (como lo es normalmente), no es conmutativo sino aleatorio. Y no, necesariamente, bilateral ni oneroso (22).

Si no se admite a estos hijos como eventuales “definidores” resultaría que, por contra, al no recogerse en Privilegios, sino en costumbres, serían admitidos a los heredamientos íbicos o a las donaciones universales, y, consiguientemente, a la celebración de un contrato sucesorio activo. A pesar de que, también lo corriente ha sido, y es, que, en estas sucesiones contractuales, el padre y el hijo intervinientes sean de la misma vecindad balear. Porque lo normal es que las sucesiones contractuales, como las “definiciones”, se otorguen en Mallorca y por los mallorquines.

B) *El cambio de vecindad del padre futuro causante como conflicto móvil*

La “definición” plantea también la cuestión de un eventual “conflicto móvil” en el caso de cambio de vecindad del padre entre la fecha de la “definición” y la de su fallecimiento. Pues, en este supuesto, la sucesión no ha de regirse por el mismo Derecho material que se tuvo en cuenta al otorgarse aquélla.

a) El nuevo artículo 9, 8º del Código Civil

Este precepto ha previsto la hipótesis diciendo que “las disposi-

(22) Están por la onerosidad, Pascual González, *La definición...*, cit., pág. 52; Ferrer Pons, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XXXI. Vol. 1º. *Artículos 1 a 65. Compilación de Baleares*, cit., pág. 772; y Cerdá Gimeno, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XXXI, Vol. 2º. *Artículos 66 a 86. Compilación de Baleares*, cit., pág. 350.

Este último, no obstante, admite que “no parece ser un contrato sinalagmático del que deriven obligaciones para ambas partes”, aunque, antes, haya dicho que es “bilateral”.

Vid., también, Mir de la Fuente, T., *El Derecho Civil especial de Baleares y los Impuestos sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales*, en *Crónica Tributaria* nº 14, pág. 53, mi opinión al respecto, que no es, contra lo que puede haberse pensado (vid. Ferrer Pons, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XXXI. Vol. 1º. *Artículos 1 a 65. Compilación de Baleares*, cit., pág. 772) la de que la “definición” sea, sin más precisiones, un negocio gratuito, sino la de que, a efectos de la liquidación del impuesto “no hay dudas acerca de que la donación, en cuya contemplación se define, no es una donación onerosa o con causa onerosa, sino una donación con la causa propia de los contratos de pura beneficencia, es decir, la liberalidad del donante. Lo que supone distinguir, como se distingue, la “definición” de la donación en cuya contemplación se hace.

ciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”.

b) Crítica

1) Validez del pacto y eficacia ilimitada

Que la “definición” conserva su validez se desprende de la literalidad misma del precepto. Y la plenitud de sus efectos deriva de los hechos de que, por una parte, el objeto de la “definición” sea, normalmente y como mínimo, la legítima futura, y, por otra parte, su efecto, para el hijo, después de la muerte del padre, sea la irrevocable extinción de sus derechos en la sucesión de aquél. Por ello es irrelevante que la legítima a que renuncia el hijo deba ajustarse a la ley que rija la sucesión cuando se abra, y no la que regía cuando se otorgó la “definición”. Posiblemente, por esto, el Código usa la expresión “en su caso”.

Si la ley por la que se haya de regir la sucesión del padre fuera alguna de las especiales de cada una de las islas Baleares, el cambio sería, prácticamente, irrelevante, porque la legítima de los hijos y descendientes es de igual cuantía en todas las islas (23).

Si la ley fuera alguna de las otras españolas, la irrevocabilidad del pago y finiquito ha de tener mayor trascendencia económica, en beneficio o perjuicio de cada una de las partes, según los casos.

2) La cuestión de la acomodación a las nuevas legítimas

El hecho de que el Código Civil disponga que los pactos sucesorios conservarán su validez, pero las legítimas se ajustarán, en su caso, a la ley que rija la sucesión (es decir, la personal del causante vigente al tiempo de su fallecimiento), nada significa en contra de lo expuesto.

En opinión de Jaime Ferrer Pons (24) es perfectamente defendible esta postura (“aunque con esfuerzo interpretativo”), por lo siguiente:
1º) Porque, cuando se dice “en su caso”, se deja abierto un resquicio,

(23) Aunque de distinta naturaleza la de las islas de Mallorca y Menorca, en donde es *pars bonorum*, que la de las de Ibiza y Formentera, en que es *pars valoris bonorum*.

(24) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. TOMO XXXI. Vol. 1º. Artículos 1 a 65. Compilación de Baleares, cit., pág. 777.

cual es el de que no siempre debe haber legítima en su sucesión, y la "definición" podría encontrar encaje en tal supuesto, ya que, en esencia, implica la extinción de la legítima; 2º) Porque, si se mantiene, la validez de los pactos sucesorios activos, siempre que no se refieran a la legítima, por más que repercutan en ella, no parece difícil admitir pactos que eliminan a futuros legitimarios; y 3º) Porque es conveniente mantener unos pactos, que merecen ser respetados por su carácter irrevocable y que han sido convenidos con vocación de permanencia, pues de otra forma, se verían afectados por un cambio de vecindad que podría haberse producido, incluso, sin necesidad de la intervención de la voluntad.

Además, creo que no hay que olvidar: 1º) Que el legislador del nuevo Código no piensa en otros pactos sucesorios que los activos, olvidándose de los abdicativos (25); y 2º) Que el Código, al hablar de acomodarse (en la Exposición de Motivos), y de ajustarse (en el articulado), y presentar tales adaptaciones a la legítima del régimen sucesorio del causante al tiempo de su muerte, como algo secundario y eventual, respecto de la afirmación principal de la validez del pacto, parece querer dictar una norma inspirada en, como dice Miguel de Angulo (26), una suerte de petrificación de los efectos derivados de la nacionalidad antigua, que es claro índice del principio general del favor negotii y probable reflejo de la doctrina de los derechos adquiridos.

Parece que lo que quiere el Código Civil es respetar la voluntad manifestada en el testamento o contrato, con el límite natural de las legítimas, que, en el momento en que se abra la sucesión, hayan de resultar exigibles, y que, incluso en el momento del otorgamiento, constituyan ya el límite de la libertad de testar o contratar, en su caso, aunque su cuantía previsible fuera distinta de la que luego, por razón del cambio de nacionalidad o vecindad, pueda resultar.

Por esto la acomodación puede afectar a las donaciones universales (27), pero no a la "definición", cuya validez y eficacia son absolutas.

(25) Recuérdese que habla de disponente y no de otorgante o contratante.

(26) *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid 1974, Vol. I, pág. 484.

(27) Colí Carreras, M., *Sucesión contractual en Baleares, Jornada de Derecho Foral*. Iltre. Colegio de Abogados de Baleares, Palma 1977, pág. 61; Masot Miquel, M., *El contrato sucesorio en el Derecho Foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*, Palma 1976, pág. 163.

SOBRE LA PENALIZACION DEL JUEGO EN EL REINO DE MALLORCA

ROMAN PIÑA HOMS

Profesor Adjunto interino de Historia del Derecho.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA PENALIZACION DEL JUEGO. III. LA PENALIZACION DEL JUEGO EN EL ANTIGUO REINO DE MALLORCA. IV. INCIDENCIAS DE LA PERSECUCION DEL JUEGO EN LA MALLORCA DEL SIGLO XVII. V. CONCLUSIONES: 1. En cuanto a la naturaleza y tipificación del delito; 2. En cuanto a los motivos de la penalización.

I. INTRODUCCION

En el campo del Derecho Penal, buen número de comentaristas —Alvarez Cid, Groizard, Viada, Sánchez Ocaña, Puig Peña— han sostenido el criterio de que los juegos de suerte, invite o azar, constituyen una actividad que atenta de forma manifiesta a la tranquilidad pública y consecuentemente a la salud moral del cuerpo social⁽¹⁾.

Aunque opiniones autorizadas han incluido este tipo de acciones entre los delitos contra la propiedad —caso de los comentaristas alemanes y en España, del profesor Cuello Calón— ha sido mayoritaria la opinión que los situaba dentro de los atentatorios a las buenas costumbres. Abundando en este criterio, aquellos que con más indulgencia se han mostrado a favor de la despenalización de los juegos de azar, no han justificado su postura, en función de su inocuidad respecto a las

(1) En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente Rodríguez Devesa, llamando la atención de los peligros que supone la despenalización del juego, puesto que al penalizar tal actividad, fundamentalmente se ha tratado de evitar "la fauna criminal de la más variada especie que florece en torno al juego, particularmente la usura, el tráfico con la prostitución ajena y la estafa", Rodríguez Devesa, A., *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid 1980, pág. 1.060.

buenas costumbres, puesto que sus secuelas son evidentes, sino en nombre de la ineficacia que produce su penalización, ya que las lacras que como ésta, parecen imposibles de erradicar con medidas coactivas o represivas —entre ellas podríamos citar la drogadicción y otras similares— vale más reglamentarlas, para de este modo al menos conseguir un mayor control, olvidando sin embargo, como lo demuestra la experiencia, que en tales casos la permisividad de los poderes públicos sólo produce un progresivo aumento de tales lacras.

Un reciente reportaje publicado en el Diario "Baleares" de Palma de Mallorca⁽²⁾ facilitaba unos significativos datos sobre la proliferación de los juegos de azar en el ámbito de las Baleares, tras la despenalización del juego en 1977. Durante 1979 se invirtieron 9.500 millones de pesetas, entre apuestas mutuas, loterías, bingos y casino. Sólo en bingo la cifra alcanzó la cantidad de 4.677 millones, cantidad impresionante, si pensamos que la suma total de inversión en juego en toda España alcanzó, en igual período, la cantidad de 80.000 millones. Traducido en datos comparativos más expresivos, esto significa, en proporción al número de habitantes, que mientras la media nacional se situaba en 2.162 ptas. al año, de gastos de juego por habitante, en Baleares casi se multiplicaba por diez, alcanzando la cantidad de 15.833 ptas. por habitante. Nada tenía de extraño, puesto que al abrirse la espita, una sociedad tradicionalmente jugadora, como es la mallorquina, alcanzaría su auténtico "boom". No olvidemos que sólo en la capital, Palma, en 1977 se solicitaría la apertura de 68 bingos, además de la instalación en numerosos bares y salones recreativos de las incontrolables máquinas tragaperras⁽³⁾ y el casino, este último instalado indirectamente con el apoyo del propio Ayuntamiento de Palma, que en sesión de 12 de agosto de 1977, se pronunciaba a favor de este tipo de instalaciones, afianzando el criterio de que *"caso de que se instale un casino, ha de ser en Palma, por cuanto los ingresos que proporciona al Ayuntamiento se destinarán a la Universidad Balear, a actividades culturales y al desarrollo y fomento del turismo"*⁽⁴⁾.

Pero el objeto de este trabajo no radica en conocer el impacto que en la sociedad mallorquina de hoy pueda haber producido la reciente des-

(2) Diario "Baleares", 1 de febrero de 1980, pág. 5.

(3) La Orden Ministerial de 20 de abril de 1982, dictando normas complementarias al reglamento de máquinas recreativas y de azar, en su preámbulo reconoce la necesidad de una mejor regulación del sector ante el auge incontrolado de dichas máquinas "teniendo en cuenta la posible concurrencia a los locales en que estén instaladas dichas máquinas de menores de edad", B.O.E. de 24 de abril de 1982, n.º 98.

(4) Ver apéndice n.º V.

penalización del juego, sino en su alcance y consecuencias durante otra época —la segunda parte del siglo XVII— período que precisamente ofrece cierto paralelismo con el actual, puesto que ambos ostentan el carácter de épocas puntas, tanto por lo que respecta a la falta de seguridad ciudadana, como de degradación de costumbres y de crisis económica, aunque en honor a la verdad, bueno es reconocer que el clima de zozobra de hoy, aún parece mero juego de niños en comparación con el alucinante siglo XVII mallorquín, verdadero siglo negro para la historia de la Isla.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL JUEGO

En la antigua Roma, las leyes de la República perseguían los juegos de azar y el pretor actuaba a menudo en su contra, negando toda acción por los insultos, malos tratos y robos de que fueran víctimas los dueños de casas de juego. Dice el pretor: *“Si alguno hubiese golpeado a aquel en cuya casa se denuncie haber juego de azar, o le hubiese causado algún daño, o si en la casa se hubiese sustraído con ocasión del juego alguna cosa, no daré acción. Castigaré al que hubiese impulsado con violencia a juegos de azar, de cualquier modo que fuese”*⁽⁵⁾.

Las leyes Ticia, Publicia y Cornelia consideran lícito hacer apuestas, salvo en aquellos juegos de azar en los que el deporte no es el objeto del certámen.

El Código justiniano⁽⁶⁾ deja constancia de las razones que justificaban la penalización del juego, que como veremos residían en la necesidad de proteger los bienes, especificando que *“el uso del azar es cosa antigua y concedida fuera de los ejercicios de combate, pero con el tiempo produjo lágrimas, tomando miles de nombres extraños. Porque algunos que jugaban, y no conocían el juego, sino solamente de nombre, perdieron sus propios bienes jugando, de día y de noche, plata, artefactos de piedra y oro”*. En consecuencia *“mirando por la conveniencia de los súbditos”* se establece *“por esta ley general, que a nadie le sea lícito jugar ni presenciar juegos en edificios o lugares públicos o privados”*, y si bien se autorizan las apuestas en los juegos deportivos, *“los cuales*

(5) Digesto, 11, 5.

(6) Códex, 3, 43.

permitimos jugar sin dolo y sin astutas maquinaciones” se limitan las apuestas a no más de un solidum “*aunque uno sea rico, de modo que si aconteciese que uno fuese vencido, no soporte grave pérdida*”.

En la Edad Media, por lo que respecta a Castilla, las Ordenanzas de las Tafurerías, que redacta el Maestro Roldán por encargo de Alfonso el Sabio, demuestran el profundo arraigo que los juegos de azar habían llegado a alcanzar en la sociedad de entonces. Dichas Ordenanzas no llegan a prohibir radicalmente el juego, puesto que sólo pretenden eliminar los excesos que se comenten en las tafurerías o casas de juego. Sin embargo Alfonso XI, décadas después, dispone su supresión, no sin la protesta de los procuradores de las ciudades, que en Cortes de Valladolid de 1351 solicitan a Pedro I, que, puesto que el juego resulta inevitable, lo permita, teniendo además en cuenta que reglamentándolo proporcionará al erario real muchos maravedíes de renta. Aún así el Rey deniega la petición, reiterando la prohibición del juego y estableciendo penas para los jugadores y dueños de las tafurerías, “*porque aver tafurerías e dar a tablaje es grant pecado porque es manera de usura, que tengo por bien que las non aya nin usse ninguno dellas en alguna cibdat nin villa nin lugar del mio senniorio*”(7).

Las Partidas también contemplan restrictivamente el fenómeno del juego, incluso negando a los que alberguen jugadores en su casa, el derecho a demandarles por lo que éstos les hurtaren “*por en de si le hurtaren algo o le fizieren otro daño, suya es la culpa de aquel que ha la compañía con ellos*”(8). Como dato curioso la Partida primera señala entre los deberes de los Prelados que éstos “*no deven jugar dados, nin tablas, nin pelota... nin otros juegos semejantes destos, porque hayan de salir del asossegamiento, nin pararse a verlos*”(9).

Por lo que respecta a Cataluña, Pedro III en una Constitución otorgada en Cortes de Barcelona de 1283 prohíbe expresamente las casas de juego(10). Posteriormente Fernando I en Cortes de Barcelona celebradas el año 1413, reitera la prohibición, estableciendo que si “*algun dintre casas o habitacions, orsts, vergers o altres locs separats no gos o presumesca jugar a joc de daus en alguna manera*” sea castigado con “*pena de sinccents sous per quiscuna vegada*”, la cual pena si el delincuente no la puede pagar “*estiga pres per trenta dies continuus en lo car-*

(7) Cortes de Valladolid de 1351, cuaderno 1, 73.

(8) Las Partidas - Partida VII, título XIV, ley VI.

(9) Las Partidas - Partida I, título V, ley LVII.

(10) Constitucions i altres Drets de Catalunya, Libre IX, tit. XVI, I.

cer comú de la Ciutat”(11). La misma disposición, por lo que se refiere a la tenencia, sostenimiento o permisividad de tafurerías por los oficiales reales, establece que tales oficiales *“sien privats de son offici, e non resmenys sie exillat per tres anys de la ciutat, vila, castell o loc hon la dita tafureria sera exercitada, e pac pena als nostres coffrens applicadora sinquanta liuras Barcelonesas”*.

Ya dentro del período de la legislación borbónica, Carlos III en 1771 promulga una pragmática estableciendo duras penas tanto para los dueños de las casas de juego como para los jugadores, aumentando las sanciones no sólo por reincidencia sino también por el mayor rango social que pudieran tener los jugadores. El preámbulo de la pragmática en cuestión, justifica tales medidas debido a *“los gravísimos perjuicios a la causa pública, con la ruina de muchas casas, con la distracción en que viven las personas entregadas a este vicio, y con los desórdenes y disturbios que por esta razón suelen seguirse”*(12).

El Código Penal de 1822 no se ocupa de los juegos ilícitos, sólo de la estafa de usar fraude en el juego. Sin embargo éstos son castigados en el Código de 1848, aunque con la particularidad de que en él no se contempla la responsabilidad penal de los banqueros y dueños de las casas de juego(13), extremo que enmienda el Código de 1850, al mencionarlos como gestores del delito, castigando especialmente la reincidencia, tanto de los banqueros como de los jugadores. Las disposiciones de este código pasan al de 1870, perdurando en el mismo sentido a través del Código de 1932 y texto refundido de 1944.

El cambio más substancial, por tanto, en relación con toda la historia del juego en España, se produce en la actualidad, mediante el Real Decreto de 25 de febrero de 1977, que modificando el articulado del código vigente, lo despenaliza, limitando las sanciones sólo a aquellas casas de juego o juegos no autorizados legalmente. La justificación de tal medida viene establecida en el preámbulo. En primer lugar, dice textualmente, porque *“no se puede desconocer que los sistemas de prohibición*

(11) Constitucions i altres Drets de Catalunya, Libre IX, tit. XVI, II.

(12) Novísima recopilación, Libro XII, Título XXIII, Ley XV.

(13) Alvarez y Vizmanos critican esta actitud del Código Penal de 1848: “Esto —que se castigase por delito a los banqueros— es lo que constituye la bondad de la Ley, esto lo que la hace más eficaz contra los juegos prohibidos que todas las penas establecidas en nuestra antigua legislación y que toda la severidad de los bandos de los alcaldes, corregidores y jefes políticos. No es al jugador que pierde su dinero a quien han de tratar con severidad, sino al que lleva la banca, al dueño de la casa o establecimiento”. Texto recogido por Rodríguez Devesa, *Derecho Penal... cit.*, pág. 1.050.

absoluta frecuentemente han fracasado"; y en segundo lugar porque considera la legalización del juego, medida adecuada para contribuir de forma destacada al impulso del sector turístico. En consecuencia, dice el preámbulo *"el interés social y de defensa de los intereses fiscales imponen la máxima urgencia en la promulgación de las normas necesarias"*(14).

III. LA PENALIZACION DEL JUEGO EN EL ANTIGUO REINO DE MALLORCA

Puesto que aún permanece dudosa la aplicación efectiva en Mallorca del Derecho General de Cataluña, a pesar de que el privilegio de Pedro IV de Aragón, de 22 de julio de 1365, estableciese que los mallorquines *"hauts per naturals catalans"* se beneficiarán de *"les Constitucions, privilegis e usatges de la Ciutat de Barcelona"*(15), y además, las disposiciones que los Reyes de Aragón establecieron para Cataluña en materia de juego, como es el caso de la antes citada de Fernando I en Cortes de Barcelona de 1413, dejan bien claro su ámbito de aplicación *"en Cathalunya, o de Rosselló y Cerdanya"*(16), es aventurado reconocer como aplicables a Mallorca en materia de juegos de azar, las mencionadas normas legales catalanas.

En consecuencia hemos de acudir al cuerpo de usos y privilegios del Reino de Mallorca, que además y en todo caso, conforme al orden de prelación de fuentes establecido por Jaime II de Mallorca en 30 de enero de 1299, establece que en lo tocante a la administración de justicia los prohombres darán consejo *"secundum consuetudines et libertatis insulae, et his deficientibus juxta usaticos Barchinonas in casibus stabilitis, et in deficientiam historum secundum jus commune"*(17).

La primera disposición de Derecho Mallorquín que encontramos en la materia, según cita de Antoni Pons(18) parece ser de Jaime II, que en 1284, prohíbe toda clase de juegos de dados, bajo pena de diez sueldos,

(14) R.D. de 25 de febrero de 1977, B.O.E. de 7-III-77, pág. 5302.

(15) Ver al respecto, Piña Homs, R., *La participació de Mallorca a les Corts Catalanes*, Palma 1978, pág. 11 y ss.

(16) *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, Llibre IX, tit. XVI, II.

(17) Archivo Histórico de Mallorca, Llibre de Jurisdiccions i stils, fol. 43.

(18) Antoni Pons, *"Historia de Mallorca"*, Tomo II, pág. 226, Palma de Mallorca 1965.

sustituída, para los insolventes, con un azote “*una cinglada de fuet o de verga*”, especificando además, que las personas notoriamente conocidas como jugadores, debían ser declaradas infames e inhabilitadas para cualquier cargo público.

Esta disposición que mencionamos, la vemos aplicar en 1345, cuando en la villa de Porreres son detenidos tres hombres jugando a dados, los cuales, no teniendo dinero para pagar la multa, depositan una fianza a efectos de liberarse de los azotes. El Gobernador, haciendo gala de firmeza en reprimir los juegos de dados, ordena que el objeto de la fianza se subasta públicamente para cobrarse los sesenta sueldos de la multa impuesta⁽¹⁹⁾, además, a la vista de la extensión del juego y su permisividad por diversas autoridades encargadas de perseguirlo, suspende en su cargo a varios batles de las villas, que pasaban por alto la punición de tales actividades⁽²⁰⁾.

Posteriormente, ya adentrado el siglo XIV, encontramos la disposición de Pedro IV de Aragón, suscrita en Barcelona el 10 de marzo de 1386, mandando “*quod taffuraria non teneatur nec in carcere regio nec in alio loco majoricarum*”⁽²¹⁾.

Pocos años después, en 26 de enero de 1395, el rey Juan I concede un privilegio a los mallorquines, atendiendo a la súplica que le han presentado sus fieles vasallos Orticius de San Martín, Domicello, Jaime Aymeric, ambos ciudadanos de la “*ciutat de Mallorca*” y Jaime Arbona de la villa de Sóller, todos ellos en su calidad de “*nunciorum Universitatis et Regni Maioricarum*”⁽²²⁾. En dicho privilegio, con relación al anterior, se contempla una particularidad: la exigencia a los vegers y batles, de que antes de entrar a desempeñar sus cargos, presten juramento de que ni por sí ni a través de otros tendrán casas de juego, ni las promoverán, ni permitirán tenerlas. Este extremo nos permite suponer el hecho, teniendo además en cuenta lo expuesto anteriormente, de que a pesar de la prohibición existente, los oficiales reales en lugar de aplicar la ley sobre la materia, se amparaban en la autoridad de sus cargos para impunemente beneficiarse de la tenencia directa o indirecta de casas de juego. Este extremo explica que fuese el propio reino a través de sus institu-

(19) A.H.M. L.C.5, f. 278 v. Citado por Gaspar Munar - Ramón Rosselló, “*Historia de Porreres*”. Tomo I, pág. 58. Palma de Mallorca 1977.

(20) Ver Pere Xamena - Ramón Rosselló, en “*Historia de Felanitx*”, volumen I, pág. 133. Palma de Mallorca 1976.

(21) Archivo Histórico de Mallorca. Llibre den Rosselló Vell, fol. 297.

(22) Ver apéndice n° 1.

ciones representativas, quien tomase la iniciativa sobre la adopción de medidas pertinentes al caso, con independencia de la mediación del Virrey o Lloctinent, como así se reconoce en el propio documento.

También del examen del mencionado documento se deducen las sanciones a imponer a las casas de juego. En este sentido establece que si por parte de las autoridades municipales fuera requerido el castigo, deberá multarse el local (debemos suponer que el dueño o titular del mismo) y aunque no se especifica el alcance de la multa, en cambio por lo que respecta a la sanción a los oficiales reales que abdican de toda potestad, impone específicamente una multa de quinientos florines, a efectos de que *“non contravianant nec aliquem contravenire permittant aliqua ratione seu causa eius et eorum cuilibet ad cautelam faciendi contrarium abdicantes omniodam potestatem”*.

Más adelante en las *“Ordinacions per lo bon govern del Regne de Mallorca”*, hechas por los jurados del Reino *“segons dret comú e privilegis del Regne”* y aprobadas por *“lo molt honorable Mossen Pelay Unie, cavaller, regent de la Governació de Mallorca”*, en 20 de diciembre de 1413, con el objeto de *“cessar moltes diformitats e excessos e mals usos de moltes males persones”*(23), se reitera la prohibición de tener tafurerías públicas o privadas, así como el hecho de que sean sostenidas por oficiales del Reino, bajo pena de privación de oficio e infamia. La *“Ordinació”* recuerda que la permanencia de este vicio es debida a la desidia y negligencia de los propios servidores de la ley, *“en ofensa de la Magestad Divina y daño de la República”*. Aún así, puestos a comparar esta *“ordinació”* con la *“constitució”*, promulgada por Fernando I, en Cortes de Barcelona celebradas el mismo año, se observa respecto a la penalidad del delito un tratamiento menos radical en Mallorca que en Cataluña, puesto que por lo que respecta a esta última, no sólo se castiga a los dueños de casas de juego, sino también a los jugadores, incluso se acude a medidas de destierro para con los oficiales reales que hubieren delinquido.

(23) Moll, A., *Ordinacions i sumari dels privilegis*, Ciutat de Mallorca 1663, pág. 34. Ver apéndice nº II.

IV. INCIDENCIAS DE LA PERSECUCION DEL JUEGO EN LA MALLORCA DEL SIGLO XVII

La normativa expuesta en relación con la penalización del juego en el antiguo Reino de Mallorca, que como hemos visto se establece a lo largo de los siglos XIV y XV, época de mayor desarrollo de su Derecho autóctono, permite que reconozcamos dos hechos: 1°.- Que a nivel de las altas instancias del poder, bien sea del monarca, bien sea de su "alter ego" el Iloctinent, existía una constante preocupación por prohibir la práctica de juegos de azar, preocupación que al propio tiempo compartían los jurados del Reino, puesto que ellos mismos habían instado la normativa sancionadora; 2°.- Que a pesar de esta preocupación, el juego parecía extensamente arraigado y en su ejercicio debían mezclarse los mismo funcionarios de la Administración de Justicia encargados de perseguirlo y sacionarlo, puesto que de lo contrario no se hubiera insistido en el caso específico del funcionario que, abandonando las obligaciones propias de su cargo, se lucraba con tales actividades.

Pero llegados al siglo XVII, por lo demás, como ya hemos observado, uno de los períodos más negros de la historia de Mallorca, en donde los índices de degradación del orden moral, pérdida de la seguridad ciudadana, intolerancia y crisis económica, alcanzaron cotas más altas, vemos agudizarse la problemática del juego, y curiosamente, mientras las autoridades locales presionan para su persecución y castigo, el poder judicial —Virrey, Real Audiencia, Veguers, Batles y demás funcionarios reales encargados de hacer justicia— parecen inhibirse haciendo una interpretación permisiva y desde luego arbitraria, como vemos a continuación, de la legislación penal vigente en la materia.

El clima de desmoronamiento social propio de dicha época, y más concretamente de los años comprendidos entre 1660-70 aparece expresivamente reflejado por el historiador José María Quadrado⁽²⁴⁾ en los siguientes párrafos: *"las costumbres aumentaban su fiereza y las impresiones religiosas se deslizaban sobre aquellos duros y vengativos caracteres, cual blanda lluvia sobre el pedernal. Para tropezar con bandoleros no era menester alejarse de los muros y meterse en yermos y breñas, pues con armas e instintos de tales se les descubría en profesiones las más respetables y pacíficas, debajo de toga o de sotana, chocando funcionarios con sacerdotes, cada cual bien prevenido de puñal o de pistola para un recíproco asesinato"*.

(24) Quadrado, J.M^º., *Islas Baleares*, pág. 240.

El mismo historiador, con el objeto de recalcar los brutales caracteres del momento, dice a continuación: *“Nada tan expresivo acerca de las costumbres de la época, como el hecho siguiente, tomado de cierto noticioso: hallábase en la Catedral, concluidas visperas, el presbítero Ventayol con otros clérigos, el 14 de julio de 1662, cuando le llamó aparte al mirador, micer Guixart, asesor del Batle, y de las palabras pasó a las puñaladas: echose atrás como pudo el capellán, y sacando su pistola descerrejó de un tiro al agresor que murió a las pocas horas”*.

A pesar de esta exposición y de la trágica y expresiva anécdota, referida no como un caso aislado, sino como muestra palpable del clima de violencia —es la misma época de los cruentos autos de fé contra judaizantes— continua diciéndonos Quadrado: *“Faltan rasgos para trazar con la progresión debida, el desorden llevado a su colmo de un confín a otro de la Isla, con tantos años de haber ya desaparecido la seguridad de los caminos reales y de los poblados, invadidos por feroces hordas de saqueadores y asesinos, derribadas las puertas y taladradas las paredes para arrancar del lecho a doncellas y casadas hasta en presencia de sus maridos, arrebatados los presos y puesta en fuga a tiros la justicia, horrores todos, hechos ya habituales”*.

Pues bien, en unos momentos en que parecía evidente que lo que primaba era salvar los derechos mas elementales, como podía ser el derecho a la vida, las actas de las reuniones de los jurats y del Gran i General Consell hablan por si solas, no solo de la imperiosa necesidad de guardar los caminos frente al bandidaje que asola la Isla⁽²⁵⁾ sino también de la de atajar con firmeza el creciente vicio de los juegos de azar, como dando por descontado una clara interrelación entre ambos fenómenos.

Es evidente que ni el bandidaje, ni el vicio del juego, que ponían en entredicho la lícita forma de acceder a los bienes y conservarlos, habían surgido espontáneamente. Existían unas causas profundas de este deterioro, que en líneas generales corrían parejas con las de la decadencia económica y convivencial de la España de los últimos Austrias, pero interesa destacar que ambos fenómenos —bandidaje y juego— al parecer según el criterio de los regidores de la patria se comunicaban entre sí.

A través de la carta memorial, elevada por los Jurados de la “Ciutat i Regne de Mallorca” al monarca, en 25 de marzo de 1661⁽²⁶⁾, traslada-

(25) Archivo Histórico de Mallorca, Actas del G.G.C., 67, fol, 80.

(26) Ver apéndice n° III.

da directamente a la suprema instancia de gobierno, porque a nivel local no debían haber recibido conveniente respuesta del entonces Virrey, conde de Plasencia, se denuncian "*algunos excesos muy perjudiciales al bien universal y en deservicio de Dios*", porque es justo que el rey los conozca y los "*mande remediar*".

¿Cuáles eran los excesos que los jurados denunciaban en su carta? pues entre otros, que "*el sargento mayor don Vicente Mut, no contentándose con el salario que V. Magd. le tiene señalado por su plaza —el cargo de sargento mayor era el segundo en autoridad y en retribución económica dentro de las milicias del Reino Mallorquín(27)— ni del que goza como ingeniero, tiene una sala de juego*".

A continuación los jurados detallan al rey las consecuencias que el hábito de juego está produciendo en el reino de Mallorca. En primer lugar señalan que éste provoca, en contra de la estabilidad de la familia, un auténtico clima de prodigalidad y consecuente abandono de los deberes familiares: "*En dicha casa los más pobres y necesitados se consumen y a sus desdichadas mujeres y desventurados hijos les falta el sustento y ropa para cubrirse*". En segundo lugar destacan la incitación al crimen que conlleva la práctica del juego, puesto que "*no juega en ella sino gente vil y menesterosa, con que viene a ser seminario de ladrones, pues los pícaros, cuando han perdido su caudal, procuran robar lo que pueden para sustentarse y tener que jugar*".

La carta en cuestión, concluye reiterando al rey que lo mande remediar y no permita como "*padre piadoso*" que "*sus ministros toleren de litos tan atroces y escandalosos, ni abusos de que se sigue tanta ofensa a Dios y daños al bien universal*". Entre estos delitos atroces, además de los juegos ilícitos, los jurados denunciaban la connivencia de varios funcionarios de Justicia en los autores de un supuesto rapto en lugar sagrado, así como la extracción de cereales del Reino, con la anuencia del Virrey, y en contra de las reales órdenes que impedían dicha exportación en épocas de escasez.

Desconocemos la reacción del monarca y del Consejo de Aragón ante las denuncias formuladas, puesto que ni en el archivo de la corona de Aragón en donde consta la mencionada carta de los jurados del Reino, ni en las colecciones de Cartas Reales custodiadas en el Archivo Histórico de Mallorca, relativas a este periodo, aparece dato alguno al respecto.

(27) Weyler Laviña, F., *Las Milicias de Mallorca*.

Sin embargo por lo que hace referencia al juego no debió tomarse medida alguna de carácter sancionador, puesto que pocos años después de los acontecimientos descritos, en 6 de diciembre de 1670, se reúnen nuevamente los Jurados de la Ciudad y Reino para darse por enterados de que *“alguns jurats de les viles forenses, particulars y altres persones los tenen advertit de que en elles y en esta ciutat se té abús de jugar a rifa, que en motiu de despaxar carn, bescuits i altres géneros juguen diner”*, por todo lo cual los jugadores ocasionan una gran inquietud *“dexant de treballar y gastant lo que no tenen, no acudint a les obligacions de sa casa”*. El problema es suficientemente grave, a juicio de los jurados, como para ponerlo en conocimiento del Virrey, a efectos de que disponga *“prohibir totalment a que nos don lloch a tenir jochs ni rifa a ninguna part de aquest regne”*(28).

La contestación del virrey constituye una expresiva muestra de permisividad, dejando a las claras la tolerancia con que se trataba la práctica de los juegos ilícitos. Así vemos que reconoce la existencia de casas de juego y en cuanto a las rifas cursa las instrucciones pertinentes — *“im-bio por la isla ministros que castiguen si hubiera desapuestas, como me han asegurado y huviera también juego en algunas casas”*— especificando respecto a las casas de juego que *“en la parte forana (en el campo) jamás lo he permitido”*, dejando lo explícito que *“en la ciudad no hay más que dos casas de juego, una para lo común, otra para la guerra, en el cuerpo de guardia, menos en las que acuden caballeros, que en esas no me ha parecido hazer novedad; y no se puede estrechar tanto en quitar tanto género de juego a tanto pueblo, ni se remediará, porque jugarán en casos exemptas, y podría resultar en vicios más dañosas a la quietud”*.

Resulta obvio que la interpretación dada por el virrey vulnera el más elemental sentido de la coherencia y ecuanimidad. Si las cosas de juego estaban prohibidas —y de ésto no puede elegarse ignorancia de la ley, ni caída en desuso, ni derogación, puesto que algunas de las disposiciones prohibitivas aparecen recogidas en la *“Recopilació y sumari de privilegis”*, de Antoni Moll, publicada escasos años antes, en 1663— debía aplicarse la ley, y en caso de que ésta no se aplicase, menos sentido tiene que el delito se pretendiese castigar en los pueblos, pasandolo por alto en la ciudad, como no fuese por el hecho comprensible, aunque no excusable, de que los intereses de la ciudad gozasen de unos instrumentos de persuasión de los que carecían las villas. Mas aún, parece claro que el juego estaría permitido en función de la condición social del jugador,

(28) Ver apéndice n° IV.

puesto que en las casas a las que acuden caballeros, dice el Virrey: "*en esas no me han parecido hacer novedad*".

Pocos días después de la contestación del virrey, los jurados se dirigen nuevamente a este, comunicándole que los alguaciles han estado en la villa de Lluchmayor y otras, y que éstos en lugar de hacer cumplir la ley en todo cuanto se había solicitado, se han limitado a vigilar la venta de vino en las tabernas, como si este extremo fuese el mas preocupante de cuantos habían sido denunciados. En consecuencia los jurados insisten al virrey "*sia de son servey prohibir totalment tot género de jochs deposada rifas en tot lo Regne y en la Ciutat*"(29), con lo que parece poner en evidencia que las argumentaciones en favor de cierta tolerancia expuestas por el virrey no merecen ni tan siquiera ser discutidas.

Ningún otro testimonio hemos podido recoger sobre el resultado de las peticiones. Cabe suponer que las cosas siguieron igual, naufragando las medidas en el espiral de la violencia, conflictos de competencias y consiguiente endurecimiento de las relaciones entre los poderes locales y la administración central, operados pocos años después. En efecto la correspondencia de los jurados con el virrey y con la mas alta instancia del poder, nos deja testimonio de la gravedad de otros muchos asuntos, como la falta de abastecimientos por las desastrosas cosechas, las levas arbitrarias de mallorquines para engrosar los ejércitos reales, los constantes litigios entre los jurados, Real Audiencia y Santo Oficio, dejando al parecer aparcada la problemática del juego.

V. CONCLUSIONES

Expuesto cuanto antecede y a pesar de las limitaciones producidas por la falta de un estudio comprensivo de todo el siglo XVII, puesto que la labor investigadora se ha circunscrito a un periodo mas reducido, como es la década 1660-1670, podemos deducir a modo de conclusiones los siguientes puntos:

1. *En cuanto a la naturaleza y tipificación del delito*

La penalización de los juegos de azar, dentro del ordenamiento juridico peculiar del Antiguo Reino de Mallorca, aparece establecida en

(29) Ver apéndice nº IV.

reiteradas disposiciones de carácter legal, bien mediante privilegios reales, bien mediante “ordinacions” del gobernador a propuesta de los jurados.

La materia o actividad objeto de penalización es la “tenencia pública u oculta de casas de juego” recogiendo la especial circunstancia, como agravante, de que el tenente por sí mismo o mediante persona interpuesta, sea “*oficial regio de dicho reino*”. Al mismo tiempo, bien para remachar el carácter público del delito como perseguible de oficio, bien para salir al paso de la corrupción existente entre los funcionarios llamados a hacer cumplir la ley, se reconoce como objeto de castigo, la permisividad de los oficiales reales que “*abdicando su autoridad*” consienten las casas de juego.

La normativa en cuestión no se ocupa de precisar ni describir lo que puedan ser juegos ilícitos, como en cambio lo hace la legislación catalana, por lo que parece sobreentender bajo la acepción de “*casa de juego*” cualquier lugar físico en donde se viene practicando el juego de azar. Igualmente se observa que deja al margen de tipificación delictiva, el mero hecho de concurrir y practicar el juego en dichas casas, dejando únicamente como actividad delictiva la tenencia de las mismas. En otras palabras, se castiga al banquero, no a los jugadores.

2. En cuanto a los motivos de la penalización

Apoyándonos tanto en la normativa legal como en el contenido de las denuncias formuladas por los Jurados del Reino, se deducen como motivos de la penalización y persecución del delito, agrupados según los bienes jurídicos a proteger, las siguientes:

a) Evitar el deterioro de las buenas costumbres que de hecho ocasiona el hábito del juego, al especificarse que tal actividad conduce a “*la pérdida de la virtud y acrecentamiento de la conducta violenta*”, puesto que “*se suceden las riñas y disputas*”.

b) Proteger la propiedad privada, al argumentarse que las casas de juego vienen a ser “*semillero de ladrones, pues los pícaros, cuando han perdido su caudal, procuran a robar lo que pueden*”.

c) Proteger la estabilidad económica familiar y evitar la prodigalidad, y el abandono de la familia, dado que “*en el juego los más pobres y necesitados se consumen, y a sus desdichadas mujeres y desventurados hijos les falta el sustento y ropa para cubrirse*”, o bien, dicho en otros

términos, los que juegan “dexant de treballar y gastant lo que no tenen, no acudin a les obligaciones de sa saca”.

d) Frenar las ofensas a Dios, puesto que los jugadores acostumbran a blasfemar en el transcurso del juego, lo cual otorga al delito, además de su calificación de público, en función de los perjuicios sociales que produce, una cierta consideración de delito religioso.

3. En cuanto a las medidas sancionadoras

La sanción a imponer por la comisión del delito tiene carácter pecuniario, la cual recaerá sobre los titulares poseedores del local y sobre los oficiales reales que contraviniendo la prohibición tuvieren o permitieren dichas casas de juego, en la cantidad de quinientos florines de oro, según el privilegio real de 1395. La “*ordinació*” de 1413 establece al propio tiempo la pena de declaración de infamia y la privación del oficio o cargo público, en el caso de que los autores del delito, en sus dos vertientes —tenencia o connivencia— sean oficiales reales.

4. En cuanto a la incidencia real del juego y su penalización en el marco social del siglo XVII mallorquín

Es evidente que se produce una interrelación entre la práctica del juego y el clima de salud económica y moral de la colectividad en que incide. En una época de degradación moral, deterioro de la seguridad ciudadana y crisis económica, como es la década de 1660-1670 en la isla de Mallorca, proliferan las casas de juego, y la práctica de esta actividad amplía los índices de deterioro, obligando a los poderes locales a urgir de la justicia un mayor rigor en la persecución del delito. No exigen un cambio de la normativa, sino su recta aplicación.

En respuesta a esta exigencia, se observa una actitud de permisividad y tolerancia por parte de la Administración de Justicia, que bien por su propia debilidad, bien para dar válvula de escape a los ociosos, reconoce que “*no se puede estrechar tanto en quitar todo género de juego a tanto pueblo, ni se remediará, porque jugarán en casas exemptas, y podría resultar en vicios mas dañosos a la quietud*”, lo cual sitúa a los poderes públicos ante una flagrante omisión de los deberes del cargo, expresamente tipificada como materia delictiva en la legislación penal mallorquina entonces vigente.

APENDICE DOCUMENTAL

DOCUMENTO N° I

*Privilegio de Juan I de Aragón, otorgado en 26 de enero de 1395
 QUOD NON SIT TAFURARIA IN MAIORICIS (fol. 381 v)*

Archivo Histórico de Mallorca. Sección Códices, Llibres Rosselló Vell, fol. 381 vot.

Nos Johannes Dei gracia Rex Aragonum, Valencie, Maioricarum, Sardinie et Corsice Comesque Barchinone, Rossilionis et Ceritanie. Cum ut exposiciones humili fidelium nostrorum Orticii de Sancto Martino Domicelli, Jacobi aymerici Civis Civitatis et Jacobi Arbona loci Sullaris insule Maioricarum nunciorum Universitatis Civitatis et Regni Maioricarum nunc in Curia presencium accepimus in Civitate et insula Maioricarum per vicarios baiulos aut alios officiales dictarum Civitatis et insule vel saltem de eorum licencia beneplacito et assensu teneantur publice et occulte tafurarie in quibus nomen Domini blasphematur et habitatores dictarum Civitatis et insule potissime adolescentes evacuantur virtutibus et viciis imbuuntur rixique ac iurgia pluraque alia inconveniencia propterea subsequuntur ad supplicacionem humilem per dictos nuncios super hoc nobis factam. Tenore presentis privilegii cunctis diebus temporibus duraturi per nos et omnes heredes et successores nostros statuimus ordinamus et volumus ac vobis et dilectis et fidelibus nostris iuratis et probis hominibus ac universitari predictorum Civitatis et Regni Maioricarum per specialem privilegium concedimus quod de cetero per nos vel successores nostros aut per Gubernatores vicarios baiulos vel quosvis alios officiales regio dicti Regni presentes vel futuros seu locatenentes eorum vel per quasvis alias personas de nostri vel eorum licencia beneplacito vel assensu aut al (...) non possint in dictis Civitate et insula teneri tafurarie publice vel occulte quinimo dicti vicarii baiuli antequam ad regimen dictorum officiorum admittantur iurare habeant quod per se vel alios dictas tafurarias no tenebunt nec per alios teneri facient vel permittent. Et si forsan contrarium fecerint Gubernator Maioricarum qui nunc est vel pro tempore fuerit aut eius locumtenens tanquam dictos vicarios baiulos quod al (...) in dictis tenendis tafurariis culpabiles repperit (fol. 382) cum pro parte dicti Universitati requisitus fuerit puniatus et punire habeat situm et pro ut rigore iusticie paciatur. Mandantes per eandem expresse et de certa sciencia dictis Gubernatoria vicariis baiulis et aliis officialibus nostris dicti Regni presentibus et futuris ad quos spectet eorumque locatenentibus sub nostre ire et indignacionis incursu ac pena Quingentorum florinum auri nostro Erario irremissibiliter

aplicandorum quatenus nostrum presens privilegium quilibet eorum pro ut ad uniuscuiusque ipsorum spectabit officium firmiter teneat perpetuo et observent ac teneri et observari faciant et non contraveniant nec aliquem contravenire permittant aliqua ratione seu causa eius et eorum cuilibet ad cautelam faciendi contrarium abdicantes ominiodam potestatem. In cuius rei testimonium hanc fieri et sigillo magestatis mei in pendentem iussimus comuniri. Data Barchinone vicesima sexta die Januarii Anno a nativitate Domini Millesimo Trecentesimo Nonagesimo Quinto Regnique nostri nono. Vidit Sperendus (...)

Signum Johannis Dei gracia Regis Aragonum Valencia Maioricarum Sardinie et Corsice Comestisque Barchinone Rossilionis et Ceritanie. Rex Joan.

Testes sunt Emucus Archiepiscopus Teracone. Raymundua barchu. Geraldus Ilerden Episcopus. Jaufridus de Ruppebertino. Petrus Lacronis de Villanova vicecomites.

Sig num mei bonanti egidii prédicti Domini Regis scriptoris.

Qui de eius mandato hec sribi feci et clausi.

DOCUMENTO N° II

Ordinació de Palai Uniç aprobada a proposta de los jurados en 20 de diciembre de 1413.

QUOD NULLUS OFFICIALIS AUDE AT TENERE TAFURARIAM.

Texto recogido por Antoni Moll en "Ordinacions i sumari dels privilegis del Regne de Mallorca, pag. 34, edición 1663.

"Item cum diversae Ordinationes prohibentes ludos, tafurarias, hactenus factae fuerint, cum diversis poenis contra non servantes illas adiectis, quae desidia negligencia, i quód peius est avaritia nonnullorum officialium, in offensam Divinae Magestatis, al damnum Reipublicae ac contemptum Regiae Iurisdictionis, nihilominus tolleratae fuerint, adhuc atiam tollerantur, saltem occulte, sub pretextu alicuius commodi, seu praemii temporalis, cum predicta ordinationes, supradictas poenas in eis adiectas, commemorando, statuerunt in ordinaverunt, ut in dicta civitate i Insula Maioricarum nulla tafuraria publice vel occulte, fiat tolle-

retur, neque sustineatur, per aliquem officialem dicti Domini Regis: sub poena privationis officii i infamiae. Admonendo i exortando omnes dictos officiales, i singulos eorum praedictos, ad quos preamissorum executio pertineat, quod ad extirpandas dictas tafurarias, i puniendos dictos tufores, i tafuarias tenentes iuxta forman, i contentiam dictarum Ordinationum, diligenter (ut convenit) eorum officiis intendant si ultionem Divinam, i indignationem Praefati Domini Regis i poenas antedictas cupiunt evitare”.

DOCUMENTO N° III

Carta-memorial de los jurados de Mallorca al Rey, denunciándole, entre otras irregularidades, la tolerancia de la administración de justicia respecto a la persecución del juego.

Archivo de la Corona de Aragón.- Sección Consejo de Aragón.- Serie Legajo n° 1.006.

“Con el zelo del mayor servicio de V. Magd. bien y conservación de este Reyno con carta de 14 setiembre 1660 dimos quenta a V. Magd. de algunos excesos de ministros, para que enterado V. Magd. dellos mandasse tomar la resolución que mas convenga a su Real servicio, bien y consuelo de sus humildes y leales vassallos, y por haver entendido que por algun descuido de la persona a quien se entregó nuestra carta no ha llegado a la Real mano de V. Magd. por cumplir con nuestra obligación y descargo de nuestras conciencias no podemos escusar de representar a V. Magd. la omisión que se experimenta en dichos ministros en la administración de la justicia falta de observancia en las órdenes y mandatos de V. Magd. de que siguen escándalos, de servicio de V. Magd., ofensas a Dios, y notable daño al pueblo.

. . . El sargento mayor Don Vicente Mut no contentándose del salario que V. Magd. le tiene señalado por su plaça ni del que gosa por ingeniero, tiene una casa de juego, donde los mas pobres y necesitados se consumen, y a sus desdichadas mujeres, y desventurados hijos les falta el sustento y ropa para cubrirse, no juega en ella sino gente vil, y menesterosa, con que viene ser seminario de ladrones, pues los pícaros, quando han perdido su caudal, procuran á robar lo que pueden para sustentarse y tener que jugar, de que se siguen muchas ofenças a Dios, esperamos que V. Magd. enterado de todo lo que se ha obrado en su desservicio y en ofenças de Dios, como tan Catholico Monarca lo mandara re-

mediar, y como padre piadoso se compadecera de sus vassallos, mandando se observe su Real orden en la referida carta, y no permitirá que sus Ministros tollerén delictos tan atroces y escandalosos, ni abusos de que se siguen tanta ofenças y daños al bien universal, esto Señor suplicamos á V. Magd. con el rendimiento que debemos, que á mas de que dello resultara su Real servicio lo recibiremos á merced particular de V. Magd., cuya persona y Monarquía guarde nuestro señor largos años, para aumento de la Sta. fé Catholica, y bien de sus vasallos. Mallorca a 29 de Março 1661.

Don Pedro de Verí. Antt. Armengol. Juan Moya. Mi. Pons.- Jurados de la Universidad, Ciudad y Reyno de Mallorca.

DOCUMENTO N° IV

Correspondencia entre los Jurados de la Ciudad y Reino de Mallorca y el Virrey en orden a la adopción de medidas para reprimir el juego.

Archivo Histórico de Mallorca.- Serie Extraordinaris Universitat. Legajo 79, fol. 59 vto. a 62 vto.

Die vj mensis decembris anno a nativitate Domini MDCLXX.

Convocats, congregats y ajuntats su señoría dels illustres y molt magnífichs señors don Miquel Ferrandell, donzell, Thomás Garriga y Trobat, Antoni Aromengol, ciutadans, Jaume Antoni Fiol, Miquel Amer, mercaders y Raphel Fiol, menescal, jurats lo corrent any de la universitat, ciutat y regne de Mallorca, en la sala inferior de la casa de la juraria de dita universitat, lloch solit y acostumat á hont los negocios de aquella se acostumen tractar, diffinir y determinar per be y utilitat de dita universitat, entregaren la petició del tenor següent á Antoni Moll, notari, sindich perpetuo de la Universitat, pera que la entregue á su illustrissima del señor virrey.

Jhs.

Los magnífichs jurats diuen, que alguns jurats de les viles forenses, particulars y altres persones los tenen advertir de que en elles y en esa ciutat se te abús de jugar á rifa, que en motiu de despaxar carn, bescuits y altres géneros juguen diner y travessen molts circumstants, ocasionant inquietuts, dexant de treballar y gastant lo que no tenen, no acudint á les

obligacions de sa casa; y per lo que convé ocurrir á estos inconvenients que resulten de aquests jochs y altres, suppliquen á vostra señoria illustrissima sia de son servey manar prohibir totalment á que nos don lloch á tenir jochs ni rifa á ninguna part de aquest regne.

També mateix se ha tingut per convenient sempre, que en los hostals se don manjar y beurer á los viandants, per lo que venint á la ciutat no tenen casa propia, o empero los taverners qui solament venennper despedir, y ab que se escusen de aumentarse vicis per los que frequenten estes cases; suppliquen á vostra señoria illustrissima sia de son servey prohibir totalment á tots los taverners el poder donar beurer dins las tavernes, y dexar libero á los hostalers al que puguen donar beurer y manjar tant solament á los viandants y forenses, y per est effecte manar despaxar los mandatos y pregons publichs, conformantse ab açó ab la real carta de 4 octubre 1653. Et hec omni etc. Et licet etc.

Altissimus etc.

Bassa, advocatus universitatis.

Parets, advocatus universitatis.

In dorso de la qual fonch provehit sub hiis verbis, ut sequitur: Proviso 9 de decembre 1670.

Luego que el rector de Inca me referió al abuso que se hazia de la rifa en aquella villa, que á titulo de rifar carnero passavan á jugar cosa considerable, la quité con efecto al carnissero y tres mas que se havian concedido, segun me han referido. He despachado para lo mismo, luego que me lo representó la ciudad, y además imbio por la isla ministros que castiguen si huviera dessupuestas, como me han asegurado, y huvieran tambien luego en algunas casas, porque en la parte forana jamás los he permitido. Estas rifas, si se usare dellas como se deve, no eran dañosas, que también la gente necessita de algun divertimento, y los bayles á quien van dirigidas, tienen culpa en la observancia: en la ciudad no hay mas que dos casas de juego, una para lo comun, otra para la guerra, en el cuerpo de guardia, menos en las que acuden los cavalleros, que en estas no me ha parecido hazer novedad; y no se puede estrechar tanto en quitar todo género de juego á tanto pueblo, ni se remediará, porque jugarán e casas exemptas, y podria resultar en vicis mas dañosos a la quietud; y haciendo mucha estimación de lo que vuestra magnificencia me representa, me informaré si huviere excesso y lo remediaré. En quanto a las tavernas y demas cosas que contiene, reconosceré las órdenes re-

ales y mandaré se observen, que estas materias políticas deven considerarse, pues si hoy se considera el inconveniente en ellas, otro día podrán ofrecerse mayores en las historias, donde suceden, tantos ladronicios, á mas de que he hallado esto assi por todos mis antecessores sin intermission, con que yo no he tolerado novedad, ni deja la materia de hazerles reparo. Ya se ha mandado poner remedio en el abuso de entrar cabritos, aunque vuestra magnificencia toca con las manos quan difícil es la observancia, pues se encuentran á ella los clérigos, los exemptos y aun las mismas personas del gobierno, con que la pena recayera solamente en algun miserable.

De tot lo qual, para que const ed eternam rei memoriam, se ha continuat lo present acte.

Acte de com se ha entregat una petitio a Antoni Moll per entregar a su Ilma.

Die XVII mensis decembri anno MDCLXX.

Convocats, Congregats y ajuntats Su Señoria dels Iltres. y molt Magchs. Señors Don Miquel Ferrendell, Donsell Thomas Garriga y Trobat, Antoni Armengol ciutadas Jaume Antoni Fiol Miquel Amer Mercaders y Raphel Fiol Manescal Jurats lo corrent any de la dita Universitat Ciutat y Regne de Mallorca en la sala inferior de la dita casa de la juraria de dita universitat, lloch sols y acostumat ahont los negocis de aquella se acostumen tractar diffinir y determinar per be y utilitat de dita Universitat donaren y entregaren a Antoni Moll notari sindich perpetuo de la dita Universitar le petitio del tenor seguent —Ilm.— Los Magnifics jurats diuen que ab petitio C. G. correns representaren a V. Ilma. Senyoria lo exces de coment e trevessar y jugar diner alla rifa y el donar beurer en las tavernas entenent ho de las tavernas de la dita ciutat per las rahons que llargament se lligen en dita petitio que refereixen esperant sera servit V. Señoria Illustrisima posar el remey que la matexa demane y tenint antes que en la execatio fla provehit in dorso de aquella pasaren los Alguacils Joan Berber y Joseph Tamorer, en la vila de Lluchmajor y executaren alguns dequella vila y se diu procehexen contra los de las altres dihent que la orde que aporten es instada de los Magchs. Jurats y del tenor de la dita petitio no resulte, ni es estat intent de sus Magchs. demanar cosa contra los forenses en orde del vendre vi sols respecte del exces del rifar y jochs de que restaren informats per alguns Jurats y particulars de las vilas que expresemment proposaren en el primer cap de la petitio be empero han instat y insten que en les tavernes de la ciutat ha

hont venen excés ab ques frequenten totalment se prohibesca el donar baurer quant desta casa de qual pot provehirse dexant liberos los ostalers para los forenses qui vene a prendre posada en ses casas per no tenirlas en la Ciutat per lo que mes informat a V. Señoria Illustríssima Suplican sia de son servey prohibir totalment tot genero de jochs de pasada y rifas en tot lo Regne y en la Ciutat y a donar beurer en las taveras com representaren en dita peticio.

DOCUMENTO N° V

Acta de la sesión extraordinaria celebrada por el Ayuntamiento pleno de Palma de Mallorca, en doce de agosto de mil novecientos setenta y siete, con el objeto de aprobar una propuesta sobre la participación del Ayuntamiento en una sociedad concesionaria de un casino de juego.

“En la Ciudad de Palma de Mallorca, Capital de la provincia de Baleares, siendo la hora trece del día doce de agosto de mil novecientos setenta y siete, se reúne, en el Salón de Sesiones de esta Casa Consistorial, bajo la Presidencia del Ilmo. Sr. Alcalde. DON PAULINO BUCHENS, ADROVER, el EXCMO. AYUNTAMIENTO PLENO, con asistencia de los Sres. Teniente de Alcaldes y Concejales, Don Antonio Cirerol Tomás, Don Mario Darder Andreu, Don Pedro Cabrer Rodríguez, Don Miguel Durán Pastor, Don Ramón Bauzá, Don Antonio Barceló Brussotto, Don Leoncio Simón Pérez, Don Bartolomé Sastre Palmer, Don Gabriel Sampol Homar, Don Miguel Moragues Vidal, Don Rafael Jordá Albons, Don Jorge Homar Ferrio, Don José Llasera Plantalamor Don José Payeras Estelrich, Don Pablo Seguí Alemany, Don Rafael Alvarez Vallespir, el Interventor de Fondos, Don Pedro Fluxá y L. de Garabito, y asistidos de mí, el infrascrito Secretario interino, al objeto de celebrar sesión extraordinaria en primera convocatoria, y siendo ya la hora trece y un minuto, y habiendo número suficiente de señores Vocales para poder celebrarla, el Sr. Presidente declara abierta la sesión.

Por el Secretario actuante se hace constar han excusado su asistencia al acto los Sres. Don Carlos Forteza Steegman y Don Francisco Izquierdo Maya.

Seguidamente se da cuenta de la propuesta que se transcribe a continuación:

El Sr. Cirerol dice que ha llegado el momento de informar, públicamente de las gestiones desarrolladas por orden de esta Corporación, a

partir del momento de la Moción presentada por los procuradores en Cortes de San Sebastián, tendente a la implantación del juego en España.

Se iniciaron los primeros contactos en San Sebastián, asistiendo a las Jornadas Técnicas sobre el juego, en las que participaron, también, representantes de los Ministerios de Gobernación, Hacienda y Turismo; la Administración estaba interesada en establecer contactos para conocer las aspiraciones.

Recuerda que durante la dictadura del General Primo de Rivera, fue cuando se prohibió el juego; San Sebastián había conocido tiempos de esplendor con el juego y luchaba con todas las armas para que se atendiera su petición.

La opinión general fué de que a pesar de que el juego constituye una distracción —personalmente lo considero peligroso— sin embargo, se tenía conocimiento que se jugaban en España, sin control y con mucho riesgo, pareciendo más lógico llevar esta actividad a una ordenación, y este fue el espíritu de la reunión.

Como promoción turística, debe apoyarse la implantación del juego. En tales jornadas se analizaron todos los sistemas de juego y, en principio, se estimó que el más conveniente era el francés. Los representantes del Gobierno tomaron nota y, posteriormente, aparece el Real Decreto implantando el Juego. El asombro fué que la posible participación de los municipios quedaba excluida, provocando nuevo viaje a Málaga, donde los representantes de las ciudades turísticas (unas cincuenta personas) celebraron sesión de trabajo para presentar al propio Gobierno, moción demandando la participación de los Ayuntamientos.

Señala que en las Jornadas Técnicas de San Sebastián asistió el dicente, junto con D. Pedro Cabrer, D. Antonio Buades, del Fomento de Turismo, y otras personas de entidades privadas.

En la Orden Ministerial que desarrolla el Decreto, aparece participación de los Municipios. Los Municipios, por sí, participarán de los Impuestos sobre Casinos, destinando el 25% al Tesoro Público y el otro 25% se distribuirá, en forma proporcional, entre todos los Ayuntamientos de la Provincia, del que un 5% es para el Municipio donde radique el Casino.

Explica los posibles alcances económicos que reforzarán el Presu-

puesto Ordinario de Palma, y añade que ha habido diversos contactos con empresas nacionales y extranjeras que han demostrado interés en la promoción del juego.

Este Ayuntamiento, desde un principio, se planteó el problema, con resultados de que Palma no podía quedar fuera, decidiendo participar en el juego, con la Diputación y terceras personas. La Orden Ministerial establece que será mérito preferente en la adjudicación de los Casinos, el hecho de intervenir entidades públicas.

Recuerda que el Fomento del Turismo, según sus Estatutos, no puede tener beneficios, por tanto, destinará su participación a promocionar el turismo en Mallorca.

Explica las actuaciones del Fomento del Turismo, de la Diputación y del Ayuntamiento, así como la visita cursada a Casinos del extranjero, particularmente Alemania, así como el alcance de las distintas ofertas, entre ellas la patrocinada por la Sociedad "Hoteles de Son Vida S.S." y otras.

Entra en detalles respecto a la proposición formulada por la Sociedad del Grupo Alemán, así como la participación en el capital por parte del Ayuntamiento, Diputación y Fomento del Turismo, así como del Grupo Alemán, y terceros españoles, designándose equipo técnico bajo el asesoramiento del Sr. Ramallo.

La propuesta tiende a crear una Sociedad Anónima Mercantil, en la que el Ayuntamiento recibe una donación de 40 millones de pesetas para suscribir acciones de la misma en igual cuantía.

La Sociedad Alemana se ha comprometido a formular un préstamo de 600 millones de pesetas para atender a la infraestructura y puesta en funcionamiento del Casino.

Analizadas las ventajas e inconvenientes de las distintas proposiciones, se ha considerado que debía inclinarse por la alemana, más, teniendo en cuenta que a los veinte años, la totalidad del Casino será del Ayuntamiento, Diputación y Fomento del Turismo, o sea, que a los 10 años se tendrá el 75% y a los 20 años el 100% del capital.

El lugar estimado adecuado para instalar el Casino, es el Hotel Mediterráneo, por su estratégica situación, centro del Paseo Marítimo, núcleo turístico de primer orden.

Termina diciendo, que, caso de que se instale un Casino, ha de ser en Palma, por cuanto los ingresos que proporcione al Ayuntamiento se destinarán a la Universidad Balear, a actividades culturales y al desarrollo y fomento del turismo...

Se acuerda aprobar la propuesta sobre participación de este Ayuntamiento en Sociedad concesionaria de un Casino de Juego, y aceptación donación para suscribir y desembolsar las acciones en dicha sociedad. Con voto en contra de los Sres. Payeras y Seguí''.

SOBRE LA REALIZACION JUDICIAL DEL DERECHO

CESAREO RODRIGUEZ-AGUILERA

Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca

Todas las grandes palabras —entre ellas Derecho o Justicia— encierran una poderosa carga de mitología, derivada de su imprecisión, de su historia y de su valor abstracto y absoluto. Hay que entrar en el análisis de su contenido con un saber crítico y racional, con una metodología científica, y hay que separar claramente lo que es, lo que puede ser y lo que debiera ser. Realizar el estudio del Derecho y de la Justicia olvidando o menospreciando el Derecho aplicado, el de cada día y lugar, el de cada juez, me parece, cuando menos, ilusorio.

En este sentido, el hecho de que una publicación de nuestra Universidad (“Cuadernos de la Facultad de Derecho”, de Palma de Mallorca) se preocupe de entrada, y especialmente, de los “*usus fori*” de las islas, de las resoluciones de sus tribunales y jueces, para analizar y meditar sobre nuestro Derecho, en su totalidad, me parece muy esperanzador en el camino hacia el, cada día más necesario, realismo jurídico.

El aspecto más importante, en cierto sentido, del Derecho es el de su actualización, el de su aplicación a cada caso. La estructura inerte del Derecho objetivo se convierte así en algo vivo que afecta a la persona⁽¹⁾. Cuando se entiende que el Derecho ha sido vulnerado de tal manera que perturba a la sociedad en el modo de desenvolverse que ella impone, el

(1) Soto Nieto adscribe a la jurisprudencia la expresión derecho vivo (“Derecho vivo. Jurisprudencia comentada”, tomos I y II, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1970). Garrigues utiliza la expresión en el sentido de Derecho utilizado, contraste entre Derecho y realidad, y hace referencia a lo que en Alemania se ha llamado “Escuela del Derecho vivo” (“Derecho mercantil: la realidad frente a la ley”, Revista de Occidente, enero-marzo, 1981). Ihering había dejado dicho que “la realización es la vida y la verdad del Derecho, el Derecho en sí mismo” (“Espíritu del Derecho romano”, cita de Lalaguna, “Jurisprudencia y fuentes del Derecho”, Aranzadi, Pamplona, 1969, página 66).

aparato correspondiente del orden público, con la colaboración, incluso, de los particulares, puede ponerse en marcha, iniciándose con ello la actuación policial o judicial. Puede también tal actuación ser movilizada por conflictos de intereses entre particulares, o por invasiones de la parcela de derechos que cada persona considera como propia.

La decisión final de la perturbación o del conflicto viene dada por un mandato judicial (precedido de ciertas consideraciones "doctrinales", jurídicas y filosóficas) que puede imponerse por la fuerza. Su naturaleza ha sido objeto de largas discusiones, pero su importancia aparece reconocida en el mundo del Derecho, cada día con mayor firmeza, hasta el punto de que la jurisprudencia —la doctrina que resulta de las decisiones judiciales— ha sido considerada como más importante, de hecho, que la norma jurídica (2).

El juez adquiere con ello un destacado relieve en el mundo del Derecho. Es él quien ha de manejar el Derecho —la ley— en cada caso, como instrumento para decidir en justicia, razonando cuanto dice y decide, dando así vida a la estructura abstracta del Derecho. No hay reglas, por supuestos, para el proceso interno del juez, ya que si el juez-robot de Montesquieu ("la boca que pronuncia las palabras de la ley, el ser inanimado que no puede moderar ni su fuerza ni su rigor") no ha existido nunca, ni cabe esperar que exista, tampoco puede esperarse un cuerpo de jueces como oráculos vivientes que dicten sus fallos conforme al Derecho justo, apartándose de los rigores e inflexibilidad del método tradicional de interpretación jurídica (3). Pero la norma es, por lo común, suficientemente amplia y genérica para permitir importantes márgenes de discrecionalidad.

El juez, el juez moderno, como el Estado moderno, está sometido a normas. En el título preliminar del Código civil (artículos 1 al 16) se dan instrucciones sobre las diversas fuentes del ordenamiento jurídico, y los requisitos que ha de reunir la Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, la analogía, la equidad y una serie de valores que el juez ha de tener en cuenta en el ejercicio de su función. Se le impone en todo caso el "deber inexcusable" de resolver cuantos asuntos conozca. Se le indican también los criterios que ha de seguir en la interpretación de las normas jurídicas: "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos legislativos, y la realidad so-

(2) Albadalejo, "Derecho civil", 2ª edición, Barcelona, 1965, pág. 35.

(3) Véase Jaime Guasp, "Juez y hechos en el proceso civil, Bosch, Barcelona, 1943, pág. 16.

cial del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (artículo 3-1).

La función judicial se presenta así, en lo que a la utilización de la norma jurídica se refiere, como una operación compleja, en la que intervienen la inteligencia, la cultura, la sensibilidad y la conciencia del juez. La Ley ofrece una orientación pero, sobre todo, formula un deseo de como debe realizarse ese aspecto tan importante de la función judicial que es la interpretación y aplicación de la ley. Frente al criterio elemental de la aplicación mecanicista del texto, se le dice al juez que hay que tener en cuenta otros factores, que ayudan a “humanizar” la decisión aunque favorecen la discrecionalidad.

Pero es que, además de la adecuada utilización de la norma, el Juez ha de “construir” debidamente el caso que se somete a su consideración. El juez decide casos, resuelve conflictos; y lo que a él se le ofrece es, precisamente, eso: un caso para el cual ha de buscar el Derecho precedente. “Da mihi factum, dabo tibi ius”. El Derecho es cosa del juez; el hecho, de las partes. Aunque, en cierto modo, hecho y Derecho son también cosa de cuantos intervienen en un proceso. Y el hecho —su concreta determinación— es algo tan importante y tan judicial —aunque en ocasiones se haya sustraído a la función— como la adecuada utilización del Derecho.

Todo caso judicial es un suceso, una serie de acontecimientos que otros relatan al juez, con versiones y apreciaciones distintas, con medios probatorios diferentes, sobre los cuales el juez ha de construir la “historia” del caso. Como dice Diez Picazo⁽⁴⁾, todo caso jurídico es siempre una “historia”. Y bien sabido es lo mucho de cierto que hay en la afirmación de que la historia es el historiador. Por otra parte, el relato del historiador *puede ser* interesado; el de las partes que intervienen en el proceso, *lo es* normalmente.

¿En qué posición se encuentra el juez ante los datos que los intervinientes en el proceso le suministran para que él construya la historia del caso?. Actualmente, y por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, puede decirse que casi en completa libertad. La doctrina procesal europea afirma, de manera unánime, que el sistema de prueba libre —ya que tiende a producir la convicción psicológica del juez— es el único congruente. Las pruebas a tener en cuenta son las practicadas en el proceso, a cargo, por lo común, de las partes, pero el juez puede aportarlas,

(4) “Experiencias jurídicas y teoría del Derecho”, Ariel, Barcelona, 1973, pág. 215.

dentro de ciertos límites, de oficio o para mejor proveer. Nuestro Tribunal Supremo, desarrollando la ambigua expresión de los artículos 632 y 639 de la Ley de Enjuiciamiento civil (apreciación de la prueba "según las reglas de la sana crítica"), ha afirmado reiteradamente el carácter discrecional de la apreciación de la prueba, llegando a admitir la apreciación conjunta de la misma.

En el proceso penal⁽⁵⁾ se dispone que el Tribunal apreciará las pruebas practicadas "según su conciencia"⁽⁶⁾. La norma ha sido ampliamente interpretada en el sentido de la más libre apreciación de la prueba, sin sujeción a reglas ni cortapisas⁽⁷⁾. En la importante medida previa que supone el procesamiento de una persona y su posible prisión provisional, basta con que se aprecien por el juez "indicios" racionales de criminalidad (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento civil). Medida de tanta transcendencia resulta necesaria para el normal ejercicio de la función judicial, pero también gravemente peligrosa para los derechos del procesado inocente (así puede acordarlo, en su día, el tribunal penal). Ante tan importante riesgo, en Italia se ha optado⁽⁸⁾ por la creación de un "tribunal de la libertad", para revisar las órdenes de detención de los jueces. Sin necesidad de apartarse de los sistemas de control judicial, podría alcanzarse análoga garantía con la transformación profunda del recurso, siempre posible, ante el tribunal penal (Audiencia provincial en España), mediante instancia y tramitación verbal, en horas incluso, constituyéndose el tribunal con carácter de urgencia.

Con lo expuesto fácilmente podrá deducirse que los dos elementos básicos para que surja el derecho aplicado —la ley y el hecho probado—, no son, como regla general, ni seguros, ni concretos, ni previsibles. En tal sentido, la opinión actual más generalizada estima que la sentencia es el resultado de una actividad creadora del juez, y que la seguridad jurídica previa a la sentencia aparece bastante "insegura". Para los juristas del realismo americano, el Derecho no es más que la profecía de lo que el juez realmente hará⁽⁹⁾.

(5) El sistema civil de apreciación de la prueba es válido en toda clase de procesos, por el carácter de teoría general del proceso que se atribuye al Libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil. En ocasiones, sin embargo, se recuerda o reitera, como ocurre en el proceso penal. La Ley general tributaria, de 28 de diciembre 1963, dispone, en su artículo 151-1, que los Jurados tributarios adoptarán sus acuerdos de conciencia, inspirándose en criterios de equidad.

(6) Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(7) Véase la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre 1883.

(8) Según noticia de "El País", de 4 de octubre 1981.

(9) Véase José Puig Brutau, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho", Bosch, Barcelona, s/f.

Con independencia de teorías, o de ideologías, en las que, inevitablemente, se otorga más consideración a lo que debe ser que a lo que realmente es, ha de reconocerse que la libertad del juez para dictar su resolución, aun dentro de los cauces legales, es muy amplia. La constatación del hecho no supone la proclamación de la necesidad de restringirla, pese a sus indudables riesgos, sino la necesidad de que se establezcan los controles eficaces para evitarlos.

De manera indirecta, pero real en la práctica, el tema de la libre apreciación de la prueba ha sido recientemente sometido a crítica, con motivo de un recurso de amparo del derecho constitucional "a la presunción de inocencia" (artículo 24 de la Constitución). El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 28 de Julio de 1981, afirma que para desvirtuar la presunción de inocencia, "es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo y que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado". El Tribunal Constitucional realiza así una valoración de la prueba, calificándola de si es o no es de cargo, y examinando su contenido, con lo que rompe el principio de "apreciación en conciencia" por el juez (que puede, incluso, proceder de la negativa, la expresión, el gesto del acusado, los antecedentes y demás actos procesales, en su conjunto), y se convierte en árbitro de la valoración; es decir, de uno de los actos más importantes y genuinos de la actividad jurisdiccional.

Como se dice en el voto particular contra dicha sentencia, formulado por el magistrado Escudero del Corral, la sentencia constitucional confunde la prueba como medio (discutible en el recurso de amparo, cuando se invoca la presunción de inocencia, si resulta formalmente inexistente), y la prueba como resultado (impacto o efecto que en el juzgador producen los hechos), debiendo quedar esto último totalmente marginado de la intervención del Tribunal Constitucional. Valorar la prueba en el Tribunal Constitucional, aunque lo sea en la forma indirecta en que se hace, para estimar necesario "que de alguna forma pueda entenderse que ha sido de cargo", puede llevar, en la práctica, a muy graves consecuencias para la actuación judicial.

No puede, sin embargo, desconocerse que la transformación del Derecho en algo concreto y vivo se realiza a través de una decisión personal. Pero ello es una característica de la relatividad y de la humanidad de la justicia, que no debe enmascarse. Las obligaciones del juez respecto a la utilización de la norma y a la apreciación de los hechos no son obstáculo para aquella realidad⁽¹⁰⁾.

(10) Como dice Rubert de Ventós ("El lenguaje imperfecto", La Vanguardia, 10 enero

Los problemas de conciencia resultan así un hecho propio de la actividad judicial⁽¹¹⁾. Han sido posibles elecciones y decisiones, matizaciones y variantes, que afectan a la libertad, a los derechos y a la esfera de poder de las personas, y ha resultado necesario optar por algunas de ellas con olvido, o con oposición, a las demás. La conciencia, ese conocimiento del bien y del mal (conocimiento relativo, como todo lo humano), ha actuado junto a los obligados condicionantes de la operación judicial decisoria.

No es extraño, pues, que “la voz de la conciencia” resuene en el juez, antes, durante y después de su decisión, bien sea con satisfacción o con remordimiento, precisamente porque no hay reglas morales eternas, ni únicas o uniformes. En este sentido, no es extraño que se haya dudado del “carácter moral” de la conciencia, al entender, como afirmaba Locke⁽¹²⁾, que algunos hombres que poseen la misma inclinación de conciencia van detrás de lo que otros evitan. En general, sin embargo, se mantiene la noción, aunque sea acentuando su carácter estrictamente social o natural.

De todo ello se puede deducir el enorme alcance social de una función como la judicial, que tan directamente afecta a la libertad y a los derechos de la persona, y en cuya determinación tanto influye, en última instancia, la personalidad total del juez. La designación libre de los jueces por el Soberano, tradicional en el antiguo régimen, evitaba los problemas con el Estado, aunque agravara los propios de la relación con el justiciable. En el Estado moderno, la procedencia de clase de los jueces, la cultura oficial y buen número de poderes orgánicos de decisión de los Gobiernos, posibilitaron una continuidad semejante, aunque no igual. La acentuación de la independencia judicial, respecto al Poder ejecutivo, puede plantear situaciones nuevas. En todo caso, la relación concreta juez-justiciable, dentro de la necesaria independencia funcional, del alcance real y efectivo de la libertad del juez y de la variedad de su conciencia, puede exigir nuevos mecanismos estructurales que refuercen la seguridad jurídica. En la España constitucional, la vía está abierta a través del Consejo General del Poder judicial, órgano de gobierno, representativo y democrático. En este sentido debe destacarse la

1982), emparedados entre los que imaginan la perfección en el pasado y los que la intuyen en el futuro, a la gente sensata no nos queda sino defender la “imperfección” tanto de nuestro lenguaje como de nuestras instituciones.

(11) De manera expresa, la Ley de Enjuiciamiento criminal se remite (artículo 741) a la “conciencia” del Tribunal para la apreciación de las pruebas.

(12) Ferrater Mora, “Diccionario de Filosofía”, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pág. 568.

excepcional importancia que debe darse a la selección de los jueces y a la efectiva exigencia de su posible responsabilidad.

Los problemas de conciencia del juez pueden derivar de la complejidad del caso o de la insuficiencia o imperfección del Derecho. El Profesor Elias Díaz se pregunta⁽¹³⁾: “¿Qué puede hacer el juez cuando sea precisamente la ley, la norma, la que no se interese ni responda a una verdadera consecución y realización de la justicia, cuando sea el propio Derecho —como es tan frecuente— una mera sacralización de ilegítimos intereses particulares, impuestos coactivamente y que postergan a los auténticos intereses generales de la sociedad”?

El jurista cuenta con la existencia del Derecho injusto, y sabe —o debe saber— que la más importante de sus actividades es la lucha por un Derecho mejor, que coopere hacia un hombre y una sociedad mejores. El juez sabe que tiene unos cauces por los que su actividad ha de discurrir, pero que, aun dentro de ellos, tiene también muy importantes posibilidades para modelar el Derecho en cada caso, de modo que se aproxime cuanto sea posible a la justicia, concebida en su más alto valor⁽¹⁴⁾. El juez puede salvar así sus problemas de conciencia, aunque a veces los instrumentos de que dispone para realizar la justicia, no le permitan alcanzarla en la medida de su concepción. Se trata de una lucha incesante, en la que llegar hasta donde es posible, y alcanzar logros derivados del esfuerzo personal, puede otorgar hondas e íntimas satisfacciones de conciencia. Sin embargo, no es esta siempre la actitud del juez, del que pueden derivar conductas de insensibilidad o indiferencia.

Ante tal diversidad, la sociedad puede contemplar, desconcertada o impotente, la variedad o la oposición de actitudes en las conductas y resoluciones de sus jueces. La propia estructura de la institución judicial ha de encontrar la fórmula que asegure la aceptación y el consenso social.

La realización del Derecho es, como puede deducirse de lo anteriormente expuesto, un acto muy complejo en el que, como factor decisivo, aparece la personalidad del juez. Presentar al juez como un ser “asépti-

(13) “Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático”, Civitas, Madrid, 1978, pág. 39.

(14) Aquí puede estar la “explicación” de aquellos estudiantes de Derecho, a los que se refiere Elias Díaz (“Marx y la teoría marxista del Derecho y del Estado”, “Sistema”, octubre 1980, pág. 31), en contradicción con un concepto asumido del Derecho y el Estado como meros instrumentos de conservación del orden existente.

co”, por encima del bien y del mal, capaz de pronunciarse sin condicionamiento subjetivo alguno, resulta absurdo. El juez, como cualquier hombre, es un ser histórico, que nace, se forma y vive en una sociedad determinada, que recibe y acepta una serie de ideas y principios sobre la conducta humana y la vida en sociedad, e incluso sobre la vida misma, que condicionan y orientan sus juicios de valor. Sus nociones éticas, religiosas, sociológicas, políticas, culturales en general, su pertenencia a determinada clase social, su familia, sus amistades, sus circunstancias psicológicas e, incluso, fisiológicas, le configuran y, en buena parte, determinan su conducta.

Si anteriormente se ha destacado la complejidad de la norma y de su determinación, así como las dificultades de “construir” el caso judicial, ahora ha de señalarse, igualmente, el cúmulo diverso y contradictorio de aspectos que presenta la personalidad encargada de aquellas tareas. En primer lugar, para que pueda adquirirse una visión realista, y no mítica, de tan importante actividad social, para que se acabe de una vez con los tópicos interesados del juez puro e incontaminado, de la justicia intocable; pero, sobre todo, para que pueda encontrarse el camino adecuado hacia la justicia mejor y más aceptablemente sentida por la sociedad(15).

La sociedad puede lícitamente preguntarse: “¿Qué hacer ante las “casi ilimitadas” posibilidades del juez en su función? ¿Cómo protegerse de sus “errores” o de sus “humores”? El control y la responsabilidad están previstos: sistemas de recursos, derechos procesales de las partes, intervención de abogados, crítica a la actividad judicial. Pero, en cambio, sus particularidades concretas constituyen, con frecuencia, un mecanismo anacrónico, formalista y poco útil.

En su conjunto, el Derecho ha podido ser contemplado como instrumento de conservación del orden existente, y el legislador y el juez como partícipes destacados. El Estado democrático, sin embargo, posibilita un Derecho adecuado para la evolución y desarrollo de la sociedad. En el Parlamento, a través de la crítica de la oposición; en los tribunales, mediante una jurisprudencia progresiva. La supuesta actividad “neutra” del juez no es más que una actividad conservadora y parali-

(15) Sobre el rechazo de la justicia real por la sociedad, véase “Los hombres frente al Derecho”, de Juan Gómez Jiménez de Cisneros (Aguilar, Madrid, 1959). Al enorme y continuo resentimiento de la humanidad frente al Derecho, que en él se refleja, lo califica Guasp, en el prólogo, como un gigantesco ateísmo frente a la Ley, como una perenne blasfemia social que sobrecoje.

zante del Derecho. Precisamente frente a ella surge en Italia el llamado uso alternativo del Derecho, con el propósito de contribuir, desde la "vivificación" del Derecho por el juez, a la dinámica social. Con apoyo, sin duda, en las normas legales, especialmente en las constitucionales. La noción ha sido acogida con recelo, por entender que responde a una determinada política, precisamente cuando desde el propio campo de la que procede, ha surgido una crítica a la jurisprudencia alternativa, por sus limitadas posibilidades y por su "función suplente"⁽¹⁶⁾.

En todo caso, dado el carácter creador de la jurisprudencia, debe fomentarse el uso adecuado del Derecho, que no debe ser otro, partiendo de las propias bases legales del artículo 3º del Código civil, que el de su interpretación progresiva, de acuerdo con la cambiante realidad social y el perfeccionamiento de los derechos de la persona. La conciencia del juez, su personalidad, el complejo mundo de sus ideas y actitudes, se reflejará siempre, de un modo u otro, en su actividad, por lo que la dinámica de la doctrina legal debe tender hacia aquellos fines. Como dice Elías Díaz⁽¹⁷⁾, el Derecho puede adelantarse, en cierto modo, a la sociedad, para favorecer e impulsar así los cambios sociales. Y ello tanto desde la legislación como desde la jurisprudencia.

El método científico en el análisis del Derecho nos lleva necesariamente a la especial y revelante consideración del Derecho realizado, de la realización judicial del Derecho, del Derecho de los jueces, como la participación directa y viva del hombre en la realidad a que el Derecho se refiere. No puede darse un estudio auténtico del Derecho que no pase, o no se inicie, por el concreto derecho de la sentencia y las circunstancias de su entorno: personalidad del juez, hábitos forenses, garantías del ciudadano...

(16) Véase Perfecto Andrés Ibáñez, en "Política y justicia en el Estado capitalista", Fontanella, Barcelona, 1978.

(17) "Sociología y Filosofía del Derecho", 2ª edición, Taurus, Madrid, 1980, págs. 126 y 127.

UN FILOSOFO DEL DERECHO FRANCES: ANDRÉ J. ARNAUD

MANUEL ATIENZA

Profesor de Filosofía del Derecho

1. La filosofía del Derecho en lengua francesa no tiene hoy en España una presencia acusada. Ello es, quizás, una muestra más de las difíciles relaciones entre países vecinos, pero distantes. De todas formas, no cabe duda de que nombres como los de M. Villey, G. Kalinowski, N. Poulantzas, K. Stoyanovitch, Ch. Perelman, J. Carbonnier y algunos otros resultan familiares en la cultura jurídica española y han sido traducidas al castellano —aunque no siempre en España— algunas de sus obras fundamentales. A esta lista me parece que sería interesante añadir el nombre de autores más jóvenes como André J. Arnaud.

La obra de este último —en cierto modo ligada a la experiencia del mayo francés, pero absolutamente ajena a la de los nuevos (¿?) filósofos franceses— comienza en 1969 con *Les origines doctrinales du Code civil français*(1); sigue luego *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, en 1973(2); *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, en 1973(3); *La justice*(4) y *Le droit trahi par la philosophie*(5) en 1977; y *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit?*, en 1981(6).

En la presente nota bibliográfica me ocuparé de dos trabajos de Arnaud: el de 1973, traducido al castellano, en Venezuela, en 1978(7) y, el

(1) L.G.D.J., Paris.

(2) L.G.D.J., Paris.

(3) P.U.F., Paris.

(4) Ed. Seghers, Paris.

(5) C.E.S.P.J., Rouen.

(6) L.G.D.J., Paris.

(7) *La regla del juego en la paz burguesa; ensayo de análisis estructural del código civil francés*, trad. de B. Bernard, Ed. Luz, Maracaibo, Venezuela, 1978.

último, de 1981, que constituye la primera aportación del autor a una trilogía sumamente ambiciosa y cuyos títulos sucesivos deberán ser: 2. *L'Homme-droit. Eléments pour une anthropologie juridique* y 3. *Epistémologie juridique*.

Hay dos particularidades de Arnaud que quizás se puedan reconocer ya en los títulos de sus obras. Por un lado, se trata de un filósofo del Derecho *jurista*: su objeto de reflexión es, en buena medida, el propio Derecho positivo y el trabajo efectivo de los juristas. Por otro lado —y no es contradictorio con lo anterior— estamos ante un autor que muestra una enorme amplitud intelectual: no solo ha tratado de poner al Derecho en contacto con nuevas metodologías —singularmente con el estructuralismo— sino también con fenómenos simplemente culturales como la literatura o el cine. El que al final de su último libro figure, junto con el inevitable capítulo de bibliografía, una *filmografía* es un síntoma que no debería pasarse por alto. Como tampoco debería hacerse con los numerosos esquemas, formalizaciones e ilustraciones que aparecen en sus escritos y que —desgraciadamente— suelen ser un signo más de diferenciación de una distinción desdichada que en España se produce como en pocos lugares: la escisión (al parecer también tipográfica) entre la cultura de “ciencias” y de “letras”.

2. Como se sabe, el estructuralismo fue un método (y probablemente algo más que un método: una moda) que invadió la filosofía y las ciencias humanas a finales de los años 60 y comienzos de los 70. Una década después, nadie pone en cuestión la importancia de los logros estructuralistas en campos como la lingüística (Saussure) o la antropología cultural (Lévi-Strauss). Pero este no parece ser el caso del Derecho.

La aplicación del método estructuralista al Derecho —como ocurrió, paralelamente, con otros ámbitos y disciplinas— fue visto por muchos como el remedio al secular cuestionamiento de la cientificidad de la Jurisprudencia⁽⁸⁾. Si el método había dado rigor y prestigio a disciplinas humanas como las anteriormente indicadas, ¿por qué no habría de ocurrir lo mismo con el Derecho —o, mejor, con la ciencia del Derecho?⁽⁹⁾. Sin embargo, en un escrito reciente, Losano mostraba un

(8) Cfr., por ejemplo, A. Hernández Gil, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

(9) En opinión de Mario Losano (*Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, Rivista di diritto processuale, XXV, 1970, n.º 3 Padova) el Derecho (como la economía o la sociología) son objetos demasiado vastos y no delimitados, a diferencia de la lingüística o la antropología, lo que hace imposible, o al menos muy difícil, la utilización del método estructuralista (p. 474).

panorama verdaderamente pesimista. Según él, la abundante literatura —aunque interrumpida o definitivamente terminada⁽¹⁰⁾— sobre estructuralismo y Derecho podría clasificarse en dos apartados: 1) el de las obras que se limitan a plantear la fecundidad de utilizar dicho método en el Derecho, pero sin descender nunca del terreno de las generalidades y las abstracciones⁽¹¹⁾; 2) el de los escritos que parten de la ineliminable presencia del pensamiento estructuralista en toda ciencia humana, incluyendo la ciencia jurídica, y terminan por equiparar el tradicional pensamiento jurídico sistemático con el método estructuralista⁽¹²⁾.

La obra de Arnaud objeto de este comentario, y dirigida a analizar estructuralmente el Código civil francés de 1804, constituye probablemente una excepción: no se queda en el terreno de las generalidades y las propuestas abstractas, sino que desciende al terreno de lo concreto, y realmente *sí* que aporta algo nuevo al método jurídico tradicional, aunque quizás sea cierto que, en ocasiones, utilice una terminología tomada de la lingüística pero que no implica novedades sustanciales⁽¹³⁾.

(10) Cfr., sin embargo, A. Montoro, *Análisis estructural y conocimiento jurídico* (prólogo de M. Hurtado), Universidad de Murcia, 1982.

(11) En este apartado podría incluirse seguramente la obra, sin duda interesante, de A. Hernández Gil que es, por otro lado, uno de los juristas que han mostrado mayor sensibilidad hacia los problemas epistemológicos en el Derecho y firme partidario de la utilización de nuevas metodologías como el estructuralismo o la lógica.

En *Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho* (en *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, cit.) trabajo publicado anteriormente en *Estructuralismo y Derecho* (varios autores, Alianza Universidad, Madrid, 1973), después de distinguir el estructuralismo como método y como ideología, considera que la aplicación de la perspectiva (metodológica) estructuralista al Derecho tendría que preocuparse por fijar la especialidad de lo jurídico, por explicar el Derecho como Derecho y no como condicionado por fuerzas socioeconómicas; el método estructuralista no sería investigación comparativa de los diferentes sistemas jurídicos, sino análisis de un sistema en su interioridad. Así, Hernández Gil establece las equivalencias jurídicas de lengua (relaciones jurídicas) y habla (normas jurídicas, ordenamiento jurídico). Las reglas de las reglas jurídicas serían, pues, las relaciones jurídicas, los elementos que preceden al ordenamiento jurídico: por ejemplo, la voluntad podría ser el equivalente de lo que en lingüística es un fonema, el consentimiento de un monema, y el consentimiento de comprar y vender de un sintagma. Pero su análisis no pasa de ahí.

(12) Cfr. M. G. Losano, *Corso di informatica giuridica*, vol. I, Ed. Unicopli, Milan, 1981, pp. 10 y ss. Losano parece, sin embargo, pensar que cabría salir del impasse, siempre que la atención se dirija más que a los resultados alcanzados por la lingüística o la antropología cultural, al método con que se obtienen dichos resultados (cit., p. 12).

(13) En el interesante postfacio de G. Mounin a la obra de Arnaud (cito siempre por la ed. castellana), aquel considera que Arnaud no introduce en realidad en su obra ningún análisis que deba algo a la lingüística (p. 267) y le reprocha que en ocasiones utilice una terminología superficial que oculta el hecho de que no se ha explicado lo que se pensaba explicar (p. 268). Junto a ello, hay que decir que Mounin considera que la obra de Arnaud

El método que trata de seguir Arnaud consistirá en descubrir detrás de la estructura aparente y superficial del *Code* de 1804 su estructura profunda, para acabar proponiendo una significación de dicha estructura real. Arnaud sigue, cabe decir, la sugerencia de Lévi-Strauss, quien —en carta al propio Arnaud— escribe que, aplicado al Derecho de las sociedades contemporáneas, el análisis estructural descubriría en él, códigos que desmintirían muchas veces al Código. La cuestión —sigue Lévi-Strauss— gira en torno a la noción de “descifre del código”: todo estructuralista es por esencia un jurista, pero que reprocharía con gusto a los juristas de profesión el no buscar “el código” donde está (p. 64). Dicho de otra manera, se trataría de buscar la regla del código de la regla del Código, como en una ocasión escribe Arnaud.

Considerado en su estructura manifiesta, el *Code* de 1804 viene a ser la solución pacífica de la defensa del hombre contra la injusticia, el error, el desorden y la violencia (p. 47). El *Code* vendría a constituir la garantía del respeto al individuo y a sus derechos. Sin embargo, su estructura profunda muestra, según Arnaud, que el Código es una regla de juego de la sociedad burguesa. Concretamente, el objetivo del Código sería el de establecer una regla de juego de los intercambios entre los individuos. Las disposiciones jurídicas se considerarán, pues, como un medio de asegurar la circulación de las personas y de los bienes en el seno del grupo social. De esta forma, Arnaud sigue muy de cerca —aunque sin explicitarlo— la concepción del Derecho de Marx: el Derecho como mecanismo que asegura la realización de un determinado sistema de intercambios económicos; en el caso de la sociedad capitalista, el intercambio de equivalentes.

Continuando con esta idea —el Derecho como relación entre intercambiantes de mercancías equivalentes— nuestro autor analiza la idea de equivalencia a partir de sus componentes lógicos: las relaciones de equivalencia son relaciones *reflexivas, simétricas y transitivas*. En consecuencia, de las reglas de juego del *Code* quedarán excluidos quienes rompan esta equivalencia, quienes entren —o puedan entrar— en rela-

“ofrece un terreno de ejercicio y de reflexión simiológicos que sin duda no tiene comparación desde los trabajos de Lévi-Strauss sobre los mitos” (p. 273); lo que, sin duda, no es decir poco.

Es importante ver también la presentación de J. M. Delgado Ocando a la traducción castellana, así como el prefacio de M. Villey. El primero de estos trabajos, fundamentalmente descriptivo, ofrece un magnífico resumen de la obra, y en el segundo, inteligentemente crítico, se le reprocha a Arnaud el incurrir en ocasiones en una cierta simplificación ideológica. Véase también, en fin, el comentario de G. Tarello *Code civil e regola del gioco borghese*, en “Sociologia del diritto”, n.º. 1, 1974, pp. 143-148.

ciones en las que falte la reflexividad, la simetría o la transitividad. Aplicando estas nociones lógicas en sentido algo metafórico, Arnaud caracteriza la situación del *vagabundo* (el que no tiene domicilio) como de falta de reflexividad (una relación R es reflexiva cuando una entidad x tiene la relación R consigo misma; por ejemplo, *idéntico a*). La del *extranjero* como de falta de simetría —en el caso de que no haya simetría entre las reglas de los dos grupos en presencia, es decir, cuando falta la reciprocidad (una relación R es simétrica cuando $Rxy \rightarrow Ryx$; por ejemplo, *primo de, hermano de*). Y la del *ausente* como de falta de transitividad, en cuanto que la ausencia rompe la cadena de transitividad (una relación R es transitiva cuando $Rxy \wedge Rxz \rightarrow Ryz$; por ejemplo, *compatriota de*). En consecuencia, fuera del *Code* —como regla del juego de la sociedad burguesa, capitalista— quedan el vagabundo, el extranjero y el ausente. Así, la estructura profunda del Código desmiente al propio Código: lo que el mismo protege no son los derechos del hombre —como proclama su artículo 7— sino los derechos del ciudadano (francés).

Por otro lado, para tener opción a jugar en el juego de la sociedad burguesa se necesita también la integración en un status pre-existente. Arnaud distingue los 5 siguientes que vienen determinados, respectivamente, por otras tantas características: A) el de la edad adulta; B) el de la hija mayor de edad; C) el de la mujer casada; D) el del niño, E) el del muerto civil. A los jugadores de la clase A) y B) les basta con sentarse a la mesa del juego para ser admitidos en el mismo (para poder hacer intercambios). Los jugadores de la clase C) y D) necesitan como intermediario a un personaje de la clase A) o B). Y los de la clase E) quedan completamente excluidos del mismo. No hace falta ir más adelante para darse cuenta de hasta qué punto es falsa la idea de que el *Code* es un monumento a la libertad del individuo.

El análisis de Arnaud se concreta, sobre todo, en el terreno del Derecho de las obligaciones. Aplicando, de nuevo un tanto metafóricamente, las relaciones lógicas de reflexividad, simetría y transitividad, nuestro autor considera la compraventa como una relación simétrica imperfecta (se intercambia cosa por dinero), a diferencia de la permuta, en donde existiría una simetría perfecta (intercambio de cosa por cosa). El contrato de sociedad sería un ejemplo de relación reflexiva cuando se considera desde el punto de vista de las relaciones internas de los socios, y simétrica en cuanto se considera como relación de la sociedad hacia afuera (con terceros). En fin, el contrato de fianza —así como el mandato o las sucesiones— sería un ejemplo de relación transitiva y antisimétrica.

Aunque pueda pensarse que este tipo de análisis lógico necesita un desarrollo más pormenorizado que el realizado por Arnaud, no cabe dudar del interés del mismo. Por otro lado, y siguiendo con el tema de las obligaciones, Arnaud, a partir de tres distintos criterios: a) intervención de la voluntad (voluntario/involuntario), b) acción: ley/acto (convencción/hecho personal), y c) consecuencias (perjudiciales/no perjudiciales), presenta un cuadro general de las fuentes de las obligaciones (p. 163), que mostraría que el consensualismo (la autonomía de la voluntad) no es el verdadero motor de las obligaciones. De una parte, porque el Derecho de las obligaciones del Código no es, sin más, el Derecho del contrato. De otra parte, restringiendo el campo de análisis a las relaciones jurídicas contractuales (subclase de las relaciones obligacionales) nos encontramos —dice Arnaud— con que el Código de Napoleón (como el Código civil español) se adhiere a la teoría de los contratos inominados; es decir, al partir de la idea de la autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones, parte también de la idea de que el número de las relaciones jurídicas contractuales es infinito (no se puede poner, a priori, un límite a la inventiva humana, a las nuevas necesidades, etc.). Ahora bien, para Arnaud, esto último no es cierto, o al menos no lo es sin matices. En efecto, si se parte del propio criterio clasificatorio del Código que en sus artículos 1101 y ss. divide los contratos, por un lado, en: sinalagmáticos o unilaterales, gratuitos u onerosos, commutativos o aleatorios y, por otro lado, en contratos consistentes en dar, hacer o no hacer, tenemos que el número de relaciones jurídicas contractuales es tan sólo de 18 (o bien de 32, utilizando otro modelo clasificatorio establecido por Arnaud y del que aquí prescindo) como lo muestra el siguiente cuadro (p. 198):

+	—	Dar	Hacer	No hacer
sinalagmático/unilateral		+++ ---	+++ ---	+++ ---
gratuito/oneroso		+ --- + ---	+ --- + ---	+ --- + ---
commutativo*/aleatorio		+ - + -	+ - + -	+ - + -

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18

*(subdivisión únicamente de los contratos onerosos)

De ello, Arnaud deriva las dos siguientes conclusiones: 1) El legislador podía haber seguido otro sistema. Es decir, en lugar (o además) de considerar algunos contratos específicos (venta, arrendamiento, etc.) que han sido regulados por su frecuencia, importancia económica, etc.,

podía haber regulado —al menos básicamente— los diversos tipos posibles que cubrirían la totalidad de las relaciones posibles. El legislador habría podido optar así por un sistema distinto en el que la interpretación y las decisiones de los jueces se acercarían al máximo a la certidumbre matemática, haciendo de esta manera posible el uso de computadoras. 2) La autonomía de la voluntad (la libertad) es un espejismo, no sólo desde el punto de vista social y económico, sino también desde el punto de vista lógico: sólo significa la posibilidad de elegir entre un número finito de clases de relaciones jurídicas.

Pero la postura de Arnaud en este punto incurre quizás en una cierta exageración. A su primera consideración cabría objetarle que la misma resulta francamente anacrónica si se considera que viene referida al Código ¡de 1804! Y, respecto de la segunda, si la libertad se considerase —como él parece hacerlo— como la posibilidad de elegir irrestrictamente, lo cierto es que nunca podría hablarse de libertad en el campo de las relaciones sociales, al menos mientras estas sean reguladas por normas.

Finalmente, el método estructural, el análisis de la estructura profunda del Código, de su estructura lógica, permitiría descubrir su significado económico, ideológico, psicológico o incluso antropológico. En este último sentido, Arnaud insiste en diversas ocasiones en considerar al Código como una solución a la angustia existencial, pero no del hombre sin más, sino del burgués. Como toda legislación —escribe (p. 111)— el Código civil es un monumento del miedo, pero el Código de un miedo muy particular: el del pequeño burgués que ha visto sus aspiraciones individualistas colmadas, y quiere precaverse contra el riesgo que corre de perder las ventajas adquiridas.

3.1. El segundo de los libros de Arnaud objeto de este comentario forma parte, como ya se ha dicho, de un conjunto más amplio al que da unidad la noción de "razón jurídica". La razón jurídica es lo que hace que un sistema jurídico se organice de manera coherente para realizar ciertos fines (p. 27) y se caracteriza por las notas de unidad, eficacia, exclusividad, dinamismo y especificidad.

Junto a ello, es preciso aclarar desde el principio que Arnaud distingue entre: *Derecho en sentido estricto* —el Derecho positivo—, y *sistemas jurídicos*, siendo precisamente la existencia de una razón jurídica lo que permite hablar de sistema. El Derecho no es más que uno de los sistemas jurídicos; aquel que —entre los varios posibles— ha sido puesto e impuesto por un autor investido de poder (p. 20). Pero también son sistemas jurídicos lo concebido o vivido como Derecho —que no siempre

coincide con el Derecho positivo— y a lo que Arnaud denomina —con una terminología tomada de Carbonnier— “infra-Derecho”.

La sociología jurídica aparece como el primer momento, el primer acercamiento a la razón jurídica. La sociología jurídica ofrece el medio de aprehensión más material de los sistemas jurídicos, en cuanto que se ocupa de la realidad cotidiana, de la vida del Derecho. De esta forma, el concepto de sociología del Derecho de Arnaud es sumamente amplio, lo cual resulta: por un lado, de un concepto muy amplio del Derecho ya examinado y, por otro lado, de un concepto no menos extenso de la sociología en donde parece tener cabida, por ejemplo, la psicología.

En líneas generales, el libro de Arnaud se articula en dos partes. En la primera, efectúa un análisis histórico de la sociología del Derecho y de su situación actual, con una especial referencia a Francia y países francófonos (Bélgica, Quebec). Entre muchas otras cosas, es interesante destacar cómo la sociología del Derecho actual (anteriormente, tanto Duguit como Hauriou estuvieron vinculados a la escuela francesa de sociología inaugurada por Durkheim) surge en Francia con Henri Lévy-Brul, es decir, a partir de la obra de un historiador (lo que no ha dejado de tener consecuencias), y su institucionalización universitaria data de 1959. Esta parte del libro es, en fin, una exposición completísima de la sociología del Derecho de ayer y de hoy, realmente imprescindible para quien se interese por estos temas. La documentación que maneja Arnaud —en donde no falta la literatura en lengua castellana— es verdaderamente inmensa y su exposición resulta sumamente clara —sirva como ejemplo de lo último la que hace de la ya clásica polémica Luhmann-Habermas (p. 171 y ss.).

3.2. Por lo que hace a la aportación más personal de Arnaud (segunda parte de su libro), su concepción de la sociología del Derecho está, naturalmente, en función del concepto de razón jurídica, de tal manera que lo que pretende construir es una sociología jurídica susceptible de reducir las distorsiones de la razón jurídica y en la que distingue tres sectores. El primero de ellos es el de las interacciones jurídicas, en cuyo ámbito se define el concepto de desviación jurídica (la causa de la desviación se encuentra precisamente en la distorsión de la razones jurídicas); se trata, por tanto, de una *sociología de la desviación*. El segundo será el de la creación de normas jurídicas como fruto de las luchas habidas entre razones jurídicas divergentes: *sociología de la creación de normas jurídicas*. Finalmente, el tercero viene constituido por el discurso jurídico en cuanto expresión de la razón jurídica a través de la ideología: *sociología de los discursos de la razón jurídica*.

3.2.1. El fenómeno jurídico puede entenderse y analizarse como un conjunto de interacciones entre individuos (y grupos) que ocupan diversos status y desarrollan diversos roles que se agrupan, a su vez, en instituciones. El conjunto de las interacciones jurídicas (una interacción se considera jurídica si interviene en un sistema jurídico) constituye un sistema dotado de una razón jurídica que, en relación con la razón del sistema de Derecho impuesto (positivo) de referencia, puede aparecer como conforme o divergente (desviación). Dicho de otra forma: de cada individuo se espera que, en el seno de su status, desarrolle un determinado rol; cuando se produce una disconformidad entre el rol esperado (en relación con la razón del sistema de Derecho impuesto) y el rol realizado (en relación con la razón de otro sistema jurídico) se habla de desviación, es decir, de comportamiento que se separa de una norma (la norma es el elemento que define los status y los roles). Dicho en forma quizás más precisa: la desviación jurídica es una simple hipótesis de falta de biyección en el interior de un sistema (un sistema es biyectivo si a cada expectativa corresponde uno y sólo un rol y a cada ejecución de rol corresponde una expectativa y sólo una).

Cabe hablar de diversos tipos de desviación jurídica en función del autor, del rol desempeñado, del tiempo, del lugar, de la manera como se desarrolle el rol o de los efectos de la desviación en el sistema. En este último sentido, la desviación aparece, en principio, como un peligro para la existencia del sistema jurídico en que se manifiesta, pero éste, a su vez, si quiere ser viable, debe ser capaz de secretar instituciones que puedan hacer frente a las desviaciones (no sólo la institución judicial, sino también, por ejemplo, la institución familiar o el propio divorcio). De esta forma, la desviación contribuye a hacer funcionar el sistema, a mantenerle bien aceitado, así como a la evolución del mismo.

En efecto, frente a la desviación, el sistema jurídico puede reaccionar esencialmente de dos maneras distintas: 1) Manteniendo la pauta (*retrait*) y rechazando tanto el rol desviado y el status a que se refiere, como los medios exteriores al sistema que se revelarían eficaces para acabar con la desviación. Es decir, cuando una interacción no se desarrolla según las normas establecidas, se busca dentro del sistema los medios para restablecerla y que pueden consistir: bien en un *refuerzo* del status o del rol respecto al que se ha manifestado la desviación; o bien (*contrainte*) en la utilización de la fuerza física (sanciones: penas, indemnizaciones, e tc.) o de la ideología. 2) Innovando el sistema, es decir, aceptando el comportamiento desviado. A su vez, la innovación puede ser de dos tipos: a) *radical*, cuando se aceptan también los medios externos al sistema (lo que puede traducirse bien en la supresión de una nor-

ma del sistema o bien en la creación de una nueva norma —ello significa, en realidad, pasar a un nuevo sector de la sociología jurídica— que se toma de otro sistema jurídico); o b) *integrativa*, cuando se rechazan aquellos medios que no sean los del propio sistema de referencia y que puede tener lugar extendiendo un status del Derecho impuesto al status que entra en conflicto con él o bien absorbiendo las situaciones exteriores al Derecho impuesto en los status basados en el Derecho impuesto⁽¹⁴⁾. En definitiva, la reacción del sistema a la desviación jurídica tiene un doble significado: hacia adentro asegura la autorregulación del sistema de Derecho; hacia afuera, funciona como un mecanismo de regulación social. Pero el Derecho funciona, sin embargo, como tal mecanismo de regulación social no sólo a través de la reacción a la desviación, sino también a través del establecimiento de normas jurídicas. Y, en todo caso, Arnaud también participa de las críticas que se dirigen al Derecho como sistema de control social: el control social realizado a través del Derecho —afirma Arnaud— no es tan eficaz como el control puramente ideológico (por ejemplo, a través de la religión) y, en parte, está siendo sustituido por el que se ejerce a través de la televisión o de la medicina.

3.2.2. En segundo lugar, la sociología jurídica aparece como una sociología de la creación de la norma jurídica: los status, roles e instituciones se definen —como hemos visto— en el marco de las normas. En este punto, hay que distinguir diversos momentos:

1) El momento anterior a la creación de la norma (*l'avant dire droit*) en el que se hace preciso explorar el infra-Derecho, es decir, lo que no constituye (aún) Derecho en sentido estricto, pero sí fenómeno jurídico en sentido amplio. Aquí, a su vez, debe distinguirse entre: a) lo concebido como Derecho, es decir, las imágenes, creencias, actitudes, representaciones —a nivel individual o colectivo— que pueden formar parte: a') bien de lo imaginado como Derecho (por ejemplo, la utopía comunitaria de los años 70), o a'') bien de lo pensado como Derecho (la doctrina jurídica —incluida la sociología del Derecho— en cuanto que no forma parte del Derecho impuesto, las concepciones de los magistrados que se convertirán en jurisprudencia, las concepciones de un legislador plasmadas en un proyecto que se convertirá en ley); b) lo vivido como Derecho, es decir, el conjunto de opiniones y comportamientos, en donde se

(14) La integración juega un papel tan importante en la supervivencia de los sistemas jurídicos que muchos sociólogos —Arnaud cita el caso de Bredemeier— ven en el Derecho un sistema de integración. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que Bredemeier considera el Derecho como un sistema de integración *respecto al entero sistema social*.

incluyen los usos, el folklore, las reglas jurídicas efectivamente vividas y las diversas prácticas (incluida la judicial). Lo que Arnaud denomina "sistemas jurídicos vulgares" forma parte de este orden de lo vivido como Derecho pero que todavía no se ha convertido en Derecho impuesto. En general, puede decirse que al orden de lo vivido como Derecho pertenece, en parte, el Derecho impuesto y, en parte, el infra-Derecho (lo que produce la desviación). Un caso extremo de desviación es el comportamiento revolucionario, es decir, cuando lo vivido como jurídico perteneciente al Derecho impuesto es el conjunto vacío. Cuando, por el contrario, el Derecho vivido coincide con el Derecho impuesto (el orden de lo vivido como Derecho que se inscribe en el infra-Derecho es el conjunto vacío) se hablará de conformismo. Finalmente, cuando lo concebido como Derecho no tiene impacto sobre lo vivido como Derecho, se hablará de utopía.

2) El momento de la creación de la norma (*le dire-droit*) en donde cabe distinguir, a su vez, dos fases: la de la deliberación, y la de la toma de decisión (como consecuencia de ello podrá hablarse también —tercera fase— de cambio jurídico). En la fase de deliberación pueden distinguirse tanto elementos objetivos (base económica y social, necesidades a satisfacer, etc.) como elementos subjetivos (intención del legislador, concepciones jurídicas personales del legislador, del juez, etc. —ver el cuadro de la p. 359). La toma de decisión (*le dire-droit* propiamente dicho) aparece como una elección estratégica e histórica entre las diversas posibilidades planteadas por la existencia de diversos *sistemas* jurídicos.

En cuanto al cambio jurídico, Arnaud considera que éste sólo existe verdaderamente cuando se produce un cambio en la estructura profunda. Por ejemplo, aunque el Derecho civil francés de 1980 no se parece en nada al de 1804, Arnaud no considera que haya habido realmente un cambio jurídico, en cuanto que la razón que anima al sistema es la misma. Pueden existir diversas causas del cambio jurídico, pero la necesidad del cambio viene determinada: cualitativamente, por la aparición de un modelo alternativo (animado por una razón jurídica distinta a la del sistema de Derecho impuesto) que encuentra una audiencia tal que su inscripción en el campo vulgar lo pone directamente en concurrencia con la norma de Derecho impuesto; cuantitativamente, la determinación del umbral del cambio puede hacerse midiendo (por ejemplo, mediante escalas) la importancia de la desviación, para ver si los comportamientos conformes son minoritarios, lo que plantearía la necesidad del cambio. Desde el punto de vista del sistema en que tiene lugar, el cambio jurídico (que puede ser: lento o rápido, lineal u oscilante, impuesto o

querido...) al evitar que se bloquee la interacción jurídica, asegura el buen desarrollo del juego. En cuanto a la relación cambio jurídico-cambio social, no hay necesariamente una correspondencia: ni el cambio jurídico significa siempre cambio social, ni este último repercute siempre sobre el Derecho. Finalmente, el cambio jurídico ocupa para Arnaud un lugar muy importante en la sociología jurídica, al menos por un par de razones: porque la mayor parte de las investigaciones de sociología del Derecho tienen como fin medir la eficacia o ineficacia de una legislación; y porque la materia del cambio jurídico permite restituir a la experimentación su lugar específico en el estudio del Derecho (una decisión de decir el Derecho es siempre una apuesta, y sólo una experimentación continua permite corregir eventuales errores).

3.2.3. En tercer lugar, la sociología del Derecho aparece como sociología del discurso de la razón jurídica. Trátese del Derecho impuesto o de sistemas de lo vivido o concebido como Derecho, siempre será posible delimitar un corpus discursivo. El concepto central aquí es el de ideología (la ideología también es un discurso racional, pues todos los sistemas jurídicos resultan animados por una razón jurídica). Según Arnaud, hay ideología cuando se produce una distorsión (que se trata, pues, de ocultar) entre la razón del sistema impuesto y la de un sistema vulgar emergente. De esta manera, Arnaud es categórico al afirmar que la ideología (tanto al nivel de la génesis de la regla del Derecho como al nivel de los efectos de la misma aparecen elementos ideológicos) está ligada al Derecho de manera indisoluble: el discurso del Derecho no es nunca más que una presentación ideologizada de lo que debe ser la interacción social (cfr. p. 406).

El estructuralismo aparece como un método importante precisamente en este tercer sector de la sociología del Derecho. Como ya hemos visto, un método de análisis estructural implica, en realidad, los siguientes pasos: 1) observación de la estructura redaccional del discurso jurídico; 2) desvelamiento de la estructura real, es decir, paso del sentido aparente a la búsqueda de una estructura no manifiesta; 3) propuesta de una significación de la estructura real del fenómeno estudiado en donde interviene el contexto: el medio social o económico, las incidencias psicológicas, el inconsciente, la ideología, etc.

3.3. En conclusión, la sociología del Derecho propuesta y desarrollada por Arnaud trata de ser una alternativa a la sociología del Derecho tal y como se practica comunmente. Sería una sociología con un *objeto propio* y amplísimo: el fenómeno jurídico en su totalidad (cfr. p. 431) (la superioridad del sociólogo jurista respecto al jurista tradicional

—según Arnaud— radica precisamente en que no estudia sólo el Derecho impuesto, sino también los sistemas simplemente jurídicos); con una *función crítica*: contribuir al cambio de la realidad jurídica participando en el trabajo dialéctico de la transformación social, mediante un análisis crítico permanente; y un *método científico*: la sociología jurídica es ciencia porque tiene un método para poder dirigir (y redirigir) permanentemente la línea de conducta de una sociedad que aún tenga necesidad de imperativos.

Este último es, me parece, uno de los puntos que podrían reprocharse a Arnaud: el no haber aclarado suficientemente en qué sentido la sociología jurídica que él propone es verdaderamente una ciencia. Y otro tanto cabría decir con respecto al concepto de razón jurídica que aparece en todo momento como el concepto central de su obra. Teniendo en cuenta que de ambos conceptos nos promete un desarrollo en las obras sucesivas de su trilogía, habrá que esperar a un momento posterior para comprobar hasta qué punto el reproche resulta o no justificado.

Lo que quizás quepa plantear ya ahora es lo adecuado o no de su concepto de Derecho, del nuevo pluralismo jurídico que viene a defender. Creo que aquí radica, por ejemplo, su crítica —no demasiado explícita— al positivismo jurídico que —según él— reduciría el Derecho al Derecho impuesto. Así entendido, el positivismo jurídico tiene, efectivamente, el peligro de dejar fuera de su campo de estudio cuestiones importantes. Pero la postura de Arnaud (es decir, la no aceptación del positivismo jurídico, considerado exclusivamente al nivel del concepto de Derecho) puede implicar, me parece, el peligro de juridizarlo todo, lo que podría tener, en última instancia, efectos contrarios a los deseados por el propio Arnaud. ¿No implica su concepción, en efecto, el riesgo de contribuir a difuminar una distinción (la distinción Derecho-moral) que tantos esfuerzos costó establecer a la teoría del Derecho de los últimos tiempos? ¿No caería mucho —o gran parte— del fenómeno que Arnaud llama infra-Derecho dentro de lo que los positivistas (o neopositivistas) como Hart han denominado moral social? ¿No podría, a partir de una concepción flexiblemente positivista del Derecho, encararse un tipo de análisis de la amplitud y sentido crítico del que propone Arnaud, pero en donde el pluralismo jurídico aparezca sustituido por un enfoque inter o multidisciplinar (jurídico y no jurídico, en definitiva)? ¿Y no estaría todo ello mas de acuerdo con el tipo de formación de la que hoy disponen los juristas, lo que significa —a fin de cuentas— una mayor probabilidad de que la propuesta no haya de caer en el vacío?

SOBRE UNA RECIENTE MONOGRAFIA DE DERECHO MERCANTIL (*)

FRANCISCO VICENT CHULIÁ
Catedrático de Derecho Mercantil

Soberbiamente presentado y prologado, respectivamente, por los profesores Garrigues y Girón, y en espléndida impresión, el libro del Prof. Jaime Zurita, hoy Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Palma de Mallorca fue resultado de largos años de estudio. Constituye un hito en una línea de investigación que si inició ya con una colaboración en los "Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues" (tomo II, 1971, págs. 509 ss) sobre la reglamentación francesa de las OPA, reciente entonces, se continúa ahora con el breve pero ciertamente profundo y agudamente crítico estudio hecho al régimen español de la OPA, contenido en el Real Decreto 1848/1980 de 5 de septiembre (BOE del 19), uno de los que han introducido la reforma del mercado de valores, (en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil", n° 4, 1982, págs. 751 ss).

Su profunda formación en el tema es la que le permite hacer una valoración crítica del Real Decreto (del que nuestro "Compendio Crítico de Derecho mercantil", Valencia, tomo 1, 1981, págs. 402-406, ofrece una exposición descriptiva).

La OPA de acciones u obligaciones convertibles en acciones tiene como objeto la adquisición del control de la sociedad cuyas acciones se postulan ("sociedad afectada") siendo los destinatarios de la oferta la masa de accionistas actuales, si bien se observa un creciente reconocimiento de la operación para fines más limitados. La noción de control, como "poder de disfrutar y disponer del patrimonio social como un auténtico propietario" (pág. 2) está en el centro del Derecho de Sociedades Anónimas, como Derecho de institucionalización de las grandes

(*) ZURITA, J. "La oferta pública de adquisición (OPA)" Bolsa de Madrid, Estudios Jurídicos, 1980, 523 págs.

empresas (como dice Girón en el Prólogo, pág. XIII). Este poder, reconocido en la hipótesis legal a la mayoría de cauzal, en la realidad surge de posiciones accionarias mucho más modestas, destacadas en las diversas tipologías del control (Berle-Means, Berle, jr. Weinberg, Champaud, etc.). Lo que acentúa sobremanera la pérdida de legitimidad de un "poder sin propiedad" (Berle, jr.) que condiciona la reforma neocapitalista de la Sociedad Anónima en todos los Estados, encaminada a proteger los diversos intereses en presencia —accionistas minoritarios, inversores, trabajadores, etc.— frente a los "accionistas de control" y los administradores que aquellos designan. De ahí también el importante valor económico que posee el control mismo, como objeto de tráfico.

Zurita, por ello, tras definir la noción de control (pág. 1 y ss) describe las diversas modalidades que reviste su "tráfico jurídico": el "ramassage" o compra paulatina de acciones en Bolsa, la cesión de control y las OPA (pág. 14 ss.). La transmisión del poder de control en la sociedad afecta a muy diversos intereses: a quien pretende adquirirlo u oferente de la OPA; a quien lo ostenta, que aspirará a obtener para sí la "prima" o sobreprecio de las acciones que conllevan u otorgan el control, por sí mismas o añadidas a las que ya poseía el oferente; los accionistas minoritarios, interesados en participar en dicha prima y en evitar las consecuencias perjudiciales del cambio de titular del control; y los trabajadores de la sociedad afectada que, ante este hecho, pueden ver burladas las normas que les protegen en caso de "cesión de empresa". Apuntemos que Zurita aquí, apartándose de doctrina comparada (que cita en pág. 13 y nota 29) rechaza con argumentos jurídico-formales la asimilación a aquella (pág. 57-58); pero consideramos muy discutible que esta operación no constituya, al menos, una "modificación del "status" jurídico de la empresa" que "suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo" (a los efectos del preceptivo informe del art. 64.14 del Estatuto de los trabajadores), si tomamos este término en su significado más amplio; y que a pesar de las distinciones formales en ningún caso habíamos de admitir lo que pueda constituir fraude de ley (art. 6-4 C. civil).

La OPA se ha revelado un procedimiento que sirve para proteger los diversos intereses en presencia, ya que va dirigida en condiciones de igualdad a todos los accionistas de la sociedad afectada, quienes de este modo participan por igual en la "prima de control"; es susceptible de ofertas en competencia por otros oferentes, mejorando las condiciones (pág. 16 y ss.); y permite adquirir el control aun contra la voluntad de quien lo ostenta (OPA "agresiva") salvo que éste posea la mayoría de las acciones. No obstante, por vía jurisprudencial y legal la cesión de

control ha ido siendo institucionalizada, aproximándola o convirtiéndola en OPA, en protección del principio de igualdad de oportunidades de venta de los accionistas de la sociedad afectada, tal como demuestra el autor en su espléndido estudio comparatístico (pág. 22 y ss.) y constructivo (pág. 52-90) de la cesión de control. “Mientras en Estados Unidos —dice— la crítica a la cesión de control (es decir, la realizada sin dar participación a los demás accionistas en la prima de control) se hace apoyándose en el Derecho de sociedades, concretamente en la existencia de un deber fiduciario de los administradores y accionistas mayoritarios frente a los minoritarios, en Europa, la crítica se ha hecho tratando la cuestión desde la perspectiva del mercado de valores” (pág. 49); si bien estima que los argumentos en favor de la igualdad de trato no pueden basarse en el Derecho de sociedades (pág. 53). En la segunda perspectiva es de especial interés la definición del marco institucional en que ha de desarrollarse la OPA, como operación bursátil o extrabursátil (ésta, la cesión directa entre transmitente y el oferente de la OPA), siendo aleccionadora la evolución de los Derechos francés y belga (pág. 106 y ss.). Frente a la situación legal en estos dos países el autor afirma la insuficiencia de las propuestas del Informe de la Comisión Española para el Estudio del Mercado de Valores, en atención a que el artículo 74 del Código de Comercio, permite la venta directa de valores mobiliarios sin intermediación de Mediador Colegiado (págs. 119-124) siendo distinta, como se sabe, su necesaria intervención como fedatario público, junto con los Notarios y Agentes consulares, a los efectos de la validez de la transmisión. De lo que se deduce la imposibilidad de regular por vía de Real Decreto las OPA extrabursálites, aunque en la mayoría de los casos se referirán a valores admitidos a cotización en Bolsa y la amenaza de su exclusión puede ser muy persuasiva.

Los esfuerzos por hallar una normativa satisfactoria a nivel de la CEE (a partir del Proyecto de Directriz redactado por el inglés Pennington, y muy influido por la regulación inglesa) y de España, en un momento en que aún no se había promulgado el Real Decreto 1848/1980, llevan al autor a hacer un estudio del Derecho comparado, que ofrece gran variedad, en atención a las peculiaridades del mercado de valores de cada Estado (pág. 125 y ss.).

Destaca *Inglaterra*, donde las “take over bids” o pujas por el control estimuladas por la inflación en los años cincuenta, que hacía muy codiciables los activos, infravalorados, de muchas sociedades, han sido objeto de autorregulación por la “City”, conjunto institucional en el que destacan los “Merchant Banks” como “Exempted Dealers” o mediadores no oficiales en el mercado de valores y la Bolsa, que es tam-

bién un negocio privado (págs. 134 y ss.). La autorregulación corre a cargo del "Panel on take-over and mergers", comité integrado por los diversos sectores interesados y que hoy forma parte del "Council for the Securities Industries" creado en 1978 a iniciativa del Banco de Inglaterra a imagen de la "Securities Exchange Commission" de los EEUU, pero de carácter privado. Y se aplican las "Notes on Amagagements of British Business", cuya edición de 1976 contiene 14 principios generales, 39 reglas y unas notas prácticas, y regulan cualquier toma de control, pero principalmente la OPA; y las Normas o "Rules" de la Federación de Bolsas de Gran Bretaña e Irlanda, revisadas en 1973, que destinan el Capítulo V a las OPA. Junto a esta regulación, el Gobierno y el parlamento se han negado siempre a intervenir legislativamente en los asuntos de la "City", tan sólo son aplicables algunas normas de la "Prevention of Fraude Act" de 1958 y las "Licensed Dealers Rules" de 1960, con un ámbito de aplicación muy reducido y encaminadas fundamentalmente a procurar una buena información.

En *Francia* fue la finalidad de animar el mercado bursátil la que motivó en 1966 un acuerdo entre el Ministerio de Finanzas y la Cámara Sindical de la Compañía de Agentes de Cambio regulando sólo las ofertas de compra que persiguieran el control. La OPA hecha por BSN a los accionistas de "Saint-Gobain" para permuta por obligaciones convertibles de la primera y la creación en 1967 de la "Commission des Operations en Bourse" determinaron la nueva Reglamentación de 1970, modificada en 1978. Desde 1973 el control ha de adquirirse obligatoriamente mediante OPA o con el compromiso de adquirir todas las acciones en las mismas condiciones; y se permite la OPA con tal de que el oferente obtenga el 15% del capital de la sociedad afectada (después de 1978, basta el 10 y hasta el 5%: "OPA de placement"). En 1978 se crea un Comité de Vigilancia de las OPA y la necesidad de examinar si conducen a concentración de empresas regulada en la Ley de 19 julio 1977 o requieren autorización administrativa por constituir inversión extranjera.

En *Bélgica*, las OPA están sometidas al control de la Comisión Bancaria, con una asimilación algo extraña a las "solicitudes públicas de ahorro" en el art. 22-2 de la Ley de 10 de junio de 1964, y no tienen el carácter de operación bursátil, aunque las autoridades de la Bolsa deberán procurar el buen funcionamiento de ésta durante la OPA. En *Holanda*, la OPA está regulada por las Reglas del Consejo Económico y Social de 21 de noviembre de 1975 que obligan a informar al Ministerio de Finanzas y a los administradores de la sociedad afectada y a las organizaciones sindicales de sus trabajadores reuniéndose con éstas para examinar las consecuencias de la OPA sobre las empresas. En *Italia*, co-

mo consecuencia de la escandalosa OPA dirigida a los accionistas de "Bastogi" el Comité Directivo de los Agentes de Cambio y Bolsa de Milán promulgó un Código de buena conducta. De manera algo anormal el art. 18-1 de la Ley de 7 junio 1974, al convertir un Decreto Ley que no contemplaba las OPA, obliga a comunicarlas a la CONSOB, bajo sanción de multa. Diversos proyectos de ley intentan dar una mayor intervención pública.

En el ámbito de la CEE el Proyecto preliminar de Directriz de armonización legislativa sobre las OPA, atribuido a Pennington (junto con su Informe previo) consta de 25 artículos y se inspira en el Código de la City de 1972.

Por último, en los *Estados Unidos*, la Williams Act de 29 julio de 1968, modificada el 22 diciembre 1980, completada por las disposiciones de la SEC, exige una adecuada información e impide presiones en la aceptación irreflexiva, con el mantenimiento riguroso del principio de igualdad (pág. 184). Existen además leyes en muchos de los Estados, aunque declaradas inconstitucionales por ir contra la citada Ley Federal (pág. 186), y las disposiciones de las Bolsas.

El Capítulo III estudia el concepto, clases y naturaleza jurídica de la OPA y de los contratos celebrados como consecuencia de ella, materia que el autor considera más importante que cualquier otro aspecto de la OPA (pág. 187). De las *tres notas definitorias*, la publicidad, la generalidad y la finalidad de adquirir o reforzar el control, destaca como esencial la primera, que viene precisada en todas las legislaciones, siendo la generalidad consecuencia del principio de igualdad de trato. Lo esencial es que son realizadas fuera de las sesiones de Bolsa.

En punto a *clasificación por su finalidad*, se distinguen tres clases: de control, de reforzamiento del mismo y de adquisición de pequeños paquetes de acciones (pág. 205 ss.). En Inglaterra y Bélgica hasta 1976 se exigía que la OPA tuviese por finalidad la adquisición del control; en Italia y Francia se admiten con tal de que pretendan un 10% del capital; en otros países se permiten cualquiera que sea su finalidad, aunque se regulan sólo las que persiguen el control. *Según la contrapartida ofrecida*, se distingue según que sea de dinero o de compra; de títulos o permuta; o bien ambos, alternativa o conjuntamente. *Según la posición de los administradores de la sociedad afectada* se distingue entre OPA acordadas, sin oposición y con oposición.

La OPA simple es una verdadera oferta de contrato (pág. 223-225)

aunque a veces en la práctica se usa para que se hagan ofertas, apareciendo como “*invitatio ad offerendum*”; otras veces se presenta como OPA bajo condición de alcanzar un determinado número de títulos (pág. 230 ss), o de que se acepte respecto a un número mínimo de acciones, reservándose el oferente la facultad de adquirirlas aunque no se alcance dicho mínimo (pág. 223 ss); o con fijación de un número máximo de acciones, las suficientes para adquirir el control, y en caso de exceso en las aceptaciones se procederá a prorrateo (pág. 241); otras veces se ofrecen títulos a emitir, lo que obliga a estudiar la naturaleza del “contrato de emisión” de acciones y obligaciones, y, la naturaleza de la OPA que en tal caso aparece sometida a la “*conditio iuris*” de que la Junta General acuerde la ampliación de capital o emisión de obligaciones, lo que hace Zurita con gran minuciosidad (pág. 243 ss). Zurita estima que la OPA constituye una oferta *al público*, pues no se dirige a personas determinadas, de ahí que se considere válida la aceptación de cualquier accionista, aunque no haya recibido la circular (si se publica por esta vía y no en la prensa); es una oferta *irrevocable* y de *múltiples contratos* (pág. 258-262).

Como consecuencia de la OPA se perfeccionarán contratos de compraventa o permuta de acciones, las cuales tendrán o no el carácter de “bursátiles” según la noción de bursatilidad de que se parta (pag. 263 ss.) siendo su requisito esencial, en opinión de Zurita, que sigue a Sánchez Calero, que sean concertados por Agentes de Cambio y Bolsa y en calidad de comisionistas, al menos según el Derecho vigente, pues más correcto sería exigir que se realizaran en Bolsa y sobre valores de cotización oficial (como entiende Verdera). En cuanto a las ventas extrabursátiles, serán o no mercantiles atendiendo a los artículos 325 y 326 del C. de Comercio, aunque Zurita, dando fe de escuela una vez más, se una a la doctrina mercantilista que, erróneamente, ha atribuido carácter mercantil a la reventa sin ánimo de revender por parte del comprador, siempre que siga a una previa compra para revender, y que hoy ya no pueda afirmarse, ni mucho menos que sea “en general, toda la doctrina española” (pág. 268-269). Por último, las OPA se ejecutarán mediante operaciones al contado o, si están sometidas a la condición de aceptación por un número mínimo de accionistas, serán “operaciones condicionales” en el sentido del art. 76 C. de Co. es decir, en sentido propio y, por tanto, no operaciones a plazo, que siguen prohibidas por la Ley de 23 febrero de 1940 (pág. 269 y ss.).

El capítulo IV estudia el “*iter contractual de la OPA*” que plantea numerosos problemas jurídicos en cada una de sus fases. Así, cuando el oferente es una S.A., la capacidad de obrar de las sociedades en nuestro

Derecho (pág. 278 ss.), los límites que pone el objeto social a la adquisición de una participación de control, examinando el autor la doctrina con una notable inclinación a ampliar los actos incluidos en el objeto y la misma noción de “ampliación de operaciones sociales” frente a la de cambio de objeto (pág. 284-293).

En cuanto al *control inicial de la OPA por los organismos públicos* clasifica los siguientes sistemas: 1º) *El sistema de libertad absoluta*, donde no se impide la sorpresa ni la agresividad de la OPA, exigiendo sólo una detallada información al oferente, propio de los EEUU, para las OPA de compra, y de Canadá; 2º) *El sistema de libertad, con previa comunicación a los administradores de la sociedad afectada*, que intenta que los accionistas de ésta tomen la decisión con conocimiento de causa, bien en atención a la marcha de la sociedad (legislación de Australia y Nueva Zelanda) o del mercado de valores (Inglaterra) para lo cual los administradores de la afectada comunican el anuncio de la OPA a sus accionistas y al público en general cuando son acciones cotizadas en Bolsa. A este sistema pertenece el Proyecto preliminar de Directriz de la CEE. 3º) *El sistema de examen previo de la regularidad formal de la OPA*, propio de Bélgica y de las OP de canje en los EEUU, a cargo de la Comisión Bancaria y de la SEC, respectivamente; y en Italia, a cargo de la CONSOB, más el especial control previo establecido en la Bolsa de Milán. 4º) *Sistema de examen previo de la regularidad formal y de la conveniencia económica de la OPA*, propio de la legislación francesa, que el autor analiza en detalle por su proximidad a España (pág. 305-309), y de los Proyectos de Ley italianos. La Cámara Sindical de la Compañía de Agentes de Cambio en Francia valora el proyecto de OPA para informar al Ministerio de Finanzas, que la autoriza o no discrecionalmente, ejerciendo un verdadero derecho de veto, que ha sido valorado controvertidamente por la doctrina, pero que se justifica porque se le confía la defensa de los intereses generales de la economía, misión eminentemente política (Zurita, pág. 308) 5º) *Sistema holandés*, que se caracteriza porque, aun antes de formulada la OPA, se informa a los sindicatos de la sociedad oferente y de la afectada realizando reuniones con ellos, “son —dice el autor— unas normas de gran trascendencia” aunque no se le reconozca un derecho de oposición. Además, también debe comunicarse la OPA antes de su formulación al Ministerio de Finanzas, que puede pedir información sobre ella.

El autor extrae unas orientaciones para el Derecho español que en aquel momento no establecía ningún tipo de control sobre la OPA. Como consecuencia de ella junto a la cotización oficial del parquet se fija otro precio distinto entre oferente y destinatarios que distorsiona

aquella. Pero en muchos casos las Opa en España determinaban la suspensión de la cotización del valor en cuestión, precisamente lo que viene prohibido en todas las legislaciones. Además, la posibilidad que ofrece el art. 74 C. de co. de hacer ofertas sin que las formule un mediador oficial permite que la hagan personas insolventes, con perjuicio para el mercado de valores. Por ello piensa el autor que por lo menos hasta que el mercado se habitúe a este tipo de operaciones debe haber una intervención previa a la formulación de la OPA de valores de cotización oficial, similar a la francesa, a cargo de la Junta Sindical de la Bolsa correspondiente, si bien el examen debería ser meramente formal y no sobre la conveniencia del precio ofrecido. Esta intervención no sería necesaria en OPA sobre valores no cotizados; los cuales bastaría con que siguieran la normativa aplicada en general en protección del principio de igualdad de trato, información de los accionistas, comportamiento de los consejeros, etc. Disiente de Rodríguez Sastre en el sentido de que no considera necesaria la autorización del M. de Hacienda o de Economía, ya que la protección de los intereses nacionales corresponderá a los controles en materia de prácticas restrictivas de la competencia, inversiones extranjeras, etc., en atención al resultado: el cambio de control. Y tampoco considera necesaria la comunicación a los administradores ni a los trabajadores de la sociedad afectada por no tratarse de una operación de carácter corporativo, sino sólo realizada entre accionistas.

La publicidad de la oferta es punto de gran interés que unas veces se logra mediante circulares, si se conoce la dirección de los accionistas en las acciones nominativas, pero otras ha de lograrse a través de anuncios en el boletín de Cotización Oficial, o en la prensa, lo que es de aplicación a España. Otro aspecto importante es la necesidad de que la OPA esté vigente durante un plazo, sin poder ser revocada, y la legislación debe señalar el plazo necesario para una ponderada decisión (pág. 320-329). La aceptación de la OPA plantea también diversos problemas pues es necesario recoger las diversas aceptaciones y controlar el resultado final, lo que aconseja hacer de ella una "operación de Junta" de manera que aquella ante la que se presentara designara un Agente a quien debieran presentarse por los demás las aceptaciones de sus clientes. Por último, en este capítulo se estudian las diversas incidencias que pueden modificar las relaciones contractuales, como la mejora de la OPA por el mismo oferente (pág. 336 ss.) y la formulación de una OPA competidora (pag. 341 ss.) a la que se suelen exigir unos requisitos mínimos y que produce la nulidad (Francia) o bien la revocabilidad (Italia) de las aceptaciones de la anterior OPA y la facultad del autor de ésta de retirarla o mejorarla. Zurita entiende que los efectos legales establecidos en Francia e Italia sobre las anteriores aceptaciones están injustificados (pág.

346-347), lo que es cierto en buena dogmática jurídica pero hemos de reconocer que se establecen para lograr la máxima y, sobre todo, la igual retribución de los accionistas destinatarios.

Por último, es obligado estudiar el tratamiento de las consecuencias del cambio de control en las sociedades afectada y oferente (pág. 347-352). Vemos cómo en algunas normativas se concede *el derecho* a adquirir el resto de las acciones si se ha alcanzado determinado porcentaje (el 90% en Inglaterra) o bien la obligación de hacerlo (Código de Milán) y el correlativo de los accionistas que no aceptaron la oferta a hacerlo, para no quedar encerrados en la sociedad tras el cambio de control. Por el contrario, en Francia se obliga al oferente o bien a adquirir todas las acciones que se le ofrezcan durante 15 sesiones, o, caso de haber limitado el número máximo de ellas que desea adquirir, a una reducción proporcional entre todos los aceptantes anteriores; claro que con esta segunda solución quedarán accionistas externos que quieren desprenderse de sus títulos, por lo que hubiera sido mejor suprimir el derecho a limitar el número de acciones (pág. 350-351). Concluye el autor “la necesaria regulación de los grupos para nuestro país, en la que podría encuadrarse la OPA” (pág. 352).

El capítulo V está dedicado al tema de la información a los accionistas y al público en la OPA, que se presenta como una exigencia específica y fundamental que refuerza el generalizado deber de información que pesa sobre la sociedad anónima actual, sobre todo la que cotiza sus acciones en Bolsa o que acude al ahorro público. Todas las regulaciones de la OPA garantizan la información de los destinatarios para que puedan decidir con conocimiento de causa, a cargo tanto del oferente, en cuanto a sus datos jurídicos y económicos y planes futuros, como de los propios administradores de la sociedad afectada (pág. 358-367). El contenido de la información del oferente comprende tres bloques: identidad, recursos para cumplir la OPA y planes en relación con la sociedad afectada; relaciones entre las sociedades oferente y afectada, y entre sus consejeros; y datos sobre la sociedad afectada y sobre el precio de adquisición de sus títulos (pág. 367-383). Por su parte, los administradores de la afectada deben informar sobre las consecuencias que para ella puede tener la OPA.

El resto del capítulo estudia diversos problemas relacionados con el deber de información en la OPA, tales como destinatarios y publicidad, garantías y trascendencia contractual del deber de información y naturaleza jurídica del mismo, que no es contractual (pág. 414), con las responsabilidades civiles y penales por defecto de información. Las OPA

habidas en España han demostrado una tendencia a no informar sobre los planes futuros del oferente y a veces ni siquiera sobre su identidad; y tampoco la sociedad afectada ni sus administradores se han pronunciado sobre las circunstancias y consecuencias de la OPA, o lo han hecho de forma inexpresiva. Y después de repasar el régimen legal del derecho de información del accionista, y del deber de información de las sociedades cotizadas en Bolsa, concluye que la información que reciben los accionistas y el público inversor "no es demasiado amplia ni está a la altura de lo que se exige en otros países, y que además no existe ninguna norma que expresamente regule la información en materia de OPA" por lo que postula remediar esta situación y, entre tanto adoptar diversas cautelas (págs. 423-424).

El capítulo VI y último de la obra estudia la posición y responsabilidad de los administradores de las sociedades oferentes y afectada en relación con la OPA, añadiendo la perspectiva del Derecho de sociedades a la perspectiva contractual (Cap. IV) y a la perspectiva del mercado de valores (cap. V). Aquí los administradores pueden incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones genéricas en el cargo (pág. 427 ss.) y, en especial, ante los diversos conflictos de interés en que puede situarlos la OPA, que el Derecho comparado regula con normas genéricas sobre el "insider trading" o negociación de valores por las personas que poseen información confidencial (pág. 435 y ss.), o bien con normas específicas sobre la OPA.

La prohibición del "insider trading" es extraordinariamente necesaria. En Derecho Comparado aparece con variedad de matices. En los *Estados Unidos*, donde una vez más aparece en primer plano el carácter fiduciario de la relación entre los administradores ("directors") y altos empleados ("officers") con su sociedad y los accionistas, reconociendo en el "Common law", de modo que toda ventaja en la negociación de sus acciones deben aportarla a la sociedad, fue la Securities Exchange Act de 1934 la que reguló el deber de comunicar a la SEC y a la Bolsa las acciones poseídas por los "insiders" y la posibilidad de poder exigirles las plusvalías obtenidas en la negociación de acciones, considerando la jurisprudencia fraudulenta por presuntamente inmorales las transacciones con terceros, frente a los cuales los "insiders" aparecen en posición desigual. En *Inglaterra*, después de algunos titubeos, lo regula la Ley de sociedades de 1980, aunque sancionando sólo como delito el abuso de información confidencial; junto a ella tiene mayor importancia práctica la autorregulación, con el "Model Code for Securities Transactions by Directors of Listed Companies" y el "City Code on Take-overs and Mergers" aunque existe la convicción de la propia City,

de que es necesario criminalizar el "insider trading". Frente a estas experiencias son también significativas, como polos opuestos, la de *Francia*, donde la Ley de 1970 impone severas sanciones penales, pero no protege con ello a las víctimas de estas conductas, al carecer de sanciones civiles; y la de *Alemania occidental*, donde las "Reglas de comportamiento" de 1970, autorreguladoras, tampoco han resultado satisfactorias. En el Derecho Comunitario se regula la materia en el "Código Europeo de Buena Conducta" y en los Proyectos de Estatuto de Sociedad Europea y Preliminar sobre la OPA. El problema requiere en *España* una urgente regulación, ya que los administradores no contraen ninguna responsabilidad por comprar o vender acciones de su sociedad, y, en relación con terceros, no soportan el deber de informar y resulta discutible que si se benefician en la operación incurran en enriquecimiento injusto, o que el tercero incurra en error o sea víctima de dolo; y porque, siendo los aumentos de capital la fuente principal de beneficios en nuestras sociedades, existe un problema de abuso en la información confidencial, que requiere una corrección, la cual no puede venir de una forma de carácter ético como la propuesta en el Informe de la Comisión para el Estudio del Mercado de Valores (pág. 465-469).

En relación con la posición de los administradores de la sociedad afectada ante la OP, el autor repasa las posibles medidas encaminadas a evitar la formulación de la OPA (pág. 471 ss.) o para evitar el éxito de la ya formulada (pág. 473 ss.); aunque también pueden inclinarse por una actitud favorable a la OPA (pág. 477 ss.). El autor estudia el tratamiento de todas estas actitudes en el Derecho comparado (pags. 479-487) y la situación en el Derecho español vigente en 1980 (págs. 487-492). El capítulo concluye con el estudio de la responsabilidad de los administradores de la sociedad oferente, según aparece regulada en Derecho Comparado (pág. 492 y ss.) y en Derecho español a la sazón vigente, concluyendo que tampoco contenía soluciones adecuadas (pág. 497-498).

Con este bagaje de conocimientos sobre la rica casuística de las OPA, situadas en el quicio de la nueva disciplina en formación, el "Derecho de mercado de valores", a caballo entre el Derecho contractual general, bursátil y de Sociedades, el autor ha podido hacer una valoración del Real Decreto 1848/1980, regulador de la OPA en España, en los siguientes términos: 1º El R.D. sigue un método equivocado, al someter a su régimen la OPA sólo cuando persigue el objetivo de adquirir o incrementar el control (quedaría fuera, por ej. la que sólo aspirase a obtener el 24% del capital de una gran sociedad bancaria o financiera), cuando debía ser la misma formulación de una OPA, que generalmente se aparta del precio de cotización en Bolsa, la que determinara su aplica-

ción; e incluso deberían prohibirse las que no alcancen un determinado porcentaje mínimo, que es el que puede justificarlas. 2º) El RD no somete a obligación de realizar OPA "a posteriori" a quien ha adquirido el control de una sociedad, por contrato de cesión de control o por recogida de acciones, con lo que queda sin protección el interés de los accionistas a una igualdad de trato. 3º) Ordena la suspensión de la cotización de los valores afectados por la OPA, contradiciendo la finalidad de estas disposiciones de mantener la normalidad del mercado ("Rev. Der. Bancario y Bursátil", nº 4, en especial, pág. 760). Conviene tener en cuenta estas observaciones del Profesor Zurita en orden a mejorar la regulación de las OPA contenida en el Real Decreto 1848/1980.

Eliás Díaz, *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Ed. Mezquita (Serie Política, 4) Madrid, 1982, 253 págs.

En este volumen Eliás Díaz ha reunido seis trabajos (publicados ya por separado en diferentes revistas entre 1976 y 1981) que, si bien no constituyen un conjunto enteramente unitario, sí permiten al lector, dada la pluralidad temática ("de la Institución a la Constitución") fijar las líneas fundamentales del pensamiento político del autor, que es, sin duda, una de las figuras intelectuales de la izquierda española. Situado en la cúpula del pensamiento socialista actual, cabe resaltar aquí, antes de entrar en el contenido del libro, su importante contribución teórica en la configuración del Estado democrático de Derecho, como forma jurídico-política de transición a un modo de producción socialista; así como digna de significación es, también, su tenaz defensa, nada dogmática, del socialismo democrático, del que ha sabido poner de manifiesto su dimensión ética pues la conquista de la libertad y la igualdad real de todos (componentes esenciales de la idea de justicia) requiere la superación del modo capitalista de producción, que "por necesidad mecánica de su propio funcionamiento interno" es incompatible con el desarrollo de aquéllas.

El libro arranca con dos ensayos sobre la Institución Libre de Enseñanza. En el primero, además de analizar sus presupuestos ideológicos y filosóficos, se detiene en las relaciones, no tanto genéricas o teóricas como personales, entre institucionistas y socialistas, con una especial mención de Fernando de los Ríos. El segundo de estos trabajos sobre la Institución hace referencia al tratamiento de que ésta fue objeto durante los difíciles años de posguerra. El autor centra su atención, no en la represión sufrida por los institucionistas en ese período, sino en las acusaciones de todo tipo a que la literatura del "nacional-catolicismo" los sometió. En él se recoge un extenso glosario, debidamente documentado, del conjunto de despropósitos e invectivas que se lanzaron contra los llamados —en tono despectivo— "intelectuales". Estos, bajo la acusación machaconamente repetida de antiespañoles y odiadores de Dios y de la Iglesia, aparecerán, nos dice el autor, como "los principales culpables y, en consecuencia, los máximos responsables no sólo de la guerra civil en sí misma, sino también de todos los desmanes, arbitrariedades, crímenes y atropellos que durante ella, y a consecuencia de ella, pudieron producirse" (pag. 43).

En los tres capítulos siguientes Elías Díaz trata con soltura una pluralidad de temas relacionados con el Partido Socialista Obrero Español. En efecto, desde una postura crítica y constructiva, además de trazar un esbozo de historia del socialismo español, intenta encontrar lo que podrían ser sus "Señas de identidad", o lo que es lo mismo: se lanza a la búsqueda de los principios teóricos y políticos que de una manera flexible podrían definir el pasado y el presente del P.S.O.E. Dos cuestiones, por encima de las demás, merecen una atención especial: por un lado, en el plano ideológico general, las relaciones entre el P.S.O.E. y el marxismo; por otro, en el plano político, su caracterización como un partido socialista democrático.

En relación a la primera cuestión, Elías Díaz nos advierte sobre la necesidad de un debate en profundidad, ya que la clarificación es vital para evitar la pérdida de sentido de los términos que componen las definiciones ideológicas de los partidos de izquierdas. No cabe duda que, en la medida en que este debate no se lleve a cabo, la desconexión entre teoría y praxis, perjudicial en cualquier caso, será inevitable. Así, la necesaria relación dialéctica, entre los dos niveles (teórico y práctico) requiere afrontar con espíritu crítico y rigor científico un debate sobre el significado de la filosofía y la metodología marxista, sobre su carácter científico y sobre sus relaciones con la práctica política. A ello contribuye Elías Díaz con el esfuerzo de clarificación que suponen las páginas de este libro.

En este sentido, dedica el capítulo V al análisis del XXVIII Congreso del P.S.O.E. celebrado en mayo de 1979, en el que apareció, al menos formalmente, la cuestión de la definición marxista del partido como núcleo central de los debates y polémicas que allí se suscitaron. Sería un error plantear la cuestión en los mismos términos en que llegó a la calle: como una lucha entre una definición marxista frente a otra social demócrata reformista. En realidad la discusión se centró entre un socialismo definido de modo excluyente como marxista y un socialismo "de plural inspiración ideológica, marxista y no marxista". Lo que ocurrió allí, nos dirá Elías Díaz, fue una absoluta confusión entre los diferentes niveles de discusión ("líneas teórica, estrategia política y reestructuración interna del poder") pues, entre otras cosas, el grupo discrepante "radical" utilizó a Marx como pretexto para realizar una legítima —aunque desenfocada— crítica a la gestión de la Ejecutiva saliente, con vistas a forzar una Ejecutiva de "síntesis", sin que en ningún momento supusieran una alternativa real a la línea que durante estos últimos años ha llevado el partido.

La conclusión a que llega Elías Díaz, después de analizar diferentes momentos del socialismo español, es que en él han convivido —con más o menos tensiones a lo largo de sus cien años de historia— una corriente marxista y otra no marxista, o de "marxismo dudoso", lo que de alguna manera pone de manifiesto el carácter abierto y flexible del socialismo español.

La segunda cuestión a resaltar es la configuración del P.S.O.E. en el plano político-práctico como un partido que debe ser calificado de socialista democrático, en el que la democracia no ha aparecido nunca un simple medio, sino como

un fin que, además de tener sentido en sí mismo, se ha presentado como consustancial e inseparable del ideal socialista. El socialismo sin democracia no es socialismo; y la democracia sin socialismo es insuficiente y limitada.

Prosiguiendo en la búsqueda de esas "señas de identidad" a las que antes aludíamos, el autor observa que en el P.S.O.E. ha prevalecido de manera general esta línea de socialismo democrático, frente a dos "deformaciones" a las que se halla siempre "expuesto": las interpretaciones leninistas de Marx y los totalitarismos stalinistas o los reformismos "social-democráticos" (unos, por negadores de las libertades y el pluralismo; y otros, por centrarse exclusivamente en las mejores de las condiciones de vida, perdiendo de vista los objetivos finales del socialismo e, incluso, el sentido mismo de la historia, al considerar de alguna manera insuperable y permanente el modo de producción capitalista).

En el capítulo VI del libro, bajo el título de "El Estado democrático de Derecho en la Constitución de 1978" recoge un ensayo destinado a demostrar, entre otras cosas, que si en España no se hace una política de izquierdas claramente socialista no será por culpa o deficiencia de la Constitución. Así, entabla polémica tanto con aquellos que desde una posición conservadora e interesada opinan que la Constitución ha consolidado plenamente un modelo económico capitalista, como con aquellos izquierdistas escépticos hacia las posibilidades de desarrollo progresista y socialista de la misma. Existe, nos dirá, determinada tendencia a otorgar un valor absoluto a artículos tales como el 33,1 (derecho a la propiedad privada y a la herencia) el 38 (libertad de empresa y libertad y mercado) o el propio artículo 37,2 (derecho de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo) que, cierto es, configuran un modelo económico vinculado directamente con un modo de producción capitalista. Pero Elías Díaz hace hincapié en la posibilidad de dar cabida en la Constitución al Estado democrático de Derecho, pues existen en la misma otra serie de artículos de igual valor normativo y de una orientación claramente socialista.

Así, tras configurar teóricamente el Estado democrático de Derecho como forma jurídico-política ligada a una organización social flexiblemente socialista, superador del actual Estado social de Derecho, con el que se da una relación de continuidad histórica (del Estado real al Estado posible), Elías Díaz realiza un análisis exhaustivo de aquellas normas de la Constitución que pueden servir de "resortes reales" para la construcción de esta utopía en la que confluyen el socialismo democrático y el Estado democrático de Derecho.

Por último, sólo resta decir, aunque no suponga ninguna novedad, que leer a Elías Díaz, sea cual sea la posición ideológica del lector, es recibir una extraordinaria lección de compromiso y rigor crítico. Cualidades estas que reclaman para sí, como única recompensa, el debate y la polémica.

Josep Aguiló Regla

LUIS MARIA CAZORLA PRIETO, *Poder Tributario y Estado Contemporáneo*, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1982, 313 págs.

Bajo el sugestivo y ambicioso título de *Poder tributario y Estado contemporáneo*, Cazorla Prieto nos presenta un estudio extraído de su tesis doctoral "Contribución al estudio del Poder Tributario", leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 22 de Mayo de 1980.

La obra, excelentemente prologada por el Profesor Javier Lasarte, se encuentra dividida en siete capítulos. En el primero de ellos se introduce lo que pretende ser el trabajo y el plan del mismo. En el segundo, se intenta una aproximación al concepto de estado contemporáneo, para en el siguiente esbozar una teoría general del poder tributario en aquél. Los restantes capítulos están dedicados específicamente al caso español y así llevan por encabezamiento: Consideraciones previas al estudio del poder tributario en el ordenamiento español vigente, el poder tributario del Estado, El poder tributario de las Comunidades Autónomas y El Poder tributario de las Corporaciones Locales.

Poder tributario y Estado Contemporáneo es, por tanto, susceptible de ser dividido en dos grandes partes. La primera de carácter general y la segunda de carácter particular, referida, ya hemos adelantado, al caso de nuestro país. Siguiendo esa mínima división, intentaremos comentar alguna de las cuestiones que la lectura de este libro puede suscitar.

Por lo que respecta a la parte general del trabajo, hay que decir que la aproximación al concepto de estado contemporáneo —pieza clave de toda la construcción—, no parece demasiado afortunada y resulta simplista y esquemática, quizá apresurada. Al intentar dar cabida a multitud de temas, el autor critica opiniones y teorías, pero no sienta las bases para hacer viable alguna innovación al respecto. Esto es ciertamente claro, por ejemplo, cuando se aborda la idea de soberanía o el poder económico. Evidentemente, la ambigüedad que eso lleva consigo supondrá un lastre a lo largo de todo el libro y, de manera especial, cuando se trate de la teoría general del poder tributario en el estado contemporáneo.

En lo que se refiere a esta cuestión, apuntar que, sin olvidar las dificultades del tema tratado, las ideas de Cazorla no se presentan como excesivamente convincentes. Entre otras, las razones de esta opinión son las siguientes: En primer lugar, como crítica principal, decir que el poder tributario es fundamentalmente un concepto jurídico y, que por lo tanto, jurídicos han de ser en enfoque y su método. Nos parece que, por pretender abarcar otros aspectos relacionados con aquél —como son el político-social o el económico—, el concepto acaba por diluirse en una yuxtaposición de explicaciones, las cuales no se conectan entre sí.

Tal como señala el propio Cazorla (pág. 116), deslindar los diferentes fundamentos del poder tributario puede ser una tarea interesante —con la que estamos de acuerdo—. Sin embargo, a nuestro juicio, no lo es, en menor medida, utilizar

las conclusiones y resultados a que se llegue en cada uno de ellos para el análisis y estudio de los restantes. Esta consideración viene reforzada, además, por el mismo autor, quien no duda en señalar "el engarce que existe entre los distintos fundamentos de las titularidades tributarias" (pág. 151). No obstante lo cual, su única referencia a la cuestión es como sigue: "Un punto de interés es el de la relación entre el fundamento económico, el político-social y el jurídico (...) Cabría decir al respecto que el fundamento primero es el económico (...) ahora bien, dada la significación de toda índole del tributo, el ejercicio del poder tributario no puede llevarse a buen término si no es merced al acuerdo de las fuerzas político-sociales (...) por fin, dentro de las coordenadas del Estado de Derecho en las que nos movemos la canalización de todos estos fenómenos no puede efectuarse más que de conformidad con lo que establezcan las normas jurídicas (...), las cuales en verdad no hacen más que traducir a lenguaje jurídico lo que viene impuesto por las vertientes económica y político-social del poder tributario" (pág. 150).

Por otra parte, al estudio del fundamento jurídico del poder tributario se le dedican sólo tres páginas, número insuficiente a todas luces si tenemos en cuenta que contienen afirmaciones del siguiente tenor literal: "El poder tributario (...) constituye un auténtico poder político público (...) El poder político (...) no tiene dimensión jurídica alguna, por lo que se trata de un hecho metajurídico. Sin embargo, el poder tributario tal como hoy es entendido contiene en su naturaleza (...) un fundamento jurídico indudable" (pág. 148).

Finalmente, deben mencionarse la escasa referencia a los caracteres del poder tributario y la inclusión de aspectos concretos del ordenamiento jurídico-tributario español en esta primera parte de carácter general, al tratar del poder tributario originario y derivado.

El caso español, partiendo del análisis de la Constitución de 1978, quizá debiese haber ocupado una mayor extensión en la segunda parte del libro que comentamos. La crítica fundamental que puede dirigirse contra ella es la repetición —e incluso reiteración— del mismo esquema utilizado en la primera parte —fundamento económico, fundamento político-social, fundamento jurídico—, que si no resultaba apropiado para el estudio y conceptualización del poder tributario en general, tampoco lo es para la particular.

En resumen, un trabajo que no responde como debiera al interés que despierta por su autor y por su título, pero que debe ser tenido en cuenta para el análisis, desarrollo y profundización del estudio del poder tributario, tras el que se esconden conceptos necesitados de urgente revisión, tal como, con acierto, señala en su prólogo el Profesor Lasarte.

Carmen Fernández

LUIS MADERO, *La intervención de tercero en el proceso canónico*, Eunsa, Pamplona, 1982, 315 págs.

Dentro de la Colección Canónica de la Universidad de Navarra han aparecido, en el campo de las viejas instituciones procesales, más bien mancas, en nuestra lengua, de estudios serios y profundos, títulos ciertamente importantes. Basta recordar, entre otros, la monografía de C. Lázaro en torno al proceso extraordinario, la de A. Quintela sobre el atentado, las de Mons. Del Amo sobre la demanda, interrogatorio y confesión, la clave probatoria en los procesos matrimoniales, la de R. Villar sobre la prueba documental pública y la de A. González Martín sobre la documental privada.

A esta producción se une ahora la del Prof. Madero. En ella nos ofrece una amplia visión del fenómeno jurídico de *la intervención de tercero* en un proceso del que, en su inicio, no es parte. Con la seguridad del análisis crítico de la fuentes y la ponderación en la exégesis de los textos legales nos hace ver el autor en los cuatro capítulos de su investigación (la intervención de tercero y relación jurídico-procesal, la intervención voluntaria, la intervención forzosa, procedimiento de la intervención y principios reguladores) la naturaleza íntima del instituto y su conexión en los grandes temas de la ciencia procesal en general.

Para no desviarse de su objeto y ahondar al máximo en el mismo ha descartado el estudio de otras tercerías, tan sugestivas como la oposición de tercero a la sentencia.

Reconoce el autor que la intervención de tercero ha tenido poca, por no decir nula, aplicación en los procesos matrimoniales. Pensamos, sin embargo, que en otras esferas y materias podrá aplicarse. De hecho, el proyecto de nuevo Código lo recoge en el título de las causas incidentales, intercalado, como en el actual, entre la normativa que regula la instrucción secreta de la causa y su publicación.

Mas, con independencia de su fungibilidad en la praxis de los tribunales de la Iglesia, la obra del Prof. Madero constituye una valiosa aportación doctrinal, de la mayor estima, que agradecemos cuantos de una u otra forma nos dedicamos al cultivo del Derecho Procesal, así canónico como civil.

Antonio Perez Ramos

EZEQUIEL BELENCHON, *La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio*, Eunsa, Pamplona, 1982, 276 págs.

Otro título importante en la serie de monografías sobre Derecho Procesal Canónico que nos brinda la Colección Canónica de la Universidad de Navarra. En ella el Dr. Belenchón estudia en amplitud y profundidad tema tan práctico como útil y trascendente cual el de la prueba pericial en las causas matrimo-

LUIS MADERO, *La intervención de tercero en el proceso canónico*, Eunsa, Pamplona, 1982, 315 págs.

Dentro de la Colección Canónica de la Universidad de Navarra han aparecido, en el campo de las viejas instituciones procesales, más bien mancas, en nuestra lengua, de estudios serios y profundos, títulos ciertamente importantes. Basta recordar, entre otros, la monografía de C. Lázaro en torno al proceso extraordinario, la de A. Quintela sobre el atentado, las de Mons. Del Amo sobre la demanda, interrogatorio y confesión, la clave probatoria en los procesos matrimoniales, la de R. Villar sobre la prueba documental pública y la de A. González Martín sobre la documental privada.

A esta producción se une ahora la del Prof. Madero. En ella nos ofrece una amplia visión del fenómeno jurídico de *la intervención de tercero* en un proceso del que, en su inicio, no es parte. Con la seguridad del análisis crítico de la fuentes y la ponderación en la exégesis de los textos legales nos hace ver el autor en los cuatro capítulos de su investigación (la intervención de tercero y relación jurídico-procesal, la intervención voluntaria, la intervención forzosa, procedimiento de la intervención y principios reguladores) la naturaleza íntima del instituto y su conexión en los grandes temas de la ciencia procesal en general.

Para no desviarse de su objeto y ahondar al máximo en el mismo ha descartado el estudio de otras tercerías, tan sugestivas como la oposición de tercero a la sentencia.

Reconoce el autor que la intervención de tercero ha tenido poca, por no decir nula, aplicación en los procesos matrimoniales. Pensamos, sin embargo, que en otras esferas y materias podrá aplicarse. De hecho, el proyecto de nuevo Código lo recoge en el título de las causas incidentales, intercalado, como en el actual, entre la normativa que regula la instrucción secreta de la causa y su publicación.

Mas, con independencia de su fungibilidad en la praxis de los tribunales de la Iglesia, la obra del Prof. Madero constituye una valiosa aportación doctrinal, de la mayor estima, que agradecemos cuantos de una u otra forma nos dedicamos al cultivo del Derecho Procesal, así canónico como civil.

Antonio Perez Ramos

EZEQUIEL BELENCHON, *La prueba pericial en los procesos de nulidad de matrimonio*, Eunsa, Pamplona, 1982, 276 págs.

Otro título importante en la serie de monografías sobre Derecho Procesal Canónico que nos brinda la Colección Canónica de la Universidad de Navarra. En ella el Dr. Belenchón estudia en amplitud y profundidad tema tan práctico como útil y trascendente cual el de la prueba pericial en las causas matrimo-

niales, cuando ha entrado precisamente en declive la testifical y la de confesión. No le dedica, a nuestro entender, mucho espacio a la investigación de fuentes y a la doctrina histórica, pero sí a la jurisprudencia rotal de los últimos sesenta años, en especial en los capítulos IV-VI, que versan sobre el objeto y necesidad de la pericia, la designación de peritos y dictamen de los mismos y la valoración de este tipo de prueba. De ahí que sea justificado su subtítulo.

Los méritos del autor son relevantes, en particular, el rigor científico de sus argumentaciones, la claridad de exposición y la elegancia de estilo. Pensamos, sin embargo, que es parco en conclusiones y muy marcado su conformismo con cierto sector de la Rota Romana en cuanto a mirar con recelo las pruebas psiquiátricas y psicológicas, a la vez que se ciñe en demasía a la casuística tradicional en el tratamiento de la impotencia y de la amencia. Ello resta lugar a una crítica propia, que hubiera poder ser constructiva, y a una opinión más personal en su labor investigadora. Creemos, asimismo, que habría sido sumamente sugestivo y provechoso el romper lanzas y abrir paso a la lenta jurisprudencia dedicando algún capítulo o apartado a las distintas clases de pruebas periciales, incluyendo las procedentes del rico campo de las ciencias del hombre, que se han ido introduciendo tímidamente en el tratamiento de las nulidades, y pronunciarse, desde la perspectiva de una doctrina *in fieri*, sobre el alcance, valor e incidencia de tales aportaciones en capítulos de tanta actualidad en nuestras Curias como las anomalías psico-sexuales, la incapacidad para asumir las cargas, la falta de libertad interna, etc.

En la bibliografía echamos de menos repertorios de jurisprudencia pontificia tan conocidos como el de Holboeck y el de Lazzarato y la incorporación de revistas especializadas, aparte del *Ephemerides* y del *Monitor*, que reproducen sentencias de los más variados signos y tendencias.

Todo lo cual no empaña ni un ápice la importancia, la utilidad y la valía intrínseca de la obra que acogemos con aplauso y recomendamos vivamente a los profesionales del foro.

Antonio Perez Ramos

FRANS A. M. ALTING VON GEUSAU, *The external relations of the European Community. Perspectives, policies and responses*, John F. Kennedy Institute, Tilburg University, 1974, 132 págs.

Estamos ya, ciertamente, acostumbrados a la lectura de extensa bibliografía comunitaria. Desde los primeros estudios cercanos a la temática de su derecho originario (las Convenciones y Tratados que hicieron renacer las esperanzas europeístas), los siguientes relativos al derecho derivado (que comenzó a incidir profundamente en las legislaciones internas de cada Estado miembro), hasta los más próximos sobre el funcionamiento de las instituciones o el desarrollo de las

niales, cuando ha entrado precisamente en declive la testifical y la de confesión. No le dedica, a nuestro entender, mucho espacio a la investigación de fuentes y a la doctrina histórica, pero sí a la jurisprudencia rotal de los últimos sesenta años, en especial en los capítulos IV-VI, que versan sobre el objeto y necesidad de la pericia, la designación de peritos y dictamen de los mismos y la valoración de este tipo de prueba. De ahí que sea justificado su subtítulo.

Los méritos del autor son relevantes, en particular, el rigor científico de sus argumentaciones, la claridad de exposición y la elegancia de estilo. Pensamos, sin embargo, que es parco en conclusiones y muy marcado su conformismo con cierto sector de la Rota Romana en cuanto a mirar con recelo las pruebas psiquiátricas y psicológicas, a la vez que se ciñe en demasía a la casuística tradicional en el tratamiento de la impotencia y de la amencia. Ello resta lugar a una crítica propia, que hubiera poder ser constructiva, y a una opinión más personal en su labor investigadora. Creemos, asimismo, que habría sido sumamente sugestivo y provechoso el romper lanzas y abrir paso a la lenta jurisprudencia dedicando algún capítulo o apartado a las distintas clases de pruebas periciales, incluyendo las procedentes del rico campo de las ciencias del hombre, que se han ido introduciendo tímidamente en el tratamiento de las nulidades, y pronunciarse, desde la perspectiva de una doctrina *in fieri*, sobre el alcance, valor e incidencia de tales aportaciones en capítulos de tanta actualidad en nuestras Curias como las anomalías psico-sexuales, la incapacidad para asumir las cargas, la falta de libertad interna, etc.

En la bibliografía echamos de menos repertorios de jurisprudencia pontificia tan conocidos como el de Holboeck y el de Lazzarato y la incorporación de revistas especializadas, aparte del *Ephemerides* y del *Monitor*, que reproducen sentencias de los más variados signos y tendencias.

Todo lo cual no empaña ni un ápice la importancia, la utilidad y la valía intrínseca de la obra que acogemos con aplauso y recomendamos vivamente a los profesionales del foro.

Antonio Perez Ramos

FRANS A. M. ALTING VON GEUSAU, *The external relations of the European Community. Perspectives, policies and responses*, John F. Kennedy Institute, Tilburg University, 1974, 132 págs.

Estamos ya, ciertamente, acostumbrados a la lectura de extensa bibliografía comunitaria. Desde los primeros estudios cercanos a la temática de su derecho originario (las Convenciones y Tratados que hicieron renacer las esperanzas europeístas), los siguientes relativos al derecho derivado (que comenzó a incidir profundamente en las legislaciones internas de cada Estado miembro), hasta los más próximos sobre el funcionamiento de las instituciones o el desarrollo de las

políticas comunes. Todos ellos impulsados por un mismo afán divulgativo, primero, y un reflexivo espíritu científico (jurídico o económico), después.

Sin embargo, con alguna contadísimas excepciones (como la del noruego Johan Galtung, autor de "La construcción de una superpotencia: el caso de la C.E.E."), la bibliografía comunitaria se aborda, siempre, desde las propias coordenadas europeas. Se trabaja con una óptica, diríamos eurocentrista pura. Y ello, si bien puede carecer de importancia cuando el objeto de estudio se refiere exclusivamente a los rasgos internos de la organización comunitaria (aunque la siga teniendo, estrictamente, para el Derecho Internacional Público) la gana, y en proporción acusada, cuando éste versa sobre aspectos tan globales como el de sus relaciones exteriores.

Frans A. M. Alting von Geusau, profesor en Derecho de Organizaciones Internacionales y director del John F. Kennedy Institute, consciente de la enorme repercusión que la CEE ha logrado ya sobre el resto de la Comunidad internacional, y de la correlación entre las transformaciones que éste sufre y la aparición de nuevos polos de influencia económica y política como el ahora comentado, ha escogido, como anteriormente hizo Johan Galtung, la ruptura con los esquemas eurocentristas y ha efectuado su análisis del "fenómeno" CEE a partir del estudio del conjunto del sistema de relaciones internacionales en que éste, inevitablemente, se halla ubicado.

No se trata, pues, de que Alting von Geusau desprecie el estudio concreto de los actos jurídicos internacionales de la CEE, que son la expresión siempre de su voluntad política, sino que los considera más bien en función de lo que significan en el seno del actual sistema internacional. Es decir, que no analiza, por ejemplo (como tan bien han hecho Jean Raux o Ural Ayberk), los mecanismos institucionales que usa la CEE para adoptar sus decisiones en política exterior, ni se detiene tampoco en la pormenorización de las distintas vías que ésta ha practicado para consentirse exteriormente. No. Para von Geusau tampoco son la suscripción de un determinado Acuerdo de Asociación, la adopción de una nueva zona de libre comercio ó la suscripción de un Convenio multilateral, lo que goza por sí mismo de importancia, sino el conjunto de esa práctica exterior soberana y lo que ella significa.

Concepciones comunitarias como las que se desprenden de su política mediterránea, sus nuevos Acuerdos de Lomé (que inciden sobre el eje Norte-Sur favorablemente para este último), o, en general, el sostenimiento de una autonomía estratégica frente a los bloques ya constituidos, llevan a von Geusau a observar la CEE, aún, desde otro ángulo, sin duda protagonista de nuestro sistema de relaciones internacionales: el ideológico.

La bipolaridad Este-Oeste, que ha constituido el esquema de trabajo de los intelectuales americanos hasta ayer mismo, y que vuelve a ser ahora para el Departamento de Estado republicano (como certeramente nos señala John Kenneth Galbraith en sus, por otra parte, muy recomendables "Memorias"), ha sido irre-

versiblemente desplazada por un mundo multipolar, en el que las referencias ideológicas, políticas y económicas son plurales y, en gran parte, de reciente aparición. Esas referencias actúan no sólo como modelos a imitar por los nuevos Estados surgidos de la descolonización, sino, y en eso reside la innovación, que también lo suponen para algunos Estados ya consolidados en el seno de uno u otro de los antiguos bloques.

Por ello conviene en señalar von Geusau el carácter revisionista para el actual sistema de relaciones internacionales que lleva aparejado el crecimiento de la CEE: no sólo se revisan, en la era de la post-detente, el carácter de las relaciones entre Europa y los Estados Unidos y entre ésta y la Unión Soviética, sino que, lo que es más importante, Europa aparece renovada, con voz e intereses propios, en el curso de los actuales debates por un Nuevo Orden Económico, unas nuevas políticas monetarias o de recursos. Y eso, objetivamente, modifica el marco de las actuales relaciones internacionales.

Von Geusau ha establecido, pues, el macro-sistema en que ha emergido la CEE (ese sujeto por tantas razones interesante para nosotros, y no la menor la de su naturaleza mixta entre Organización internacional y su proyecto de ente suprenacional) y ha optado por encajar en él al nuevo protagonista de los actos internacionales. Su aportación complementa, pues, la revisión que hasta ahora poseíamos: nacen según derecho y desarrollan normas propias, pero en su origen ha sido la voluntad que surge de las ideas lo que los ha propiciado.

Joan F. Thomas.

RELACION DE LIBROS RECIBIDOS

- ATIENZA, M., *Marx y los derechos humanos*. Ed. Mezquita, Madrid, 1983, 288 págs.
- BERTRAND, M.-J., *La ciudad cotidiana*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, 301 págs.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, 286 págs.
- DIAZ, E., *La sociedad entre el derecho y la justicia*, Colección Temas Clave-73, Ed. Salvat, Barcelona, 1982, 63 págs.
- GIL ROBLES Y GIL DELGADO, A., *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981, 463 págs.
- LOPEZ NIETO Y MALLO, F., *La seguridad ciudadana y su normativa legal*, El Consultor, Madrid, 1982, 558 págs.

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

Con el presente número se inicia la publicación periódica de la jurisprudencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca. En dicho empeño se hallan comprometidos la referida Audiencia, el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho. Para un mejor manejo de esta sección de "Cuadernos", conviene tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La presentación se realiza en base a cada una de las distintas Salas.
- b) Dentro de cada Sala, el material se organiza en torno a una triple consideración: 1) Índice cronológico con indicación numérica correlativa; 2) Textos jurisprudenciales; 3) Índice analítico referido a todas las sentencias.
- c) Aquellas sentencias que en el índice cronológico figuren con un asterisco (*) se reproducen en la sección de textos jurisprudenciales.
- d) En el índice cronológico de las Salas de lo criminal, las referidas a la Sala 2ª se indican con el signo (2ª) al final de la fecha.

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Expropiación forzosa.** Reversión. Valoración de bienes o derechos objeto de reversión. Elección del criterio para valorar. *Sentencia de 7 de enero de 1982.*
2. **Urbanismo.** Suspensión de obra ubicada en terrenos de reserva Urbana. Demolición. Actos confirmatorios, requisitos. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 11 de enero de 1982.*
3. **Funcionarios de correos y telecomunicaciones.** Concurso. Disconformidad con el baremo. El tiempo de servicio prestado en puesto de trabajo de nivel más alto en el que se cesa por expediente disciplinario debe computarse a efectos de años de servicio. Interpretación del precepto 2.1.a. en relación con el 2.1.b. del Anexo VII del Reglamento de los Cuerpos Especiales de Correos y Telecomunicación. *Sentencia de 12 de enero de 1982.*
4. **Gestión tributaria. Oposición a la vía de apremio.** Motivos. Falta de notificación de la liquidación. Modalidades de la notificación. **Domicilio fiscal.** *Sentencia de 19 de enero de 1982. **
5. **Sanciones.** Prescripción de infracciones y caducidad del procedimiento. Principios jurídicos que informan el Derecho Penal aplicables al Derecho sancionador administrativo. Existencia de dolo o de simple negligencia. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*
6. **Contratos.** Concurso. Ilegalidad pliego concurso. Falta de impugnación. Defectos de procedimiento en la elaboración del pliego:

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por los Profesores B. Colom Pastor, F. Medina Roses y M. García Fernández de los Departamentos de Derecho Administrativo, Derecho Financiero y Tributario y Derecho Laboral, respectivamente.

inexistencia o consentimiento. Publicidad. Adjudicación del Concurso. Concurso desierto. Actuación fuera de plazo. *Sentencia de 25 de enero de 1982.*

7. **Revisión de oficio.** Requisitos: Ajustarse a las exigencias de los artículos 109 y 110; ausencia. *Sentencia de 28 de enero de 1982.*
8. **Sanciones.** Prescripción y Caducidad. Retirar cupos de artículo intervenidos no es una sanción. Falta de audiencia no da lugar a indefensión. No disminución efectiva de garantías. Motivación suficiente. Jerarquía normativa. Daños y perjuicios solicitados en recurso de alzada. admisión del Recurso. Alteración del Orden Público económico. *Sentencia de 29 de enero de 1982.*
9. **Notificación.** Requisitos. Obligación de notificar a los interesados. Darse por notificados. No hay obligación de notificar a los aspirantes el posible ejercicio de una acción pública. *Sentencia de 29 de enero de 1982.*
10. **Poder para pleitos.** Municipio. Falta de acreditación del acuerdo Corporativo al notario autorizante del Poder. Pleno, potestad para personarse; Alcalde, facultad para otorgar poder. Ejercicio concreto de acciones judiciales, supuestos generales. Subsanación de defectos. Contrato de suministros. Modificación de tarifas. Retroacción de efectos. *Sentencia de 2 de febrero de 1982.*
11. **Contrato de obras.** Revisión de precios. Habrá lugar, después del Decreto de 31 de mayo de 1974, si la cláusula está incluida en los pliegos de condiciones. *Sentencia de 8 de febrero de 1982.*
12. **Zona marítimo-terrestre.** Obras sin autorización. Derribo improcedente. Posibilidad de que la obra sea legalizada sin perjuicio de sancionar al infractor. Función revisora de la Jurisdicción. *Sentencia de 10 de febrero de 1982.*
13. **Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.** Otorgamiento de licencias por silencio positivo. Solo opera si hubiese podido otorgarse la licencia por acto expreso. Denegación por razones de Urbanismo. Interpretación sistemática de las normas industriales y urbanísticas. *Sentencia de 16 de febrero de 1982. **
14. **Licencia de obras.** Otorgamiento: Salvo derecho de propiedad. Excepciones: que se pretenda realizar total o parcialmente la obra

sobre terreno que la Corporación estime que es de dominio público. **Conocimiento de cuestiones dominicales. Tribunales civiles.** Posibilidad de denegar licencia si consta de modo patente, claro e inequívoco la titularidad pública. Vías de recuperación de los Derechos dominicales: jurisdicción ordinaria; Interdictum proprium. *Sentencia de 18 de febrero de 1982.* *

15. **Contrato de Gestión de servicios públicos.** Criterio para distinguir el Civil del Administrativo: El objeto propio del mismo. **Distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo.** Revisión de tarifas. Repercusión del aumento a la concesionaria. Carácter retroactivo para evitar enriquecimiento injusto. *Sentencia de 23 de febrero de 1982.* *
16. **Camino.** No existe prueba plena y acabada de la naturaleza pública del mismo. **Resolución Municipal en defensa de intereses privados. Desviación de poder.** *Sentencia de 25 de febrero de 1982.*
17. **Contrato de gestión de servicios públicos.** La repercusión del aumento del precio tarifario del agua del Ayuntamiento al concesionario, previamente aprobado, a solicitud de EMAYA, no exige nuevo expediente ante el Gobernador Civil. *Sentencia de 3 de marzo de 1982.*
18. **Contrato de gestión de servicios públicos.** Corte de Suministro de la Concesionaria a un particular; prescindiendo del procedimiento, sin audiencia, ordenado por persona no competente. *Sentencia de 5 de marzo de 1982.*
19. **Licencia de obras.** Obras menores. Ampliación del recurso al acto expreso innecesario. Otorgamiento de licencia por silencio positivo. *Sentencia de 8 de marzo de 1982.*
20. **Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento.** Al elaborarse para suplir la inexistencia de Plan General o en todo caso para complementarlo no pueden modificar a un Plan Sectorial y a su correspondiente Plan Parcial. *Sentencia de 12 de marzo de 1982.* *
21. **Licencias.** Caducidad improcedente. Esta ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Condición incumplida por retraso de solo 8 días. Superficie del terreno adecuada. *Sentencia de 16 de marzo de 1982.*

22. **Funcionarios.** No procede reconocimiento de trienios del tiempo en que fué sometido a depuración político-social, por haber permanecido posteriormente fuera de la carrera por causas imputables al demandante. *Sentencia de 17 de marzo de 1982.*
23. **Sanción.** Por no haber utilizado en la descarga de cemento a granel de un buque, a trabajador portuario del censo: improcedente. La utilización de la manguera (instalación de la concesionaria) queda excluida de este requisito según la ordenanza. *Sentencia de 18 de marzo de 1982.*
24. **Funcionarios locales.** No procede pedir la nulidad de la Resolución de la Dirección General de la Administración Local, por anular el acuerdo de la Corporación de Inca por el que se creó el Subgrupo de Administrativos de la Administración General, integrando en él al recurrente. El Funcionario no reunía las condiciones: No se puede ganar por silencio lo que no podría otorgarse de modo expreso. *Sentencia de 20 de marzo de 1982.*
25. **Fondo de garantía salarial.** Procedencia de las prestaciones. Efectos de la conciliación judicial ante las Magistraturas. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.**
26. **Revisión de actos en vía Administrativa. Recurso extraordinario de revisión.** Motivos de revisión: manifiesto error de hecho. Ambito de la función revisora. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.**
27. **Contrato de obra.** Ampliación de obras que justifican un incremento del precio. Oposición a la liquidación provisional. Improcedente petición de intereses por demora. Improcedente actualización de precios ya que el contrato no contiene cláusula revisora. La Administración no debe responder de la indemnización del personal abandonado por el destajista del adjudicatario del contrato. *Sentencia de 29 de marzo de 1982.*
28. **Obras sin ajustarse a la licencia otorgada:** Suspensión de las mismas procedente aunque no se aparte de las ordenanzas, principio favor acti. Presunción de validez de los actos. Licencia acto reglado, se puede autorizar la parte del proyecto cuya construcción es factible con arreglo al Planeamiento. Marquesina que no se separa 3 metros de la alineación de la calle. Principio Favor Libertatis. Carácter excepcional del derribo, principio de menor demolición. Legalización de la marquesina si se separa tres metros de la alineación de la

calle. *Sentencia de 31 de marzo de 1982.* *

29. **Funcionarios.** Designación para ocupar plaza de Jefe de Servicio con carácter interino por quien la está ocupando en propiedad. Modificación de la plantilla anterior transformadora de la plaza de Médico Especialista en Neurosiquiatría a Jefatura de Servicio. Estimación del recurso. *Sentencia de 1 de Abril de 1982.*
30. **Decomiso de reses vacunas.** Norma aplicable, principio de especialidad. No es sanción. Análisis contradictorio. Prueba por presunciones. Dictámenes oficiales están revestidos del principio de veracidad. *Sentencia de 7 de abril de 1982.*
31. **Demolición de obra.** No hubo error en la concesión de la licencia. El edificio fue construido con sujeción a las alineaciones y rasantos indicadas por los técnicos municipales. Las obras invaden terreno a ocupar por la vía pública. La demolición no tiene que correr a cargo del recurrente. Derecho del recurrente a reclamar daños y perjuicios al Ayuntamiento. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*
32. **Solares cementerio:** No procede el reconocimiento de propiedad. **Acto administrativo.** Nulidad en base a que está dictado por órgano manifiestamente incompetente. Doctrina general, la incompetencia tiene que ser "Notoria, evidente y grave". La temática debatida es administrativa. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*
33. **Oficinas de farmacia.** El conocimiento sobre la denegación de apertura es competencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, aunque haya resuelto en alzada el Pleno del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos. No procede la siguiente interpretación: Las normas complementarias, aclaratorias y ejecutivas se integran, con aquellas que complementan o aclaran, en un mismo bloque normativo lo que permite que se apliquen con efectos retroactivos, ya que carecen de sustantividad. **Apertura de nuevas farmacias:** Interpretación restrictiva. *Sentencia de 15 de abril de 1982.* *
34. **Expropiación forzosa.** Valoración de una finca sita en el Polígono 2º del Sector Autopista de Portixol. Tasación realizada en base al valor urbanístico de la finca. Error de cálculo en el dictamen del arquitecto del Jurado. *Sentencia de 20 de abril de 1982.*

35. **Sanciones.** Indefensión inexistente ya que hubo notificación del pliego de cargos y de la propuesta de resolución. Constan las circunstancias personales del interesado, los datos de la Empresa y la relación de hechos y precios señalados como abusivos. Inexistencia de una de las infracciones tipificadas por falta de prueba. *Sentencia 23 de abril de 1982.*

36. **Expropiación forzosa.** Petición de la concesionaria para que expropie un pozo sin acompañar estudio o dictamen, denegación procedente. Red de abastecimiento defectuosa. Necesidad de que se amplíe la red. Principio favor acti. Dictámenes a informes. Señalamiento de inconvenientes y perjuicios en su explotación. *Sentencia de 28 de abril de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

4

4. GESTION TRIBUTARIA. OPOSICION A LA VIA DE APREMIO. Motivos. Falta de notificación de la liquidación. Modalidades de la notificación. **Domicilio fiscal.** *Sentencia de 19 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la entidad "X. S.A.", al impugnar, ante esta Sala, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo provincial de Baleares, de 29 de agosto de 1980, pretende, en esta vía jurisdiccional, después de haberlo intentado antes en la vía económico-administrativa, que se anulen cuantas actuaciones se produjeron desde que, en expediente correspondiente al ejercicio de 1975 del Impuesto General sobre la Renta de las Sociedades, relativo a dicha sociedad anónima, se omitió la reglamentaria notificación de la liquidación practicada (por dicho concepto y en aquel expediente, con un importe de dos millones ciento ochenta y tres mil novecientos noventa y cuatro pesetas) y se dictó la providencia de apremio (con un recargo de cuatrocientas treinta y seis mil setecientas noventa y nueve pesetas) frente a la que, por dicha sociedad, se planteó la reclamación desestimada por la expresada resolución económico-administrativa.

CONSIDERANDO: Que la posibilidad de que prospere tal pretensión, como consecuencia de lo previsto en el artículo 137 de la Ley General Tributaria y en el artículo 95 del Reglamento General de Recaudación (donde, como motivo de oposición a las providencias de apremio, figura el de "falta de notificación reglamentaria de la liquidación"), ha de ser rechazada, en este caso, a) porque dicha notificación se intentó practicar en el domicilio que la propia sociedad había precisado en su inicial "declaración" de este Impuesto sobre dicho ejercicio de 1975 y en los posteriores escritos que su representante dirigió, en julio de 1976, al Administrador de Tributos de la Delegación de Hacienda de Palma de Mallorca, ambos en relación con aquella "declaración", b) porque acreditado que, en ese domicilio, no era conocida la referida Sociedad —por el "aviso de recibo" postal unido al expediente— se procedió a practicar dicha notificación por medio de "edictos", que se fijaron en el Boletín Oficial de la provincia de Baleares y en el Ayuntamiento de Palma, conforme a lo establecido en el artículo 80,3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y c) porque, en modo alguno puede entenderse, que la Administración tributaria estaba obligada a practicar dicha notificación, en el nuevo domicilio de la sociedad, en Madrid, por la mera circunstancia de que éste figurara en la "declaración" del mismo Impuesto correspondiente al ejercicio de 1977, cuando ésta se presentó en una oficina de Correos de Madrid, en 24 de julio de 1978, cuando no consta la fecha en que la misma accedió a la Delegación de Hacienda Madrid (a la que se dirigió), cuando tampoco consta que de ese nuevo domicilio tuviere noticia la Delegación de Hacienda de Baleares, antes de practicarse —en la forma en que se hizo, dentro del primer cuatrimestre de 1979— la notificación edictal de aquella liquidación y de dictarse, después, en el mismo año de 1979, la referida providencia de apremio, y, sobre todo, cuando, igualmente, falta constancia de que la so-

ciudad recurrente cumpliera la obligación que tenía de "comunicar en forma" a la Administración tributaria, dicho "cambio" de domicilio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto de 16 de octubre de 1975, lo que imponía el juego del siguiente artículo 5º del mismo Decreto, cuyo primer apartado prescribe que "cuando el sujeto pasivo no haya comunicado a la Administración tributaria el cambio de su domicilio fiscal, toda notificación intentada en el último domicilio por aquél declarado será eficaz en derecho a todos los efectos, según prevé el número 2 del artículo 45 de la Ley General Tributaria".

CONSIDERANDO: Que las expuestas razones —realmente las mismas que se reflejan en la resolución económico-administrativa recurrida— llevan a la Sala a estimar que la misma se ajusta a Derecho y, en definitiva, a la desestimación del presente recurso, sin que existan méritos para un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad "X. S.A.", contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares, de 29 de agosto de 1980, como desestimatoria de la reclamación previamente planteada frente a la providencia de apremio dictada en el expediente correspondiente al Impuesto General sobre la Renta de las Sociedades a satisfacer por la entidad recurrente y relativo al ejercicio de 1975, debemos declarar y declaramos que, tanto aquella resolución como dicha providencia de apremio, son conformes al ordenamiento jurídico; sin expresa imposición de costas.

5

5. SANCIONES. Prescripción de infracciones y caducidad del procedimiento. Principios jurídicos que informan el Derecho Penal aplicables al Derecho sancionador administrativo. Existencia de dolo o de simple negligencia. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que según reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras muchas, de 8 de marzo y 23 de abril de 1976) y 1 de marzo y 12 de diciembre de 1977), es necesario atenerse a los principios jurídicos que informan el Derecho Penal en materia de imposición de sanciones administrativas, puesto que, en todo caso, cualquiera que sea la naturaleza del órgano al que se atribuya la función sancionadora, jurisdiccional o puramente administrativa, se actuó el *jus puniendi*; por ello, el enjuiciamiento en concreto de una resolución que ultime un expediente correctivo o sancionador ha de partir del análisis del hecho o acto imputado, de su naturaleza y alcance, para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los tipos de infracción previstos en la Ley, y en base de un criterio exclusivamente jurídico, puesto que la calificación de la infracción administrativa, referida a actos u omisiones aislados y concretos, no es facultad discrecional de la Administración o Autoridad sancionadora, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas, que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente, con rechazo expreso de criterios de interpretación extensivos o analógicos como no adecuados a la naturaleza jurídica del procedimiento.

13

13. ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS. Otorgamiento de licencias por silencio positivo. Solo opera si hubiese podido otorgarse la licencia por acto expreso. Denegación por razones de Urbanismo. Interpretación sistemática de las normas industriales y urbanísticas. *Sentencia de 16 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que (omissis) aunque a la vista del artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que con el fin de evitar construcciones inútiles y prevenir posibles perjuicios al particular afectado, establece que cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimientos de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuera procedente, pudiera objetarse a la conclusión más arriba expuesta que ambas licencias funcionan con independencia cuando se solicita en primer lugar la de apertura y que, cualesquiera que fueran las objeciones urbanísticas, debe concederse la tendente a la instalación de una industria, es clara la inutilidad de ésta si posteriormente no puede concederse el preceptivo permiso de obras; y, según resulta del artículo 30.1 del Decreto de 30 de noviembre de 1961, redactado a tenor del de 5 de igual mes de 1964 —...la Alcaldía podrá adoptar las siguientes resoluciones: 1. Denegación expresa motivada de la licencia por razones de competencia municipal basadas en los planes de ordenación urbana...— una cosa es la fundamentación urbanística del acto resolutorio del expediente sobre apertura de industria y otra distinta la que pudiera determinar el contenido de aquella resolución con base en las condiciones molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de la proyectada actividad industrial; pero esta diversificación —que responde al criterio más general de distinguir entre industria y su emplazamiento a efectos de regular la concesión de licencias— no puede prescindir de lo que por propia naturaleza es un todo unitario en el cual se integran factores de variada índole, aunque éstos por separado incidan en los servicios y respectivos sectores de legalidad con que el Ordenamiento jurídico prevé la intervención administrativa en forma de licencia; por lo cual se requiere una interpretación sistemática y coherente de normas industriales y normas urbanísticas que defina la correlación e interdependencia entre los recíprocos conceptos que aquellas diversas normas contienen (sentencia de 24 de noviembre de 1977); porque si, como queda expuesto, resulta absurdo, y por ello rechazable, conceder un permiso de obras a sabiendas de que no podrá concederse el de apertura, con la consiguiente inutilidad del edificio para los fines pretendidos, también lo es conceder la licencia para una instalación industrial con conocimiento de que no podrán realizarse las obras para ubicarla; por otra parte, como expresa la sentencia de 5 de diciembre de 1978, resolviendo un supuesto en que la autoridad municipal se pronunció negativamente no por motivos que hicieran referencia a la calificación o a los sistemas correctores de la actividad industrial sino simplemente a la impropiedad de su emplazamiento según las normas del Plan de Ordenación, nada puede en derecho objetarse al ejercicio por el Alcalde de la facultad que le atribuye el citado artículo 30.1 para denegar la licencia por razones de competencia municipal basadas en los Planes, puesto que aunque normalmente se ejercite —por razones obvias de economía procesal— en el trámite inicial en aquel precepto aludido, no existe norma que le desapodere de esta facultad en momentos ulteriores, tanto al final del expediente como en cualquier otro momento anterior.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto; sin que se observe la existencia de los motivos que,

según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

14

14. LICENCIA DE OBRAS. Otorgamiento: Salvo derecho de propiedad. Excepciones: que se pretenda realizar total o parcialmente la obra sobre terreno que la Corporación estime que es de dominio público. **Conocimiento de cuestiones dominicales. Tribunales civiles.** Posibilidad de denegar licencia si consta de modo patente, claro e inequívoco la titularidad pública. Vías de recuperación de los Derechos dominicales: jurisdicción ordinaria; Interdictum proprium. *Sentencia de 18 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que si bien, por regla general, no es preciso que el solicitante de una licencia municipal de obras haya de acreditar su derecho de propiedad —o el de la persona por la que actúa— sobre el suelo en que se proyecte la ejecución de aquellas, porque la actividad administrativa, en materia de concesión de tal clase de licencias, esencialmente reglada, no tiene otra finalidad que la de evitar que mediante ellas se atente a las normas urbanísticas con los “actos de edificación y uso del suelo” del artículo 178 del vigente Texto refundido de la Ley del Suelo (como se deduce, entre otros, del precepto que contiene el párrafo uno del artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, todavía vigente, donde se dice que “las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”), lo cierto es que, frente a esa regla general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la existencia de una excepción, para operar en aquellos casos en que la obra o edificación pretenda realizarse, en todo o en parte, sobre terreno que la Corporación municipal estime que es de dominio público o patrimonial local, lo que no supone que el solicitante de la licencia haya de aportar —entonces— una “prueba cumplida y detallada, como si de un juicio se tratase” del dominio privado sobre ese terreno, ni, tampoco, que el Ayuntamiento quede facultado para decidir, en ese mismo expediente, la cuestión dominical suscitada (que es siempre de la exclusiva competencia de los tribunales civiles), porque —según precisa el propio Tribunal Supremo— la posibilidad de denegar la licencia postulada —por el motivo apuntado— se halla subordinada a que “de modo patente, claro e inequívoco, conste la titularidad pública” del terreno discutido y porque, fuera de ese caso, las Corporaciones Locales, para defender tales derechos dominicales, no pueden servirse de su competencia urbanística, sino que han de acudir, bien a la jurisdicción ordinaria civil, bien a la vía de la recuperación directa del objeto de aquellos, expresamente señalada por los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 55 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

CONSIDERANDO: Que la expresada doctrina jurisprudencial —reflejada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero y 26 de junio de 1975 y apli-

cada, por esta misma Sala, en la suya de 19 de febrero de 1980— posibilita, sin duda alguna, el éxito del presente recurso, como interpuesto por la Sra. S. y el Sr. T.B.

15

15. CONTRATO DE GESTION DE SERVICIOS PUBLICOS. Criterio para distinguir el Civil del Administrativo: El objetivo propio del mismo. **Distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo.** Revisión de tarifas. Repercusión del aumento a la concesionaria. Carácter retroactivo para evitar enriquecimiento injusto. *Sentencia de 23 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que si bien la parte actora no plantea en los presentes autos, pese a la identidad de los supuestos de hecho, la excepción de efecto en la representación de la demandada, cuestión tratada in extenso en la sentencia citada, si alegó en el acto de la vista una “cuestión nueva”: el contrato de que se trata es civil y, por lo tanto, sometido a la jurisdicción de este orden; y para determinar si un contrato tiene matiz administrativo o civil la doctrina parte de las siguientes consideraciones: atendiendo al sujeto, es decir, presencia de la Administración Pública en el contrato, criterio rechazable pues ésta puede contratar con arreglo al derecho privado; la observancia de ciertas formalidades en los contratos administrativos, pero también en los contratos privados cuando actúa la citada Administración, en algunas circunstancias pueden exigirse ciertas formalidades; en lo que atañe a la jurisdicción, pero resulta claro que para saber si la jurisdicción es aplicable o no a un determinado contrato será preciso calificar previamente su naturaleza jurídica; también se habla para establecer esta distinción de la presencia de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, criterio no valedero por cuanto alguno de éstos carecen de ellas; por lo que, ante todas estas posturas, la doctrina científica busca la distinción entre uno y otro contrato en *el objeto propio del mismo*: el contrato es administrativo cuando su objeto es una obra o servicio público, o, más concretamente, cuando se tienda en esa relación contractual de una manera inmediata y directa a satisfacer un servicio público y que la gestión de ese servicio, como materia contractual, sea de la exclusiva competencia de una de las partes contratantes, siendo indiferente que la otra parte sea un particular o una entidad de carácter público; y examinando nuestra doctrina jurisprudencial se llega a idéntica conclusión, desde las de 3 de julio de 1950, 22 de junio de 1951 y 26 de mayo de 1953 hasta las más modernas de 14 de octubre y 2 de diciembre de 1977 y 21 de febrero de 1979, que en orden a la distinción entre la contratación administrativa y la civil o mercantil utilizan como criterio dominante el del objeto o contenido, declarando que son administrativos aquellos contratos que afectan al servicio público, tomada esta expresión en sentido amplio de intereses públicos y comunes a cuya satisfacción tienda, de algún modo, la relación contractual de que se trate; y conforme a este criterio es de todo punto manifiesto que el contrato de autos participa de modo notable de esa vinculación al interés público que caracteriza a las relaciones contractuales administrativas: El Ayuntamiento de Calviá, que recibe agua en virtud del oportuno contrato de suministro de la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A. de Palma, la suministra a su vez a la entidad actora, Aguas Término Calviá S.A., concesionaria de las obras y servicios de abastecimiento

domiciliario de agua potable en ciertas localidades del Municipio; por todo lo cual es incontestable la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, según el artículo 3 a) de la Ley Jurisdiccional, conocerá de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

CONSIDERANDO: Que, además, el problema suscitado constituye una *cuestión nueva*, que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de mayo de 1967, 17 de febrero y 31 de marzo de 1973 y 22 de enero de 1974), es la que plantea un problema diferente de los contemplados previamente en las relaciones entre el administrado y la Administración *que puede conducir a un pronunciamiento de imposible formulación dentro de los términos en que se desarrollaron aquellas relaciones*, mientras que argumento nuevo es aquel que válidamente se esgrime, ampliado y reforzado con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitado ante la Administración con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo postulado, sin alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderados por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo; y esto sentado, resulta evidente el carácter de cuestión nueva que tiene la suscitada en el referido sentido de tratarse de un contrato civil el contemplado, pues de acogerse es claro que el pronunciamiento procedente sería, de acuerdo con el apartado a) del artículo 82 de la Ley de esta Jurisdicción —que el recurso se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción para ello por corresponder el asunto a otra jurisdicción—, una declaración de inadmisibilidad del recurso, mientras que, tal como está planteado, lleva necesariamente a decidir si la liquidación complementaria impugnada se ajusta o no a Derecho; por lo que ha de estimarse mal suscitado el problema de la naturaleza civil o no del contrato de autos, además de ser rechazable, como se expuso, en cuanto al fondo.

20

20. NORMAS COMPLEMENTARIAS Y SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO. Al elaborarse para suplir la inexistencia de Plan General o en todo caso para complementarlo no pueden modificar a un Plan Sectorial y a su correspondiente Plan Parcial. *Sentencia de 12 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que inicialmente planteado este recurso por la Sra. J. L. U. como propietaria del solar número 8 de la Urbanización Cala Domingos, del término municipal de Manacor, contra los acuerdos de la Comisión provincial de Urbanismo de Baleares, de 24 de julio de 1979 y de 14 de mayo de 1980, y contra las resoluciones presuntas y desestimatorias de los respectivos recursos de alzada interpuestos, por la misma Sra. J. L. U. frente a aquellos acuerdos, y luego ampliado —este mismo recurso— contra la resolución expresa —también desestimatoria— del primero de aquellos recursos de alzada, preciso es que, en el inicio de esta resolución, se haga eco la Sala de la denuncia formulada por el Sr. Abogado del Estado, en el escrito de contestación que, como representante de la

Administración general del Estado, presentó en estos autos, sobre la concurrencia —en esta litis y respecto a la mantenida impugnación del aquel primer acuerdo de la Comisión de Urbanismo de 24 de julio de 1979— de la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82, c) de la Ley Jurisdiccional, aunque para rechazarla, porque de la lectura de dicho acuerdo resulta, que la Comisión de Urbanismo decidió, ya entonces, de modo definitivo, que las “Normas Complementarias y Subsidiarias del término municipal de Manacor” —sobre las que en ese momento se pronunciaba-serían de aplicación a la zona de dicho municipio denominada “Es Domingos” (en la que radica el aludido solar de la hoy actora), al acordarse, con la “aprobación definitiva” de dichas “Normas” en cuanto afectarán “al Suelo Urbano de la Ciudad de Manacor y Suelo Urbanizable de área de desarrollo urbano de dicho núcleo”, la “necesidad de subsanación de deficiencias... para el resto del término municipal, en plazo no superior a seis meses” y porque así lo entendió la propia Administración —concretamente, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo— el resolver, expresamente, el recurso de alzada planteado por la Sra. J. L. U. frente al referido acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Baleares, de 24 de julio de 1979, y al desestimar, después de expresar, en el primer Considerando de su resolución, que dicho recurso de alzada “reune las condiciones adjetivas para su admisibilidad... a la vista de lo preceptuado en el artículo 233 del vigente Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976”.

CONSIDERANDO: Que debiendo proyectarse, por tanto, la función revisora de esta Sala, sobre dicho acuerdo de la Comisión de Urbanismo de 24 de julio de 1979, como sobre el posterior, de la misma Comisión, de 14 de mayo de 1980 (por el que, subsanadas las deficiencias señaladas en el anterior, se aprobaron definitivamente dichas “Normas Complementarias y Subsidiarias del término municipal de Manacor”), como sobre los demás actos administrativos expesos o presuntos que les sucedieron en la vía administrativa (antes apuntados), porque en el suplico de la demanda de autos se postula la anulación parcial de tales acuerdos de la Comisión de Urbanismo y, por ende, de las “Normas” que por los mismos se aprobaron, en cuanto reguladores de la citada zona de “Es Domingos” o “Cala Domingos”, por disponer éste de Plan General y de Plan Parcial vigentes desde 1973 y 1974, respectivamente, una detenida lectura de todo lo actuado sobre este asunto pone claramente de manifiesto que, estando de acuerdo las partes contendientes en que las tan aludidas “Normas” se elaboraron y aprobaron para “suplir” la inexistencia de Plan General municipal ordenador de todo el término de Manacor, discrepan, sin embargo, acerca de la posibilidad legal de tales “Normas” modifiquen el régimen urbanístico establecido, para aquella zona de “Cala Domingos”, por los referidos Planes General y Parcial, desde 1973 y 1974.

CONSIDERANDO: Que por el común representante y defensor de las dos Administraciones públicas aquí demandadas (ya que la desestimación presunta del recurso de alzada planteado contra el segundo de dichos acuerdos de la Comisión de Urbanismo, es imputable al Consell General Interinsular de Baleares, por virtud de la transferencia de competencias al mismo del Real Decreto de 7 de septiembre de 1979), se mantiene —alineándose con el razonamiento reflejado en la ya aludida resolución de alzada del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo— que esa posibilidad legal existe y resulta del hecho de “suplir” tales “Normas” —por inexistencia del mismo- a un Plan General ordenador de todo el término municipal y de cumplir, por tanto, la misma finalidad ordenadora total de esa clase de Planes, por la que éstos se imponen sobre los denominados Planes Sectoriales (como lo es el referido Plan General de “Cala Domingos”), mientras que, contrariamente, por la parte recurrente se niega tal posibilidad legal, por carecer dichas “Normas” de rango jerárquico bastante para modificar la normativa de los Planes vigentes y por no tener, tampoco, como se deduce de su propia denominación, tales “Normas”, finalidades distintas de las de “complementar” el planeamiento existente ó de “suplir” el inexistente.

CONSIDERANDO: Que sin desconocerse el esfuerzo que viene desplegando la doctrina para potenciar —por razones prácticas— las tan meritorias “Normas”, con apoyo en las disposiciones de los artículos 88 y siguientes del Reglamento de Plancamiento (aprobado por Decreto 2159/78, de 23 de junio), recientemente premiado con la entrada

en vigor del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre (por el que se posibilita la adaptación, a la moderna y vigente Ley del Suelo, de los Planes generales anteriores a ella, mediante "normas subsidiarias de planeamiento") y a pesar de que, en principio, la tesis de la parte demandada parece correcta, como avalada por el citado artículo 88 de dicho Reglamento, donde expresamente se dice que "las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento tendrán el ragon jerárquico de los (Planes de Ordenación) que complementen o suplan", la simple naturaleza reglamentaria de este precepto y las prescripciones de los artículos 45 y 49 de la actual Ley del Suelo (de las que se deduce que todos los Planes de Ordenación, teniendo vigencia indefinida, sólo podrán derogarse o modificarse por otros posteriores) y de los artículos 70,2 y 71,1 de la misma Ley (de las que resulta, que pueden existir dichas Normas "para todo o parte del territorio" propio de la competencia de las entidades locales y, concretamente, que pueden existir Normas Subsidiarias de Planeamiento para sólo aquella parte de un municipio que no disponga de plan de ordenación), llevan a esta Sala a entender, que el "rango jerárquico" que de las meritas Normas predica el citado artículo 88 del Reglamento de Planeamiento, sólo lo ostentan las mismas en cuanto no se proyecten, modificando su ordenación urbanística, sobre el ámbito territorial de algún Plan, distinto de aquel al que complementen o suplan tales Normas, que siga todavía vigente.

CONSIDERANDO: Que partiendo de esta interpretación —parcialmente acorde con la de la apuntada tesis de la parte recurrente y, en todo caso, respetuosa con la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 3 de mayo y de 2 de octubre de 1979, claramente expresiva de que la de cubrir el "vacío" o la "insuficiencia" de ordenación urbanística— y puesto que está suficientemente acreditado en estos autos a) que la zona de "Cala Domingos", situada dentro del término municipal de Manacor, dispone, desde 1973 y 1974, respectivamente, de Plan General y de Plan Parcial, y b) que a la normativa de éstos —modificándola— afecta la de las "Normas" que aquí se combaten (como sucede, precisamente, con la aplicable al solar de la recurrente, que pierde su calificación urbanística según dichos planes —Semi Intensiva B, Zona de Bungalows— para pasar a tener, en parte, la de Zona Verde y, en parte, de la Extensiva G-1, según resulta de la certificación municipal unida en el período probatorio de este proceso), es evidente que el presente recurso ha de prosperar, por no ajustarse al ordenamiento jurídico —aunque parcialmente— los actos administrativos impugnados, y que procede, por tanto, acceder a la pretensión deducida en el suplico de la demanda de autos.

25

25. FONDO DE GARANTIA SALARIAL. Procedencia de las prestaciones. Efectos de la conciliación judicial ante las Magistraturas. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

RESULTANDO: Que habiendo sido el Sr. Ll. despedido de la empresa "X., S.A." en la que venía prestando servicios e instado el correspondiente procedimiento ante la Magistratura de Trabajo, se resolvió ésta la número 1 de las de Palma, por medio de acto de conciliación, en el que declarada la improcedencia del despido se compromete la empresa a abonar al recurrente 96.000 ptas., solicitada la ejecución de tal conciliación y

declarada la insolvencia provisional de aquella se solicitó del Fondo de Garantía Salarial el pago de la indemnización correspondiente éste lo denegó por resolución de 26 de junio de 1980, que recurrida en alzada, fue confirmada y rechazado el recurso por nueva resolución de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial de 16 de diciembre siguiente.

CONSIDERANDO: Que por D. J. Ll. P., antiguo trabajador de la empresa "X., S.A." de esta ciudad, se planteó este recurso contra una resolución de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, de 16 de diciembre de 1980, por ser desestimatoria del recurso de alzada, previamente interpuesto por el propio Sr. Ll., contra otra anterior resolución de la Comisión provincial del mismo Fondo de Garantía Salarial, de Baleares, de 26 de junio de 1980, mediante la que se había denegado indemnización de 96.000 ptas., solicitada por el Sr. Ll. en 13 de febrero de 1980, con apoyo en las siguientes circunstancias: a) que el 23 de febrero de 1978, ante el Magistrado de Trabajo número Uno de esta capital y en "acto de conciliación", se llegó a una avenencia del Sr. Ll. con dicha empresa, por la que ésta, reconociendo la improcedencia de su despido y siéndole imposible su readmisión, le abonaría una indemnización de 96.000 ptas. —cantidad superior al salario de cuatro meses— dentro de los cinco primeros días del mes de abril siguiente, b) que no habiendo sido satisfecha dicha indemnización, el Sr. Ll. instó, en 15 de octubre de 1979, la ejecución judicial de aquella conciliación, a lo que se accedió por providencia del siguiente día 16, en la que también se acordó el correspondiente embargo de bienes para cubrir aquella suma que resultó negativo, y c) que, por auto de la misma Magistratura de Trabajo, de 5 de noviembre de 1979, se declaró la insolvencia de dicha empresa, por lo que seguía sin percibir el importe de la expresada suma; todas cuyas circunstancias justificó documentalmente.

CONSIDERANDO: Que las aludidas resoluciones del Fondo de Garantía Salarial se fundan, coincidentemente, en la inexistencia de un reconocimiento judicial o administrativo de la indemnización pretendida por el Sr. Ll., como pactada por éste con su empresa, que obsta al solicitado abono de aquella por el meritado Fondo, por imperativo de lo establecido en el artículo 2º del Real Decreto-Ley 34/78, de 16 de noviembre; mientras que, por el Sr. Ll., se mantiene, tanto en la vía administrativa como en esta vía jurisdiccional, con expresa invocación de lo que prescribe el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Laboral, que existe "reconocimiento judicial" de dicha indemnización, por haber sido aprobada por el Magistrado de Trabajo, en aquel acto de conciliación, la "avenencia" a que se llegó en el mismo y que es, por ello, título bastante, tanto para exigir su cumplimiento por los trámites de ejecución de sentencias como para reclamar del Fondo de Garantía Salarial dicha indemnización.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el "acto de conciliación con avenencia" (aunque ésta haya sido aprobada por el Magistrado de Trabajo ante el que se celebró aquél, por inexistencia de "lesión grave para alguna de las partes", como exige el aludido artículo 75 de la Ley de Procedimiento Laboral), no entraña un "reconocimiento judicial" de la indemnización, por despido improcedente, que puede fijarse, por simple "acuerdo" del trabajador y de la empresa, en dicho "acto de conciliación" (pese a la posibilidad de que se reclame aquélla por la misma vía procesal establecida para la ejecución de las sentencias, como también precisa dicho artículo 75, con disposición análoga a la del artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) porque ese "quantum" indemnizatorio no proviene de una decisión judicial, y dado que, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 34/78, de 16 de noviembre (desde su publicación, al siguiente día 18, en el Boletín Oficial del Estado), el Fondo de Garantía Salarial sólo viene obligado, hasta determinada cuantía, al abono de las "indemnizaciones reconocidas judicial o administrativamente en favor de los trabajadores, por causa de despido", en los supuestos de "insolvencia", declarada judicialmente, de sus empresas (según prescripción de su artículo 2º, luego reiterada en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980), no sólo ha de compartirse la apuntada tesis de las resoluciones recurridas (reproducida en el escrito de contestación a la demanda de autos), con rechazo de la sostenida por la parte recurrente, sino que ha de ser desestimado el presente recurso; pues, aunque aquel "acto de conciliación con avenencia" tuviera lugar el 23 de febrero de 1978, tanto la declaración de insolvencia de la empresa "X., S.A." (en 5 de noviembre de 1979), como la inicial reclamación del Sr. Ll. al Fondo de Garantía Salarial (en 13 de febrero de 1980), se produjeron yá du-

rante la vigencia de dicho Real Decreto-Ley 34/78, de 16 de noviembre, como, también, del posterior Real Decreto de 14 de agosto de 1979, vigente desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado del siguiente 5 de septiembre y aplicable a las "reclamaciones planteadas y resueltas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor" (según interpretación esta misma Sala en su anterior sentencia de 10 de junio de 1981).

CONSIDERANDO: Que al decidirlo así, por resultar las resoluciones administrativas aludidas conformes con el ordenamiento jurídico, no existen, sin embargo, méritos bastantes para un especial pronunciamiento sobre costas.

26

26. REVISIÓN DE ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. Motivos de revisión: manifiesto error de hecho. Ambito de la función revisora. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución del presente litigio, los siguientes:

1º) La Delegación de Hacienda de Baleares dictó acuerdo calificando como urbanos unos terrenos que el padre de los recurrentes F.S.Q. hoy fallecido, había adquirido en el término municipal de San Juan Bautista de la Isla de Ibiza el 3 de febrero de 1971; 2º) La propia Delegación de Hacienda giró el 19 de octubre de 1979 sendas liquidaciones de las cuotas de Contribución Urbana, correspondientes a los periodos de tiempo transcurridos entre el 1 de enero de 1974 y el 31 de diciembre de 1978; 3º) Por entender los recurrentes que si bien dichas liquidaciones fueron notificadas teóricamente de forma legal, llegaron a su conocimiento una vez transcurridos los plazos para proceder a su impugnación por los conductos ordinarios, interpusieron el recurso extraordinario de revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 171 de la Ley General Tributaria, 127 y 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 136 y siguientes del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, con base en la existencia de un *manifiesto error de hecho en la apreciación de las circunstancias que podían motivar la calificación de los terrenos en urbanos*; 4º) El Tribunal Económico-Administrativo Central, en acuerdo del 2 de octubre de 1980, declaró que existe errónea calificación del recurso, estimando que el escrito de interposición de fecha 15 de febrero de 1980 entraña la instancia de los recurrentes para que el Delegado de Hacienda de Baleares de conformidad con la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1976, acuerde, en su caso, la recalificación de los terrenos; y 5º) Contra este acuerdo se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que el artículo 171 de la Ley General Tributaria dice que el recurso extraordinario de revisión podrá interponerse... a) si se hubiera incurrido en *manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente*; similar previsión establece el artículo 136 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo: que se hubiere dictado con *evidente y manifiesto error de hecho* que afecte a la cuestión de fondo, siempre que dicho error *resulte plenamente demostrado de la prueba documental unida al expediente* que haya servido de base para dictar los actos im-

pugnados; y el 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo: que al dictarlo se hubiera incurrido en *manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente*.

CONSIDERANDO: Que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1979, dado el *carácter extraordinario* del recurso de revisión, en vía administrativa no es dable extender el conocimiento del Tribunal Económico-Administrativo —y por supuesto el de la Sala en vía jurisdiccional—, fuera del motivo en que tal recurso se basó.

CONSIDERANDO: Que al interpretar el artículo 136 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo aprobado por Decreto de 26 de noviembre de 1959 y el 171 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, el Tribunal Supremo ha reiteradamente proclamado (sentencias de 9 de marzo de 1970, 2 de noviembre de 1971, 4 de julio de 1973, 31 de mayo y 24 de octubre de 1974, 24 de enero y 18 de abril de 1975 y 22 de enero y 15 de octubre de 1976) que *error de hecho* es el numérico, aritmético, o accidental, para cuya comisión no se precisa de raciocinio alguno y que ha de ser evidente por sí mismo, patente, claro y manifiesto, concretándose en el error material que versa sobre una cosa, hecho o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, y excluyendo de su ámbito, por tanto, lo que afecte a cuestiones de derecho, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones jurídicas que pueden establecerse; doctrina ésta que al reconocer que las omisiones o inexactitudes producidas en las declaraciones de los contribuyentes solamente deben ser admitidas en supuestos de hecho simples, de inmediato y fácil conocimiento y que den lugar a una fórmula de aplicación automática e indiscutible de los preceptos legales pertinentes, tiene también un claro fundamento de orden pragmático, pues de aceptarse otra solución habría de producirse una inseguridad jurídica permanente en relación con el resultado de las liquidaciones practicadas; opinión seguida por la de 1 de octubre de 1979 que expresa que el error de hecho ha de caracterizarse por ser ostensible, manifiesto, indiscutible, independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, con exclusión de su ámbito de lo que afecte a cuestiones jurídicas, valoración legal de las pruebas e interpretación de disposiciones legales.

CONSIDERANDO: Que el ámbito, pues, del presente recurso jurisdiccional ha de ser centrado exclusivamente en el recurso extraordinario de revisión interpuesto por los recurrentes ante el Tribunal Económico-Administrativo Central con base en los citados artículos 171.1 a) de la Ley General Tributaria y 136.1. 1º del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo; y siendo ello así es procedente declarar que la resolución de aquél, *acertadamente sostiene*, con fundamento en el carácter formalista y excepcional de esta clase de recursos, *que no se da en el supuesto enjuiciado el evidente y manifiesto error de hecho* que afecte a la cuestión de fondo y que resulte plenamente demostrado de la prueba documental unida al expediente; lo cual es absolutamente cierto, pues en el expediente constan solamente: fotocopia de la escritura de compraventa, fotocopias de los Documentos Nacionales de Identidad, fotocopia del croquis de situación de las parcelas, fotocopia del acuerdo de la Administración de Impuestos Inmobiliarios, fotocopia de las notificaciones exigiendo el pago de la Contribución Urbana, acuerdos del Tribunal concediendo un plazo de 15 días para formular el escrito de alegaciones y proponer las pruebas, sendos escritos de los recurrentes manifestando que en el recurso interpuesto se incluían todas las pruebas y resolución del Tribunal; por lo que ni indiciariamente puede deducirse el error de hecho alegado y consistente en calificar de urbanos los terrenos, cuando en realidad son rústicos, según queda expresado.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, resulta procedente la estimación del presente recurso por la disconformidad a Derecho de la resolución recurrida, en cuanto a los pronunciamientos, que deben ser anulados, que contiene, al tratarse de un auténtico recurso de revisión el interpuesto, y al propio tiempo la desestimación del mismo por las pretensiones de los recurrentes en dicho recurso de revisión, tal como queda expuesto.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando parciamente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador A. N. M., en nombre de F. y G. S. L., contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de octubre de 1980, debemos anularla y la anulamos por no ser conforme a Derecho; y desestimando el recurso de revisión interpuesto, por su disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, debemos declarar y declaramos que las liquidaciones de Contribución Urbana relativas a unos terrenos sitios en el término municipal de San Juan Bautista de la Isla de Ibiza, adquirido por el difunto padre de los recurrentes por escritura pública de 3 de febrero de 1971, se ajustan a Derecho; sin perjuicio de la recalificación, en su caso, de los terrenos cuestionados; sin hacer expresa imposición de costas causadas.

28

28. OBRAS SIN AJUSTARSE A LA LICENCIA OTORGADA.

Suspensión de las mismas precedente aunque no se aparten de las ordenanzas, principio favor acti. Presunción de validez de los actos. Licencia acto reglado, se puede autorizar la parte del proyecto cuya construcción es factible con arreglo al Planeamiento. Marquesina que no se separa 3 metros de la alineación de la calle. Principio Favor Libertatis. Carácter excepcional del derribo, principio de menor demolición. Legalización de la marquesina si se separa tres metros de la alineación de la calle. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución del presente litigio, los siguientes: 1º) El día 15 de abril de 1980 el Ayuntamiento de Calviá "acordó conceder autorización para realizar las obras solicitadas correspondientes a la reparación de desperfectos en el edificio Concorde de Paguera, emplazado en la Carretera de Cala Fornells..."; 2º) El 28 de mayo de 1980, registro de salida del 7 de junio siguiente, la Alcaldía dicta un Decreto-Resolución ordenando la suspensión, por carecer de licencia, de la "construcción de una estructura metálica formada por pilares cuadrados (2 U soldadas) y en tramado horizontal de viguetas doble T de una superficie de unos 220 metros cuadrados para aparcamiento de coches y porche de entrada al edificio", al mismo tiempo que se requiere al solicitante para que pida la oportuna licencia y se acuerda iniciar el expediente sancionador previsto en la Ley del Suelo y en el Reglamento de Disciplina Urbanística; 3º) El 10 de julio también de 1980, el Administrador Gerente del Edificio Concorde solicita la legalización de la obra efectuada; 4º) La Comisión Municipal Permanente en sesión celebrada el 22 de julio deniega la legalización "al no separarse los tres metros mínimos, según las Ordenanzas vigentes, la citada marquesina de la alineación de calles"; 5º) Interpuesto recurso de reposición, es desestimado por acuerdo de 13 de enero de 1981; y 6º) Contra estas dos últimas resoluciones se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que aunque por la representación municipal no se aportan a los autos las Ordenanzas ni los particulares de las mismas relativos al caso que se contempla,

resulta obligado aceptar la infracción denunciada, no sólo porque *en momento alguno fué negada o impugnada por el recurrente*, sino también porque en lo que respecta a la valoración probatoria el mantenimiento de la apreciación que sobre ello se hizo por las resoluciones municipales —apoyadas en los informes del Arquitecto Municipal, Asesoría Jurídica y Jefe del Negociado de obras— se impone por el principio *favor actis*, que la Jurisprudencia ha venido reconociendo con insistencia en cuanto a los actos administrativos, declarando que se presume *juris tantum* que estos están ajustados a derecho y los acompaña al acierto, incumbiendo al que los impugna evidenciar la realidad de los vicios y anomalías que atribuye a aquéllos (sentencias de 1 de julio de 1971, 25 de octubre de 1972 y 25 de mayo de 1979), lo que, como queda expuesto, no se ha realizado.

CONSIDERANDO: Que, en realidad, el único argumento esgrimido para impugnar los actos administrativos denegatorios de la legalización de las obras se articula con base en que en el “proyecto básico y de ejecución para la reparación desperfectos en el edificio Concorde” se establece (Apartado c-1 a; folio 37) que “se considera conveniente la supresión de jardineras por ser zona de fácil filtración. Alternativamente se colocarán unas marquesinas prefabricadas ligeras con las que proteger el vestíbulo y parte del aparcamiento”, por lo que, siempre según la tesis del actor, ha de entenderse que la licencia ampara todas las obras descritas en el proyecto; pero, como dicen las sentencias de 6 de junio de 1979 y 6 de junio de 1980, “aunque es cierto que un proyecto de edificación constituye un todo coherente que normalmente debe ser examinado y, por consecuencia, autorizado o denegado en bloque, existe una amplia doctrina jurisprudencial que tiende a autorizar aquella parte del mismo cuya construcción es factible con arreglo al planeamiento o normativa urbanística aplicable”, y ello como consecuencia de que el otorgamiento de licencia para obras y construcciones en terrenos privados son actos reglados en cuanto que la Administración se limita a controlar si tal modalidad de ejercicio de las facultades dominicales del particular se ajustan a las disposiciones que lo encauzan y regulan en interés público, en los aspectos urbanísticos, higiénico, ornamental y otros de clara relación con el bien general, disposiciones a que los Ayuntamientos habrán de ajustarse en el doble sentido de tener que denegar las licencias a que tales disposiciones se opongan y de tener que conceder las que a las mismas se acomoden; por lo que, en caso de impugnación de la licencia es claro que los Tribunales, en el ejercicio de sus funciones revisora y fiscalizadora, deberían anularla por contravenir las Ordenanzas o, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en la parte ilegal; y el propio Ayuntamiento, en la misma hipótesis de licencia otorgada contra el ordenamiento urbanístico en vigor en la fecha del otorgamiento, puede adoptar las medidas a que se refieren los artículos 186 y siguientes del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976; pero es que tampoco puede entenderse que la licencia concedida ampara la construcción de la marquesina, porque el Ayuntamiento —aparte el error sufrido al no excluirla expresamente de la licencia— carecía totalmente de datos para ejercer su facultad reglada de incluirla en el permiso, por cuanto no se aportó al proyecto ningún plano, ni siquiera se hicieron constar sus medidas ni su concreto emplazamiento, y resulta absurdo, y por lo tanto rechazable, que se dejase a la voluntad del constructor su edificación, contraviniese o no el ordenamiento urbanístico; y, por otra parte, no deja de ser significativo, que el recurrente no impugnase el Decreto de 28 de mayo de 1980 y acudiese a la vía de la legalización, y que en el expediente formado para la concesión de la licencia se hable equivocadamente de “reparación de desperfectos, en el edificio”, que, incluso, indujo a error al Ingeniero Jefe de la Jefatura Regional de Costas y Puertos que manifiesta” ...que no existe inconveniente en que se acceda a lo solicitado, puesto que las obras de referencia en nada modifican la situación legal del Edificio Concorde *ni alteran su entorno, por limitarse a reparaciones intrínsecas al edificio*”; por último, debe hacerse constar que la Corporación pudo perfectamente solicitar que se completara el proyecto respecto a la repetida marquesina de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9, regla 4ª, párrafo 1º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que permite la corrección de deficiencias subsanables, sin que por ello la petición actuada pierda su eficacia cronológica.

CONSIDERANDO: Que alega la parte actora que cuando recibió el traslado del Decreto de 28 de mayo de 1980 las obras estaban totalmente terminadas, por lo que la orden de suspensión era de cumplimiento imposible; pero aparte de que la prueba testifical

propuesta para justificar este extremo no es concluyente, pues D. A. S. P. habla de "alrededor de los meses de abril o mayo", D. J. R. N "que llegó del servicio militar en noviembre de 1980 y que el toldo de que se trata ya estaba instalado" y D. J. B. J. afirma "que le parece recordar que tuvo lugar en el mes de abril o primeros de mayo de dicho año 1980", no alegándose prescripción —en la pregunta formulada a los citados testigos se afirma que la marquesina terminó de instalarse en enero o febrero de 1980— el hecho tendría la única trascendencia de la inaplicación del artículo 184 de la Ley del Suelo, y ninguna otra, quedando incólume el contenido del 185 del mismo Cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que, como queda expresado, la denegación de la legalización se basa en que la marquesina no se separa tres metros de la *alineación de calles*; y al solicitarse a instancia del recurrente un informe del Consell Insular de Mallorca de que "la carretera que, desde la de Palma a Andraitx a su paso por Paguera, conduce a Cala Fornells, pertenece y está a cargo de este Consell con la numeración PM-V 101-1", parece —no se formula razonamiento alguno sobre este punto— indicar que el Ayuntamiento no tiene competencia sobre este aspecto; pero ello, aun sin estimar la contradicción que supondría todo lo actuado a su instancia, con una flagrante contradicción del principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, implicaría un claro ejemplo de *competencias compartidas*, pero nunca una exclusión de la del Ayuntamiento y de la vigencia de las Ordenanzas municipales en materia de alineaciones.

CONSIDERANDO: Que la ordenación urbanística está configurada en cierto modo como función pública, alterando profundamente el sentido tradicional del derecho de propiedad, no en su definición legal genérica (artículo 348 del Código Civil), sino en la regulación del contenido del mismo cuando recae sobre un bien inmueble (artículo 350), produciendo, como ha resaltado la doctrina científica, una erosión de la antigua normativa y una inversión en la relación existente entre el suelo y las construcciones (*ius aedificandi*), hasta el punto de que ahora no es el suelo el que ostenta el valor fundamental y el que ejerce la vis atractiva, superponiéndose las conveniencias del desarrollo urbanístico, y, por lo tanto, del interés general, a través de la racionalidad de la tarea planificadora; ahora bien, esto no quiere decir que este cambio en la jerarquía de valores deba ir más allá de lo necesario, puesto que el derecho de propiedad continúa amparado, incluso constitucionalmente, por lo que tiene plena vigencia la prevención del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales al declarar que el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen, y que si fueren varios los admisibles se elegirá al menos restrictivo de la libertad individual; así, conviene dejar sentado el carácter excepcional del derribo de una construcción como contrario a un derecho preexistente: ese derecho a edificar reconocido por los citados preceptos del Código Civil; expresando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1980 que en lo referente a la *demolición* de las obras realizadas hay que tener en cuenta que sólo deberá verificarse si no existe posibilidad de ser legalizada, por lo que disponer la demolición constituye una medida que únicamente debe adoptarse cuando se hayan cumplido los requisitos legales que para ello se establecen; y aun otras sentencias (26 de junio y 27 de diciembre de 1974 y 8 de mayo de 1980) hablan del principio de *menor demolición*, esto es, la estrictamente indispensable para ajustar a la normativa aplicable la obra denunciada; pues bien, dadas las características de las marquesinas —en el proyecto se las denomina prefabricadas ligeras— y teniendo en cuenta que la única infracción observada, como queda repetidamente expuesto, es la de no separarse tres metros de la alineación de calles, resulta procedente anular parcialmente los acuerdos impugnados en el sentido de que deben requerir al recurrente antes de la demolición para que si le conviene proceda a separarlas a la referida distancia impuesta por las Ordenanzas, en cuyo caso deberán ser legalizadas.

33

33. OFICINAS DE FARMACIA. El conocimiento sobre la denegación de apertura es competencia de la Sala de lo Contencioso de la audiencia Territorial de Palma de Mallorca, aunque haya resuelto en alzada el Pleno del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos. No procede la siguiente interpretación: Las normas complementarias, aclaratorias y ejecutivas se integran, con aquellas que complementan o aclaran, en un mismo bloque normativo lo que permite que se apliquen con efectos retroactivos, ya que carecen de sustantividad. Apertura de nuevas farmacias: Interpretación restrictiva. *Sentencia de 15 de abril de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la hoy recurrente, D. M. L. LL., Licenciada en Farmacia, solicitó, en 18 de noviembre de 1978, la necesaria autorización para el establecimiento de una nueva Oficina de Farmacia en la barriada costera denominada Cala Moreya, sita en término municipal de Manacor, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3º, 1, b) del Real Decreto de 14 de abril de 1978, por el que se posibilita el establecimiento de nuevas oficinas de Farmacia "cuando la que se pretenda instalar vaya a atender a un núcleo de población, de, al menos, dos mil habitantes", como "excepción" al "régimen general" establecido por el párrafo 1 del mismo artículo 3º, donde se dice que "el número total de Oficinas de Farmacia... en cada Municipio no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes"; habiéndose sido denegada dicha autorización por un primer acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Baleares, de 6 de mayo de 1980, y por otro posterior —en trance de alzada del anterior— del Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, de 30 de octubre de 1980, contra los cuales la Sra. M. L. LL. planteó el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que para conocer del mismo, como órgano jurisdiccional competente, se halla plenamente facultada esta Sala, a tenor de lo dispuesto en los artículos 10, 1, c) y 11, 1ª de la Ley de esta Jurisdicción, en relación con lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, tal y como hemos mantenido, reiteradamente, en diversas sentencias, siempre dictadas con ocasión de revisar acuerdos similares a los ahora recurridos; lo que nos lleva a rechazar —sin necesidad de reproducir aquí los razonamientos expuestos en aquellas resoluciones, por ser de sobra conocidos por la representación del mencionado Consejo General— el alegato de inadmisibilidad que, sobre la incompetencia de este Tribunal y sobre la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, formuló dicha representación procesal en su escrito de contestación a la demanda de autos.

CONSIDERANDO: Que fundamentándose, los referidos acuerdos, tanto con las antes transcritas prescripciones del artículo 3º de dicho Real Decreto de 1978, como, también, con la normativa de la Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979 (publicada en el B.O. del Estado del 18 de diciembre siguiente) y, muy concretamente, con la disposición de su artículo 3, donde se preceptúa que "para conceder autorización de nueva Oficina de Farmacia, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del nú. 1 del artículo 3º del Real Decreto de 14 de abril de 1978, será preciso que el núcleo de población que vaya a atender cuente al menos con 2.000 habitantes, debidamente censados en el Municipio de que se trate, acreditados por certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento...", sos-

tiene la recurrente, en apoyo de su postura impugnatoria de tales acuerdos, que éstos no se ajustan a Derecho, porque deciden, en realidad, conforme a lo establecido en ese artículo 3 de dicha Orden ministerial de 1979 —que mal podía aplicarse a su solicitud, como formulada más de un año antes de que la misma se dictara y entrara en vigor— y prescindiendo, de hecho de lo dispuesto en aquél apartado b) del número 1 del artículo 3º del citado Real Decreto de 1978 —a tenor del cual, exclusivamente, debió de resolverse sobre su solicitud— por cuanto que —en su opinión— dicho apartado b) no contiene la exigencia de que los dos mil habitantes, que el mismo fija, sean, precisamente, “habitantes censados”.

CONSIDERANDO: Que pudiendo rechazarse —en línea con las opuestas alegaciones de la parte demandada— el primero de tales razonamientos de la actora, porque dicha Orden ministerial de 1979 se dictó al amparo de la Disposición final 2ª del Real Decreto de 1978, por lo que se facultó al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social para dictar cuantas normas fueran necesarias para el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en dicho Real Decreto y porque esa circunstancia ya posibilitaría la aplicación —a la solicitud de la Sra. M. L. LL. de dicha Orden ministerial, según la doctrina jurisprudencial que enseña que las “normas o disposiciones complementarias, aclaratorias y, en cierto modo, hasta ejecutivas” —dictadas como lo fué esa Orden ministerial— “se integran” —con aquellas que complementan o aclaran— en un mismo “bloque normativo”, lo que permite que se apliquen con efecto retroactivo, ya que “carecen de sustantividad” (ver sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1979 y de 2 de febrero y 4 marzo de 1980), estimamos, sin embargo, que no resulta preciso tan expreso rechazo, porque ese razonamiento deviene inoperante desde el mismo momento en que —frente a la apuntada opinión de la recurrente— forzoso se hace tener que entender, tras detenida lectura de todo el texto del artículo 3º de aquel Real Decreto de 1978, que el tan aludido apartado b) de de su número 1, no sólo se refiere a “habitantes”, pese a su literalidad, sino a “habitantes censados, como se desprende, fácilmente, de la varia referencia que al “censo” se hace en otros lugares del mismo artículo 3º, de la prescripción que contiene su número 3, donde se dice que “las excepciones señaladas en el número 1 de este artículo lo son a un criterio general restrictivo, conducente a adecuar el número de Oficinas de Farmacia a las cifras de población, de forma que cualquier posible autorización o apertura, con base en lo previsto en el apartado b)... anulará la posibilidad derivada del incremento de la cifra de habitantes” y del simultáneo empleo, en un mismo precepto, de los términos “censo”, “población” y “habitantes”, por el que se impone una interpretación equivalente de todos ellos.

CONSIDERANDO: Que ello conduce, consecuentemente, a la desestimación del presente recurso, por cuanto que, en el expediente unido, hay constancia de que, al tiempo de presentarse aquella solicitud de la Sra. M. L. LL. el núcleo de población de la barriada de Cala Moreya sólo alcanzaba la cifra de 103 habitantes censados, según resulta de la rectificación del Padrón municipal de Manacor correspondiente al 31 de diciembre de 1977 (folio 26 del expediente); sin que ello suponga desprestigiar, en modo alguno, la doctrina jurisprudencial —invocada por la recurrente— que, en algunas ocasiones, computó, también, la cifra media anual de población flotante, en supuestos como el de autos (sentencia, entre otras, del T.S. de 21 de noviembre de 1979), ni de la que, con especial reiteración (sentencias, en tres otras y como más modernas, de 22 de octubre de 1980, de 7 de mayo, de 10 de junio y de 1 y de 9 de julio de 1981, también del T.S.), viene reclamando, en la aplicación de la normativa limitadora de la apertura de nuevas farmacias, una interpretación restrictiva, en beneficio del libre ejercicio profesional de los farmacéuticos y del mejor servicio público o social que las farmacias prestan, toda vez que, al parecer, el Tribunal Supremo no se ha enfrentado todavía con la más reciente normativa del tan aludido Real Decreto de 14 de abril de 1978 y de la también citada Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979, aparte que, en el caso que nos ocupa, no existe posibilidad alguna de interpretación distinta de la que ha quedado expuesta anteriormente sobre el sentido y alcance del examinado apartado b) del número 1 del artículo 3º de dicho Real Decreto de 1978.

C. INDICE ANALITICO

- Actividades molestas
 - Denegación por razones de urbanismo, 13
 - Otorgamiento de licencia por silencio positivo, 13
- Actos administrativos
 - Nulidad, 24, 32
- Camino Privado, 16
- Contratos
 - Concurso, 6
 - Corte de suministro, 18
 - De gestión de servicios públicos, 15, 17
 - De obra, 27
 - De suministro, 10
 - Pliego del concurso, 6
 - Revisión de precios, 11, 27
 - Revisión de tarifas, 10, 15, 17
- Cuestión nueva y argumento nuevo, 15
- Cuestiones dominicales
 - Conocimiento, 14
- Desviación de poder, 16
- Domicilio fiscal
 - Declaración del domicilio, 4
 - Obligación de comunicarlo, 4
- Expropiación forzosa
 - Error de cálculo en el dictamen del arquitecto del jurado, 34
 - Petición de un concesionario para que se expropie sin acompañar estudio o dictamen, 36
 - Tasación de bien según valor urbanístico, 34
- Valoración de bienes objeto de reversión, 1
- Fondo de garantía salarial, 25
- Funcionarios
 - De Correos y Telecomunicaciones, concurso, 3
 - Locales, 24
 - Modificación de plantillas, 29
 - Trienios, 22
- Notificación
 - En el domicilio, 4
 - Obligación de notificar, 9
 - Por edictos, 4
 - Requisitos, 9
- Oficina de farmacia
 - Denegación de apertura, 33
- Poder para pleitos
 - Falta de acreditación del acuerdo Corporativo al Notario autorizante, 10
- Procedimientos de apremio
 - Falta de notificación, 4
 - Motivos de oposición, 4
- Recurso extraordinario de revisión
 - Ámbito: estrictamente a los motivos de revisión, 26
 - Competencia: TEAC, 26
 - Error de hecho, 26
 - Motivos de Revisión, 26
- Revisión de oficio
 - Requisitos, 7

Sanciones

Alteración del orden público económico, 8

Audiencia, motivación, 8, 35

Decomiso de reses vacunas no es sanción, 30

Falta de prueba, 35

No lo es retirar cupos de artículos intervenidos, 8

No procede aunque se haya utilizado trabajador portuario, 23

Prescripción y caducidad, 5, 8

Principios que informan el Derecho sancionador administrativo, 5

Solares cementerío

Propiedad, 32

Urbanismo

Caducidad de la licencia, 21

Demolición, 2

Licencia de obras, otorgamiento salvo derecho de propiedad, 14

Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, 20

Obras menores, licencias, silencio positivo, 19

Obras que invaden terrenos a ocupar por la vía pública, 31

Suspensión de obra, 2, 28

Vías de recuperación de los derechos dominicales de la administración, 14

Zona Marítimo terrestre, 12

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Contrato de seguro de automóvil.** Necesidad de comunicar a la compañía de seguros la transacción "inter-vivos o Mortis-causa", a los efectos de la continuidad del seguro voluntario. Naturaleza jurídica distinta la del seguro obligatorio de la del voluntario de vehículo a motor. *Sentencia de 18 de enero de 1982**.
2. **Responsabilidad contractual.** Contrato de Seguro. *Sentencia de 18 de Enero de 1982**.
3. **Responsabilidad del propietario de la finca de los daños ocasionados por la ruina de todo o parte del inmueble.** No es necesario llamar a proceso al arrendatario de la finca. No existe **litisconsorcio pasivo necesario**. *Sentencia de 18 de enero de 1982**.
4. **Resolución arrendamiento de industria.** Necesidad de autorización del arrendador para la realización de obras. *Sentencia de 19 de Enero de 1982**.
5. **Separación matrimonial.** Medidas provisionales. *Sentencia de 19 de Enero de 1982**.
6. **Reclamación de cantidad. Reconvencción.** Estimación parcial del recurso. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*
7. **Auto de carácter ejecutivo a tenor del art. 10 del Texto refundido de la ley 122/1962 de 24 de diciembre sobre el uso y circulación de**

(1) La selección jurisprudencial ha sido realizada por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares J. Ferrer Marcel. En la presentación han colaborado los Profesores C. Gutiérrez González e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal, M. Perelló Caldentey y M. L. Zaforteza del Corral, del Departamento de Derecho Civil.

vehículos a motor. Excepciones de Nulidad del título y pluspetición. No ha lugar. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*

8. **Responsabilidad en el contrato de obra.** Vicios en la construcción (Vicio del suelo-desprendimientos de elementos de la fachada). *Sentencia de 25 de Enero de 1982*.*
9. **Culpa extracontractual.** No hay necesidad de demandar al asegurado y aseguradora, en uso de la facultad contenida en el art. 1.144 Cc. No existe Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 29 de enero de 1982*.*
10. Constitución regular de la relación procesal cuando consta en el proceso la ausencia de interés de los no vocados a la Litis. No existe **Litisconsorcio pasivo necesario.** *Sentencia de 1 de febrero de 1982*.*
11. **Derecho de retracto sobre un local arrendado.** Aplicabilidad del retracto en el caso de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de sociedades anónimas. *Sentencia de 1 de Febrero de 1982*.*
12. Nulidad de **juicio ejecutivo.** No se puede acumular la acción ejecutiva frente al librador y al aceptante. *Sentencia de 3 de febrero de 1982*.*
13. **Separación matrimonial.** Malos tratos. Abandono de hogar. *Sentencia de 4 de Febrero de 1982.*
14. **Separación matrimonial.** Malos tratos. *Sentencia de 5 de Febrero de 1982*.*
15. **Responsabilidad extracontractual.** Indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de accidente. Plazo de prescripción de la acción. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982*.*
16. **Vicios en la construcción.** Responsabilidad. Contrato de obra. Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982*.*
17. Conversión del juicio universal del concurso voluntario de acreedores en **quiebra mercantil.** Indicios racionales de comerciante. *Sentencia de 8 de febrero de 1982*.*
18. **Responsabilidad contractual.** Contrato de seguro. Culpa exclusiva

de la víctima. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982**.

19. **Responsabilidad contractual.** Contrato de seguro; cobertura de la póliza de seguro. Compensación de culpas. *Sentencia de 9 de Febrero de 1982**.
20. **Responsabilidad extracontractual.** Indemnización de lesiones en accidente de tráfico. Prescripción de la acción. Concurrencia de culpas. Responsabilidad contrato de seguro. Prescripción de la acción. *Sentencia de 12 de Febrero de 1982**.
21. **Juicio ejecutivo.** No ha lugar a las excepciones de compensación de crédito líquido y de plus-petición. *Sentencia de 15 de febrero de 1982**.
22. **Juicio ejecutivo.** Incomparecencia del apelante al acto de la vista. No ha lugar al recurso y condena en costas. *Sentencia de 15 de febrero de 1982.*
23. **Resolución de contrato de arrendamiento urbano.** No procedencia de la prórroga forzosa. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982**.
24. **Resolución de contrato de arrendamiento urbano.** Art. 114, 2 L.A.R. Subarriendo de la vivienda o local de negocio. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982**.
25. **Tercería de dominio.** No determinación del dominio exclusivo y excluyente por el tercerista del bien inmueble trabado en la ejecución. No ha lugar. *Sentencia de 16 de febrero de 1982**.
26. **Reclamación de cantidad.** Contrato de sociedad plasmado en documento privado. Posterior disolución. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982.*
27. **Legitimación activa.** Ambos cónyuges sujetos al régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, podrán ejercitar la acción conjuntamente o por separado. *Sentencia de 22 de febrero de 1982.*
28. **Desahucio de industria.** Falta de validez argumentos del demandado sobre la no existencia del arrendamiento de industria. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982**.

29. **Responsabilidad daños por accidente de tráfico.** Responsabilidad contrato de seguro. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982**.
30. **Reclamación de cantidad.** Préstamo. Alegación de novación. Aplicación art. 1.158 del Código Civil. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982.*
31. **Alimentos provisionales.** Fijación cantidad: Art. 146 C. C. *Sentencia de 26 de Febrero de 1982.*
32. **Ejecución de obras de acondicionamiento de fachadas.** Obligación de reparar la obra. Existencia cláusula de garantía. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982**.
33. **Reclamación de cantidad.** Fijación cantidad deuda. Imputación pago realizado mediante letras de cambio. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982.*
34. **Reclamación de cantidad.** Nadie puede desconocer en juicio una personalidad que tuviere reconocida fuera del mismo. *Sentencia de 1 de marzo de 1982.*
35. **Juicio ejecutivo.** Incomparecencia del apelante. No ha lugar al recurso y condena en costas. *Sentencia de 1 de marzo de 1982.*
36. **Declarativo de Mayor-cuantía.** Alegación de falta de legitimación pasiva. Aplicación del Estatuto de la Propiedad Industrial. *Sentencia de 2 de marzo de 1982.*
37. **Declaración de dominio sobre bienes inmuebles.** Bienes de dominio Público. Bienes de dominio privado. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982**.
38. **Contrato de seguro.** El seguro voluntario de responsabilidad de vehículo a motor, se rige básicamente por lo estipulado en la póliza. Aplicación del art. 385 C. com. *Sentencia de 5 de marzo de 1982**.
39. **Testamento olografo.** Declaración de su autenticidad y validez. Valoración de las pruebas periciales. *Sentencia de 8 de Marzo de 1982.*
40. **Indemnización de daños.** Riesgos incluidos en póliza de seguro de vehículos de motor que desempeñan labores industriales o agrícolas. *Sentencia de 8 de maro de 1982.*

41. **Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio.** Realización de obras in consentidas. *Sentencia de 9 de marzo de 1982.*
42. **Letra de cambio.** No contrae obligación alguna cambiaria el librado que no firma el acepto. Cesión del efecto cambiario para su negociación, y no cesión del crédito. *Sentencia de 9 de marzo de 1982.*
43. **Incumplimiento de contrato.** Responsabilidad de la herencia yacente. *Sentencia de 10 de marzo de 1982.*
44. **Incongruencia de sentencia.** Adquisición del aprovechamiento de aguas públicas por usucapión. *Sentencia de 10 de marzo de 1982.*
45. **Pretensión no probada suficientemente.** Reclamación de cantidad por impago de mercancía. *Sentencia de 11 de marzo de 1982.*
46. **Servidumbre de paso adquirida por usucapación inmemorial.** *Sentencia de 12 de marzo de 1982*.*
47. **Juicio ejecutivo.** Pluspetición. Discordancia entre el lugar designado para el embargo y aquel en que se llevó a cabo efectivamente. *Sentencia de 13 de marzo de 1982.*
48. **Renuncia y cláusula penal.** Legitimación "ad causam". *Sentencia de 13 de marzo de 1982*.*
49. **Separación causal.** Injurias e infidelidad. *Sentencia de 13 de marzo de 1982*.*
50. **Responsabilidad en el contrato de obra.** Art. 1.591 C.c. Vicios de la construcción. *Sentencia de 15 de marzo de 1982*.*
51. **Venta de cuota de participación en una explotación negocial.** Requisitos del contrato. *Sentencia de 16 de marzo de 1982.*
52. **Arrendamiento de apartamentos hoteleros. Desahucio.** Aplicabilidad de la LAU de 24-XII-1964. Arrendamiento de temporada. Art. 1.565 y 1.581 del C.c. Tácita reconducción. *Sentencia de 20 de marzo de 1982*.*
53. **Desahucio.** Aplicabilidad LAU de 24-XII-64. Arrendamiento de industria o de un local de negocio. *Sentencia de 22 de marzo de 1982*.*

54. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición. Provisión de fondos: ínsita en el pacto renovador. *Sentencia de 22 de marzo de 1982**
55. **Reclamación de cantidad.** Precio de arrendamiento de obra. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*
56. **Deuda por realización de obras.** Precontrato de sociedad. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*
57. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición fundada en la falta de provisión de fondos: puede ser esgrimida tanto por vía de excepción como por causa de nulidad. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.*
58. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición fundada en la defectuosa notificación del protesto y falta de provisión de fondos. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.*
59. **Sociedad rural menorquina. Liquidación.** Art. 64 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares. *Sentencia de 24 de marzo de 1982*.*
60. **Compraventa mercantil.** Plazo de caducidad de cuatro días. *Sentencia de 24 de marzo de 1982.*
61. **Indemnización por los daños y perjuicios causados por una construcción ruinosa.** Posible existencia de fuerza mayor. Arts. 391 y 1.907 C.c. *Sentencia de 26 de marzo de 1982*.*
62. **Separación matrimonial.** Art. 821 C.c. y regla adicional 5ª Ley 30/1981. *Sentencia de 27 de marzo de 1982.*
63. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Fundado en la muerte de uno de los demandados. Falta de acreditación. Correcta constitución de la relación jurídico-procesal por el emplazamiento hecho en forma. *Sentencia de 2 de abril de 1982.*
64. **Subrogación en el contrato de arrendamiento.** Art. 50 de la LAU de 24-XIII-64. *Sentencia de 2 de abril de 1982.*
65. **Contrato de Compraventa.** Consignación de precio: arts. 1.445 y 1.176 C.c. *Sentencia de 3 de abril de 1982.*
66. **Posibilidad de admitir la acción de retracto de comuneros en una**

- cesión de bienes.** Plazo de dicha acción, arts. 1.524 C.c. y 1.618 Lec. *Sentencia de 6 de abril de 1982**.
67. **Arrendamiento de local.** Art. 1.543 C.c. *Sentencia de 6 de abril de 1982**.
68. **Separación matrimonial.** Regla 5ª Ley 30/1981: excepción al 1.247 C.c. *Sentencia de 6 de abril de 1982.*
69. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad: letra perjudicada. Falta de provisión de fondos oponible al tercero tenedor de mala fe. *Sentencia 6 de abril de 1982.*
70. **Tercería de dominio.** Requisitos que han de concurrir para el alzamiento de la traba del bien objeto de la tercería. *Sentencia de 7 de abril de 1982.*
71. **Prescripción de la acción y culpa exclusiva de la víctima en texto refundido de la ley 122/1982,** de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor. *Sentencia de 7 de abril de 1982.*
72. **Pretensión de nulidad fundada en el art. 1,2 ley 13/1960** de 12 de mayo. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*
73. **Reclamación de cantidad.** Forma normal de acreditamiento de pago o "solutio" mediante recibo: eficacia desvirtuada por otros medios probatorios. Error de cuenta o aritmético. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*
74. **Liticonsorcio pasivo necesario:** apreciabilidad de oficio. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*
75. **Reclamación de cantidad.** Naturaleza jurídica del contrato de reservas de plazas hoteleras. *Sentencia de 15 de abril de 1982.*
76. **Nulidad de contrato en documento privado por el que los conyuges se separan y hacen las estipulaciones económicas al caso.** *Sentencia de 22 de abril de 1982.*
77. **Infracción del art. 582 C.c. en relación al 583 C.c.** *Sentencia de 22 de abril de 1982.*

78. **Juicio ejecutivo cambiario. Oposición. Nulidad por iliquidez de la cantidad que se reclama.** *Sentencia de 23 de abril de 1982.*
79. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición fundada en la falta de provisión de fondos. Tercero tenedor de mala fe. *Sentencia de 26 de abril de 1982.*
80. **Acción de resarcimiento.** Prescripción. Fijación de la fecha inicial. *Sentencia de 26 de abril de 1982.*
81. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Apreciabilidad de oficio. Incompatibilidad con la excepción de falta de legitimación *Sentencia de 26 de abril de 1982.*
81. **Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio.** Art. 1º de la LAU de 24-XIII-1964. *Sentencia de 27 de abril de 1982.*
83. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición: pluspetición. Falta de personalidad del librador ejecutante: apreciable, incluso de oficio. Documentos no fundamentales. Falta de provisión de fondos. *Sentencia de 30 de abril de 1982.*
84. **Resolución de contrato de compraventa.** Nulidad de lo actuado en 1ª instancia. Pago de las mejoras útiles. *Sentencia de 30 de abril de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMOVIL. Necesidad de comunicar a la compañía de seguros la transacción "inter-vivos o Mortiscausa", a los efectos de la continuidad del seguro voluntario. Naturaleza jurídica distinta la del seguro obligatorio de la del voluntario de vehículo a motor. *Sentencia de 18 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, como correctamente estimó el juzgador "a quo" en este punto, deben ser rechazadas las excepciones de falta de legitimación activa y de litisconsorcio pasivo necesario opuestas en el escrito de contestación en la demanda, dicese, de contestación a la demanda, fundada en el no acreditamiento de la propiedad del vehículo asegurado en la entidad demandada y ahora recurrente, ya que tal titularidad resulta acreditada en virtud no sólo de la certificación de la Jefatura de Tráfico de Burgos que obra en los autos, sino también del testimonio de la sentencia recaída en la causa penal por accidente de tráfico cuyo testimonio asimismo se halla en autos (Folio 168); justificación temporáneamente aportada al proceso, ya que se trata de documentos destinados a combatir una excepción y por ende no sometidos a la preclusión establecida en el art. 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conforme a lo sancionado reiteradamente por la doctrina jurisprudencial (Por todas, SS. de 2 de julio de 1960, 31 de octubre de 1963 y 24 de octubre de 1978).

CONSIDERANDO: Que, en cambio, sí debe tener acogida el motivo impugnativo de la sentencia recaída en primer grado jurisdiccional fundado por la recurrente en el contenido del art. 7º de las Condiciones generales de la póliza suscrita por el anterior dueño del vehículo con la demandada, expresivo de que "si el vehículo asegurado cambia de dueño a consecuencia de venta, donación, herencia, legado u otra causa cualquiera, los nuevos propietarios deberán declarar a la compañía por carta certificada su calidad de tales, en término de ocho días, cuando se trate de una transmisión inter vivos y dentro de un mes cuando lo fuera mortis causa; transcurridos dichos plazos, la garantía de esta póliza no surtirá efecto, si el cambio no consta en un apéndice firmado por ambas partes contratantes"; ya que al respecto no resulta acogible la fundamentación del fallo apelado, en tanto: a) Resulta descentrada la invocación del art. 27 del Reglamento del Seguro Obligatorio, relativo a que "la transferencia de la propiedad del vehículo durante la vigencia del contrato de seguro llevará aparejada la subrogación del adquirente en el lugar del asegurado y no alterará los efectos de aquél hasta el próximo vencimiento, en el que quedará automáticamente extinguido", ya que, como declara la S. de 8 de mayo de 1980 invocada por la recurrente (doctrina que ratifica la posterior S. de 23 de octubre de 1980), "es improcedente assimilar o confundir las respectivas normativas de los seguros obligatorio y voluntario en

la esfera automovilística pues mientras que el primero viene sometido a un régimen de derecho necesario en cuanto que surge de la obligación legal impuesta a todo propietario de un vehículo de motor como requisito indispensable para poder circular por el territorio nacional, el segundo o voluntario, por lo mismo que guarda sustantividad aunque sea compatible con el obligatorio, habrá de ser concertado y documentado con independencia de éste, según previene el art. 1º del Regl. de 19 de noviembre de 1964, y se regirá por sus específicos pactos por virtud de lo dispuesto en el art. 385 del C. Com., lo que explica la reiterada doctrina de esta Sala que aunque el seguro voluntario de automóviles sea concertado como complemento del obligatorio, conserva su genuina naturaleza y no puede identificarse con el otro ni someterse a su disciplina (SS., también, de 26 de abril de 1975 y 3 de marzo de 1978)". - b) Porque previsto tan concreto mecanismo para que operase eficazmente una eventual cesión de la posición contractual de asegurado, su inexistencia en el caso ahora decidido no puede quedar enervada por el resultado de la prueba testifical (testigos don J. P. H., don J. M. S. y don S. J. P.) del actor sobre las preguntas 2º y 3º (Folios 122 y ss.) relativa a unas supuestas conversaciones telefónicas, al haber manifestado a repreguntas su ignorancia de si se había o no cursado la carta prevista en la póliza; no pudiendo tampoco estimarse existente el supuesto uso mercantil invocado por la sentencia apelada, al haber quedado su existencia horra de toda probanza en los autos.

CONSIDERANDO: Que, "ex abundantia", también debe ser acogido el segundo motivo impugnativo de la sentencia recurrido (asimismo temporáneamente invocado en la contestación a la demanda) consistente en la infracción por parte del hoy actor del art. 13 de la póliza al no haber dado el oportuno parte de siniestro a la entidad aseguradora dentro del plazo de cuatro días a partir de la ocurrencia de aquél, ya que el parte suscrito por el ahora demandante lleva fecha 25 de octubre de 1976 (Folio 142), como reconoce el demandado al absolver la tercera de las posiciones que para confesión le fueron formuladas por la contraparte (Folio 145), por lo que al haber ocurrido el accidente el día 14 de septiembre del mismo año, según consta por el testimonio de sentencia penal referido, es obvio que también por esta vía cesaría la garantía del seguro voluntario, al tratarse de responsabilidades impuestas judicialmente al hoy actor no cubiertas por el seguro obligatorio y por ende sometidas —según se indicó— a los términos del contrato.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en el demandante, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en primera instancia; así como obviamente sobre las de este recurso al producirse la estimación del mismo.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada M. N., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, desestimar y desestimamos la demanda interpuesta contra dicha demandada por el actor don J. O. V., absolviendo a la demandada de la pretensión ejercitada; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

2

2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Contrato de Seguro. Sentencia de 18 de Enero de 1982.

CONSIDERANDO: Que, sólo a efectos corroborativos de la ajustada fundamentación de la sentencia recurrida en lo esencial compartida por esta Sala, conviene partir a efectos resolutorios de la existencia en autos de los hechos trascendentes siguientes, que están en aquéllos firmemente acreditados: 1º) - Que el esposo de la actora, don B. E. N., trabajaba en el ramo de hostelería, al servicio del empresario don J. C. J.- 2º) - Que dicha empresa, en cumplimiento del convenio colectivo del ramo de hostelería del año 1978, tenía concertada con la entidad demandada una póliza de seguro acumulativo contra accidentes, que garantizaba a cada uno de sus empleados la percepción en caso de muerte de la suma de quinientas mil pesetas.- 3º) - Que en el art. 5º - a) de las condiciones generales de la póliza se prevé la exclusión de la cobertura del seguro en "los accidentes mortales que sufra un asegurado, que sobrevengan en estado de... embriaguez" (Folio 55 vtº).- 4º) - Que el asegurado esposo de la actora falleció en esta ciudad el día 16 de octubre de 1978 (Folio 2) al ser arrollado al hacer marcha atrás por un autobús en el momento en que por causas desconocidas el interfecto se hallaba tendido en el suelo junto a las ruedas traseras del vehículo, terminando la causa penal (Sumario núm. 776 de 1978 del Juzgado de Instrucción número dos de Palma) sin declaración de responsabilidad, según consta del testimonio de la misma aportado a los autos (Folios 80 y ss).- 5º) - Que al ocurrir el óbito el esposo de la hoy actora, según resulta del análisis efectuado por la Jefatura Provincial de Sanidad (Folio 126), tenía una tasa de alcohol en sangre de 261 mg./100 ml., calificada por el mismo organismo como "muy fuerte cantidad".

CONSIDERANDO: Que a la vista de tales antecedentes fácticos se deduce la correcta resolución adoptada por el juzgador "a quo", ya que al regirse el seguro voluntario por la póliza como expresiva de la voluntad contractual, según previene el art. 385 del Código de Comercio y recuerda reiterada y reciente doctrina jurisprudencial del T. S. (SS. de 26 de abril de 1975, 3 de marzo de 1978 y 8 de mayo y 23 de octubre de 1980), es obvio que debe operar la causa de exclusión de cobertura prevista en la póliza en los supuestos en que el accidente sobrevenga cuando el asegurado se halle en estado de embriaguez, que es lo que indudablemente ocurrió en el caso de autos, al calificar el propio organismo oficial que determinó la tasa de alcohol en sangre del interfecto como muy fuerte; lo que por lo demás resultaba "ex se ipsa" al ser un porcentaje superior al triplo del previsto por las disposiciones administrativas para sancionar por conducción de vehículos de motor con tasa de alcohol superior a 0,80; todo lo que abona, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sí, en cambio, hacer uso de la facultad conferida por la disposición adicional de la Ley 81 de 1963, de 8 de julio, al no reputarse temeridad la interposición de un recurso basado en un tema de herméutica contractual; lo que determina la improcedencia de hacer una especial declaración sobre costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña C. L. G. contra la sentencia dictada por el Ilm. Sr. Magistrado-

Juzc del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará la oportuna certificación al rollo de sustanciación del recurso, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3

3. Responsabilidad del propietario de la finca de los daños ocasionados por la ruina de todo o parte del inmueble. No es necesario llamar a proceso al arrendatario de la finca. No existe LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. Sentencia de 18 de enero de 1982.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente ha ceñido su pretensión impugnativa, según lo que resulta de la exposición realizada en la exposición, dicese “in voce” en el acto de la vista del recurso, a la reiteración de la excepción de litisconsorcio opuesta en el escrito de contestación a la demanda en una doble dirección: a) No vocación a la litis de la arrendataria del inmueble doña M. A. R.- b) No llamada al proceso de la esposa del demandado, doña C. P. B., titular de la mitad del inmueble, que pertenece proindiviso a ambos cónyuges y no de titularidad exclusiva del demandado; datos ambos de carácter distinto y que, consecuentemente, exigen un análisis separado; debiéndose indicar, “in limine litis”, que la causa, título o fundamento de pedir de la acción ejercitada en la demanda objeto de este proceso es inequívocamente la derivada de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y ss. del Código civil y, más concretamente, según se deduce de la propia súplica de dicho escrito instaurador (“que las humedades, filtraciones y daños... tienen su causa u origen en el mal estado de la finca del demandado”), en tanto que aún no expresamente invocado en la fundamentación de derecho, la norma ciertamente invocada es la contenida en el art. 1.907 del CCiv.: “el propietario de un edificio es el responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere *por* falta de las reparaciones necesarias”: preposición “*por*” equivalente según la R.A.E.L. a “denotar la causa”, siendo tal norma secundaria o derivada de la más genérica establecida en el art. 389 del mismo cuerpo legal, situado en el capítulo V del Título II del Libro II del CCiv., es decir, en la disciplina normativa de la titularidad dominical, a la que impone un deber u obligatio ex lege en orden a evitar la ruina del objeto sobre el que recae.

CONSIDERANDO: Que desde esta perspectiva general ha de rechazarse, como recatemente hizo el juzgador de primer grado en su en lo esencial compartida fundamentación, la excepción de defectuosa integración del contradictorio o incompleta constitución de la relación jurídico-procesal opuesta por la demandada ahora recurrente por no haberse traído a la litis al arrendatario del inmueble desde el que se produjeron los daños, en tan-

to que para rechazar tal excepción bastará con tener en cuenta: a) Que la prueba efectiva de existencia de ese supuesto arrendatario o poseedor efectivo y de carácter inmediato sobre la cosa origen o causa de los daños incumbiría, de acuerdo con la norma contenida en el art. 1.214 del CCiv., al demandado; el cual no sólo no ha cumplido tal carga probatoria, sino que en autos existen datos suficientes para estimar tal alegación defensiva como desprovista de soporte acreditativo, ya que no sólo la certificación de la Delegación provincial de la Secretaría de Estado para el Turismo obrante en autos (Folio 80) indica que la titular del hostel o pensión ubicada en el inmueble parece que falleció hacia 1970, sin que conste en tal organismo cuál sea el actual explotador, sino también la certeza de la inexistencia de tal supuesta arrendataria dimana del resultado de la citación de la misma a prestar declaración en autos como testigo (Folio 64 vt°), expresiva de que "no se ha podido llevar a efecto por cuanto constituido en el domicilio designado no la conocen ni dan razón".- b) Que en cualquier caso la existencia de ese supuesto arrendatario en nada alteraría la responsabilidad insita en la titularidad dominical, tanto si se trataba de un arrendamiento de industria regido por el CCiv. (Art. 1.554-2° del mismo cuerpo legal) cuanto si de un local de negocio disciplinado por la normativa de la L.A.U. (Art. 107 de la misma), en tanto el párrafo segundo del art. 1.559 del C. Civ. está ya predicando que la obligación de poner en conocimiento del dueño la necesidad interna propia de la relación arrendaticia y no altera la responsabilidad "ob rem" derivada "ad extra" de la titularidad dominical; razones que evidencian la procedencia de rechazar la excepción que se examina en su vertiente de omisión de llamar al proceso a un supuesto arrendatario cuya existencia ha quedado huérfana de todo acreditamiento.

CONSIDERANDO: Que idéntico rechace ha de correr dicha excepción en su fundamento de no vocación al litigio de la esposa del demandado, ya que si bien es cierto que en autos consta indudablemente la adquisición por ambos en escritura pública de 5 de abril de 1952 (Folios 77 vt°) del inmueble por iguales partes, no menos cierto es que sobre las razones aducidas por el juzgador "a quo" al respecto aún ha de primar la esencial derivada de la naturaleza precitada de la acción ejercitada en la demanda, en tanto que: a) La responsabilidad de todos los cotitulares respecto a la conservación de la cosa resulta inequívocamente de la norma establecida por el art. 395 del CCiv., al señalar que "todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común"; y ello, que ya de por sí resultaría atributivo frente a terceros de una responsabilidad "in solidum" (distinta de la relación interna), es más evidente, b) En las acciones aquilianas o derivadas de culpa extracontractual, en los que una reiteradísima doctrina jurisprudencial (P. ej., SS. de 20 de marzo de 1975, 15 de octubre de 1976, 23 de octubre de 1978 y 6 de noviembre de 1980, aparte otras muchas anteriores), frente a anteriores vacilaciones, ha venido proclamando enérgicamente el carácter solidario de la obligación de resarcimiento del daño en caso de cointervinientes en la causación del mismo; lo que determina la repulsión de este único impugnativo de la sentencia recurrida y consecuente desestimación del recurso, al ser plenamente correcta la aceptada fundamentación del fallo apelado sobre los requisitos de fondo de la acción ejercitada.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sí hacer uso de la facultad concedida por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, para no hacer especial declaración sobre costas de esta alzada, ya que la propia naturaleza del tema decisorio impide la apreciación de temeridad en la posición impugnativa de la parte recurrente.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don J. R. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Jefe del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la referida resolución; sin hacer una especial declaración sobre el pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4

4. RESOLUCION ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. Necesidad de autorización del arrendador para la realización de obras. *Sentencia de 19 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la acción ejercitada, resolutoria del contrato de arrendamiento de industria entre las partes (más que subarriendo propiamente dicho, al ser contrato derivado de uno de local de negocio) por supuesta infracción de la cláusula 5ª del mismo, expresiva literalmente (Folio 2) de que "los subarrendatarios están autorizados para proceder al decorado e instalaciones precisas para su negocio con el inmueble en cuestión, si bien *para cualquier tipo de obras precisarán la autorización del arrendador*, solicitada por escrito a través de la Sra. V. M."; autorización que el juzgador de primer grado, en su no compartida fundamentación, estimó tácitamente concedida en base a la carta de 15 de mayo de 1973 (Folios 30 y ss.) dirigida por conducto notarial y no contestada ni por el subarrendador ni por el propietario del local y por el dato de que la actora (Posición 4ª) reconociese al prestar confesión judicial que asistió a la inauguración del bar siete años antes de la interposición de la demanda y viese entonces las obras sin formular protesta; argumentos que, como se señalará, no resultan aceptables, dicese, que, como se señalará, no resultan aceptables para enervar la eficacia de la pretensión resolutoria ejercitada en la demanda.

CONSIDERANDO: Que la carta remitida por conducto notarial a la hoy actora en modo alguno puede entenderse equivalente por vía de asentimiento tácito a la autorización de las obras contractualmente prevista, en tanto que: a) En la estipulación contractual pretranscrita se establece que la autorización ha de ser dada por el arrendador, siendo lo cierto que en el acta notarial de referencia se remite al subarrendador hoy actor una carta para él y otra para el propietario del local-arrendador y no consta que el destinatario (hoy actor) la hiciese llegar al arrendador, Sr. N., por lo que respecto al mismo en forma alguna resulta aplicable la doctrina del silencio como manifestación tácita de voluntad, al no constar por su parte la realización de hechos o acciones ("rebus et factus") de carácter concluyente ("Facta concludentia") que inequívocamente, como previene reiterada doctrina jurisprudencial (P. ej., SS. de 29 de enero de 1965 y 13 de febrero de 1978), pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica.— b) Aunque ello ya sería suficiente, lo cierto es que tampoco cabría aplicar a este supuesto la doctrina de la autorización tácita por aplicación del principio jurídico expresivo de que "Tacens consentit, si contradicendo impedire potuerat" (SS. de 8 de junio de 1955 y 25 de enero de 1961, entre varias), al no existir el deber de hablar por exclusión de la propia parte hoy demandada, pues en la carta tantas veces referida dice al hoy actor: "A tal efecto acompaña a ésta una nota para el señor N. *quien* —a través de usted— *debe dar la correspondiente autorización escrita*, de lo que claramente se desprende que dentro de la comunicación no estaba prevista la consecuencia a deducir de la omisión de contestación, de-

biéndose, contrariamente, deducir la conclusión inversa, es decir, la interpretación del silencio como denegación tácita, en todo caso, de la autorización.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, también la desestimación del frente defensivo del demandado vendría impuesta por un dato fáctico esencial silenciado en la fundamentación no aceptada del juzgador "a quo", que engloba todas las obras como si se hubieran efectuado en un acto único temporalmente y comprendidas, por tanto, en la rechazada autorización tácita, cuando lo cierto es que del material litisdecisorio fluye la absoluta certeza de la realización por los demandados subarrendatarios de dos clases de obras: a) Las realizadas "circa 1973" a las que se referiría la solicitud de autorización tantas veces citada. b) Otras, ejecutadas sobre 1979, que son las que recoge el acta notarial de presencia extendida por el Notario de esta ciudad don R. C. G. con fecha 12 de junio de 1979 y que se observan en las fotografías señaladas con los números 1, 2 y 3 incoro, dicese, incorporadas a dicha acta (Folio 8), consistentes en cierre de parte de un espacio antes abierto, obras que hacen entrar en juego también por sí solas de la causa resolutoria del art. 1.569-3º del Código Civil, en tanto que: 1 - El alegado carácter de provisionalidad, que la demandada trata de justificar a través de la demolición posterior del muro (posiciones 4ª y 5ª, a los folios 53 y ss.), queda desvirtuado por el informe pericial emitido por el maestro de obras don J. M. C. (Folios 56 y 57), al expresar él mismo que "la colocación de los bloques de hormigón unidos mediante cemento no indican la realización de una obra provisional, sino que, por el contrario, hacen suponer que la misma iba encaminada a constituirse en una obra definitiva".- 2 - El invocado fin de impedir el acceso a personas desde el exterior, se neutraliza por la misma vía pericial, al indicar el perito informante que "parece indicada para montar una barra de bar o algo similar, pero que en ningún caso ostaculiza el paso, pues un metro (cinco bloques de 0,20 ms.) cumple difícilmente con dicha misión"; todo lo que comporta, dicese, todo lo que comporta la precisión, sin necesidad de insistencias fundamentadoras, la procedencia de estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante y derivada actuación de la pretensión contractual resolutoria ejercitada en la demanda instauradora del proceso.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en la parte demandada, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en primer grado jurisdiccional; así como tampoco sobre las de este recurso al producirse la estimación del mismo.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña C. A. V. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos íntegramente la demanda por aquella interpuesta contra don R. A. R. T. y doña L. G. T., y en consecuencia, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de subarriendo entre las partes, condenando a los demandados al desalojo del mismo; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

5. SEPARACION MATRIMONIAL. Medidas provisionales. *Sentencia de 19 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia desestimatoria dictada el 9 de Junio último en el incidente de oposición al auto recaído sobre medidas provisionales de separación matrimonial, en cuanto dicho auto declara no haber lugar a señalar "litis expensas", se impugna por los siguientes motivos: a) por ser la "litis expensas" un derecho que corresponde a toda esposa, en el régimen matrimonial de gananciales, que es el que rige entre los cónyuges litigantes, b) porque la esposa no renunció a percibir tal contribución económica, sino que sometió al criterio del juez, la determinación de su cuantía, y c) que en contra de lo que declara el juez de instancia, los gastos judiciales devengados, que son o serán a cargos de la esposa, en los diversos procesos civiles y eclesiásticos que mantiene contra su marido, todos ellos iniciados a instancia de su cónyuge, ascienden a cantidades importantes.

CONSIDERANDO: Que el derecho a "litis expensas" no es un derecho incuestionable que ostenta toda esposa en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, sino que está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, quienes deben apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarle y graduarle (Sentencias 22 Enero 1910, 18 Diciembre 1944, 8 Marzo 1949, 4 Enero 1955 y 21 Abril 1956, entre otras), de ahí que el vigente artículo 103, en su apartado 3º, del Código Civil, dispone que el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, fijará, si procede, las "litis expensas", por lo que procede rechazar la primera causa de impugnación.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede ser acogido el segundo motivo de apelación por cuanto los cónyuges, de común acuerdo, decidieron expresamente someterse en cuanto a las "litis expensas" "al criterio que por S.Sº. se adoptase al respecto", y la esposa no puede ahora alzarse contra la decisión judicial dictada sobre tal cuestión, pues su voluntario y expreso sometimiento no fué a la determinación de la cuantía de la "litis expensas" como ahora aduce la parte recurrente, sino dados los términos del citado convenio previo, alcanza la procedencia o no de su autorización, es decir, de su concesión.

CONSIDERANDO: Que al haber renunciado ambas partes en el expediente de medidas provisionales a la práctica de la pruebas propuestas, como consecuencia del citado acuerdo de someterse a la decisión judicial mencionada, se privó al juzgador de los elementos necesarios para determinar la procedencia y cuantía en su caso, de tal aportación económica, que parte de la base de que la esposa carezca de bienes, ingresos o recursos económicos para sufragar los gastos judiciales necesarios para defender sus legítimos derechos, sin que sea dable en este incidente de oposición, suplir la prueba que expresamente y de común acuerdo con la otra parte litigante, se renunció en el expediente base; amén que como señala con todo acierto el juez "a quo" dado la importante cuantía de la pensión alimenticia concedida, se estima que la esposa, hoy apelante, dispone de recursos económicos suficientes para atender tales gastos judiciales; y por ende procede desestimar el último motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos de la sentencia apelada, que se incorporan a esta como parte integrante de la misma, procede la confirmación del fallo impugnado.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTO el artículo citado y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por doña, M. F. F., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital, de fecha nueve de Junio de mil novecientos ochenta y uno en el juicio incidental de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nueva Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8

8. RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA. Vicios en la construcción (Vicio del suelo-desprendimientos de elementos de la fachada). *Sentencia de 25 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, firmes los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia sometida a recurso, el tema de alzada ciñe al examen de los interpuestos por los demandados señores V. y T., consistentes: a) El primero, en la impugnación de su condena como responsable único de unos daños que se dicen producidos por vicio del suelo y, solidariamente con el aparejador o arquitecto técnico correcurrente, en los producidos como consecuencia de un defectuoso sistema de impermeabilización del edificio o, por mejor, decir, de la cubierta del mismo, determinante de daños en la yesería de los pisos o apartamentos sitios inmediatamente bajo dicho elemento común. b) El segundo, en la impugnación de la condena solidaria expuesta en último término y en la negación —obviamente en su parcial e interesado sentir— de la del mismo carácter derivado del desprendimiento de aplacados: en ésta conjuntamente con el constructor, que se ha aquietado con el fallo condenatorio; recursos, pues, que en realidad encierran cuatro temas resolutorios e inciden —una vez más— en la compleja temática del proceso constructivo; tema tan de hoy y del que incluso se hizo eco en otra área normativa la propia Fiscalía del T. S. en su Circular de 1 de diciembre de 1965, al llamar la atención sobre las “por lo menos, imprudentes conductas de ciertos técnicos que, sin adoptar las elementales medidas que para el cumplimiento de su obligación les son exigibles, confeccionan proyectos o estudios de su especialidad sin previo y completo conocimiento de la realidad, o dejan de vigilar su ejecución”; y que por esa misma frecuencia exige en este caso un análisis separado, seguramente innecesario dada la absoluta corrección técnica de la sentencia apelada, plenamente asumida por este órgano jurisdiccional “ad quem”.

CONSIDERANDO: Que en la primera de las vertientes en que el demandado-correcurrente, doctor arquitecto señor V., dicose, V., estructura su frente impugnativo: condena con carácter exclusivo a la reparación “in natura” a sus expensas de los daños producidos por humedades en el sótano que la actora dice traen causa de un defectuoso estudio del suelo, tal recurrente ha tratado de paliar su eventual responsabilidad —lo que es ya un principio de admisión de la misma— a través de la alegación “in voce” en el acto de

la vista del recurso de la existencia de un supuesto de fuerza mayor, imprevisibilidad contemplada en el art. 1.105 del C. C. y que trata de amparar en una cita extrapolada o descontextualizada del por lo demás (caso no insólito) tendencioso dictamen pericial obrante en autos (Folio 123), al señalar que las filtraciones "bien pudieran ser causa de la modificación del nivel freático, o del entorno físico", pues sobre lo asombroso "ex se ipsa" de tal afirmación, los peritos se cuidan de matizarla no sólo por la forma verbal condicional utilizada, sino también al afirmar que "sin que tal aseveración pueda demostrarse sin realizar unos estudios previos a partir de 1975"; mas en cualquier caso este motivo impugnativo sería siempre rechazable por las poderosas razones siguientes: a) Porque se trata de una "cuestión nueva", es decir, no suscitada en los escritos rectores del proceso delimitadores del área decisoria del órgano jurisdiccional conforme lo establecido en el art. 359 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil; en tanto en su escrito de contestación a la demanda (Folio 57) dicho recurrente no opuso la fuerza mayor o el caso fortuito como causa del daño que se examina, sino porque en dicho escrito estimó que las inundaciones del sótano eran debidas a la falta de entretenimiento por parte de la comunidad hoy demandante.- b) Porque ninguna prueba se ha producido, ni siquiera intentado, en orden a ese supuesto suceso imprevisible o, caso de ser previsto, inevitable, cual obviamente le hubiera incumbido.- c) Porque el vicio del suelo —imputable con exclusividad desde la norma del art. 1.591 del CC. al arquitecto— no puede ser desplazado, como lo hace el expresado dictamen pericial, hacia el constructor o contratista de la obra, siendo, como enseña la doctrina jurisprudencial (SS. de 29 de marzo de 1966 y 22 de noviembre de 1971), obligación por parte de dicho técnico superior prever los acontecimientos futuros derivados de la naturaleza del suelo, señalándose así en las citadas resoluciones que "la naturaleza del suelo sobre el que se construye debe tenerse en cuenta para proyectar el edificio que sobre él descansa y lo exigible al proyectista tiene que tener un límite congruente con la clase de edificio construido" y que "la normal previsión exigible al técnico director de la obra no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe ser exigida, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se edifica"; mas lo cierto es que en este caso, en la certificación de la memoria que obra en autos (Folios 101 y 102) no se hace indicación alguna sobre la naturaleza del terreno, debiéndose señalar, por último, que fué la imprevisión de este codemandado la causa del daño resulta a la postre del tantas veces citado dictamen pericial, pues tras reiterados intentos de desplazarla hacia el constructor terminan por reconocer los informantes a aclaraciones de las partes, de un lado, que "las humedades graves en el cuarto de contadores son producidas por la falta de estanqueidad del sótano" y, de otro, que quien debía determinar la realización o no de la estanqueidad era el arquitecto director de la obra (Folios 119 *vt*º. y 120); todo lo que abona la absoluta precisión, como ya se señaló, de rechazar este motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que idéntica suerte desestimatoria ha de tener el segundo de los interpuestos por dicho codemandado, relativo a su falta de responsabilidad en las filtraciones de la cubierta, tratado de apoyar a través de un juego de fechas de la licencia de obra (1970) y el Decreto de 13 de agosto de 1971, que impone la obligación de utilizar para la impermeabilización tela asfáltica; ya que su desestimación viene impuesta no sólo porque resulta imprescindible en toda dirección de obras prever un sistema adecuado de impermeabilización, sino también porque el tantas veces citado informe pericial señala que la causa de las filtraciones es la ausencia de junta de dilación longitudinal, y aunque pretendan situar (dentro de la misma tendencia de todo su informe) en el área de los defectos de construcción y no de dirección tal falta, a aclaraciones de las partes se ven forzados a admitir "si bien la dirección técnica debía haber notado dicha ausencia y ordenar su ejecución"; omisión que conlleva, consecuentemente, la deducción necesaria de una grave omisión por parte del arquitecto-director que al ser causa del daño impone la declaración de responsabilidad del mismo en los términos que se dirán.

CONSIDERANDO: Que el mismo rechace ha de tener el primer motivo impugnativo de la sentencia recurrida formulado por el aparejador codemandado señor T. T., fundado en su irresponsabilidad por haberse limitado a seguir las directrices del proyecto en los vi-

cios del edificio a que se refiere el fundamento que antecede, afirmándose al respecto por el señor Letrado de dicho técnico en su exposición "in voce" en el acto de la vista de la alzada que una precisión de realismo comportaba lo que podría traducirse —a través de un préstamo lingüístico del Derecho penal— en una sedicente causa de justificación de "obediencia debida"; argumentación no de recibo, por cuanto si bien la existencia de los dos técnicos constructivos; superior o arquitecto y de grado medio o aparejador (obligatoria en todo tipo de obra desde el Decreto de 16 de julio de 1935) puede, como señala la doctrina, plantear delicados problemas de concurrencia y delimitación de responsabilidades, no menos cierto resulta que con arreglo a lo dispuesto en el art. 1º A)- IV incumbe, dicese, del Decreto de 19 de febrero de 1971 incumbe al arquitecto técnico (antes aparejador) "ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos", función profesional que si bien ha de realizarse de acuerdo con el proyecto que define las obras, según el apartado I de dicho precepto, tampoco comporta en forma alguna una obediencia ciega pues tiene dos límites: a) "las normas y reglas de la buena construcción" y b) "Las instrucciones del Arquitecto Superior director de las obras", que el mismo apartado señala; lo que obviamente comporta que si no justifica la existencia ya de órdenes concretas (en este caso inexistente, al no llevarse libro de órdenes, según consta al folio 182) sobre la forma concreta de realización o bien que salvó su responsabilidad (lo que ya sería más cuestionable) haciendo saber al técnico superior la necesidad de realizar la imprescindible junta de dilatación (en absoluto acreditada en autos), su responsabilidad conjunta con la de aquél resulta ilana y ha de tener el obvio carácter solidario con la del mismo, al no poder ser deslindadas ni cualitativa ni cuantitativamente las intensidades de sus respectivas imprevisiones, causa eficiente en ambos casos de los concretos eventos dañosos a que el motivo impugnativo que se examina se refiere.

CONSIDERANDO: Por último, que también ha de tener adverso resultado para su proponente el segundo motivo impugnativo formulado por el codemandado-arquitecto técnico de la obra, relativo al desprendimiento de los elementos o aplacados en fachada, que la recurrente trató en la repetidamente citada exposición "in voce" en el acto de la vista de justificar a través de un extraño argumento cual de unas supuestas temperaturas extremas en esta isla (cincuenta grados en verano y diez grados bajo cero en época invernal) que desaconsejaban la utilización abstracta del sistema en estas latitudes; argumento inaceptable pues de ser cierto el aserto fáctico sobre que pretende fundarse (que no lo es, lo que constituye simple máxima de experiencia no precisada de prueba en virtud del principio "in notum non ege probationem", sancionado jurisprudencialmente), lo único que haría era, precisamente, fundar la pretensión indemnizatoria en la concreta área profesional que ahora se examina, al ser misión específica de este técnico, según el apartado II del art. 1º-A) citado anteriormente, "inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo comprobaciones, análisis necesarios, y documentos de identidad precisos para su aceptación"; motivo impugnativo, por lo demás, casi asumido como propio por el propio recurrente al rendir confesión judicial Posición 10ª, folios 107 y 108), al señalar que "los aplacados de las fachadas no deben caerse, no obstante por bien colocados que estén, se caen, los motivos de los mismos suelen ser muchos entre ellos agentes atmosféricos, vicios ocultos y tal vez mano de obra mal ejecutada, de lo cual si es así, como Aparejador, se hace responsable"; todo lo que supone la íntegra desestimación de este motivo impugnativo sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas.

CONSIDERANDO: Que la temeridad procesal viabilizadora de una especial declaración condenatoria al pago de costas ostenta en los recursos una especial fisonomía que debe venir dada por dos notas básicas: a) La consistencia al menos aparente de los motivos impugnativos. b) La fundamentación clara y precisa de la sentencia sometida a recurso; de forma que si, como en el caso ahora decidido en segundo grado jurisdiccional, los argumentos impugnativos agitados en la vista carecen de entidad distinta a puras elucubraciones desasistidas de fundamento serio y si, como también sucede, la fundamentación del fallo apelado decidió en forma no sólo correcta técnicamente, sino también exhaustiva los temas objeto del proceso, la conclusión no puede ser otra que la de reputar temeraria la

posición procesal de los recurrentes y, derivadamente, condenarles al pago de las costas causadas en el recurso.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando integralmente los recursos de apelación interpuestos por los codemandados don A. V. S. y don M. T. T. contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, condenando expresamente a los recurrentes al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a los codemandados no personados ante esta Sala, de no interesarse dentro de tercero día de la notificación personal a los mismos.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará la oportuna certificación al rollo de sustanciación del recurso, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9

9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. No hay necesidad de demandar al asegurado y aseguradora, en uso de la facultad contenida en el art. 1.144 Cc. No existe Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 29 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las dos causas de oposición que se alegaron en primera instancia, se reiteran en esta alzada como motivos de impugnación a la sentencia estimatoria de la demanda dictada, a saber: a) la excepción previa de falta de litis consorcio pasivo necesario, y b) inexistencia de acción u omisión en la entidad demandada para exigirle responsabilidad extracontractual.

CONSIDERANDO: Que la mencionada excepción previa se fundamenta en no haber sido llamada también a juicio la compañía aseguradora, con la que la entidad demandada tiene concertado un seguro voluntario que le cubre los riesgos que se den o produzcan en sus instalaciones de distribución de agua potable en esta ciudad, invocando la parte apelante a tal efecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1967 y 14 Octubre de 1969 que proclaman la solidaridad del asegurado y la entidad aseguradora frente a la víctima del daño, aquel como responsable directo y la aseguradora por subrogación, según sentencia de 23 de Junio de 1963. Hay que partir, en el supuesto que se contempla, de que se trata de un seguro voluntario, como ya se ha declarado, cuyo contenido —cláusulas, condiciones y vigencia— no conoce, ni está obligada a conocer la sociedad demandante, como con todo acierto señala el Juez de instancia, amén que la solidaridad

que proclaman dichas sentencias no tiene el alcance procesal que sostiene la parte apelante, pues tal responsabilidad "in solidum" no obliga sino permite a la actora, hoy recurrida, a entablar la acción simultáneamente contra el asegurado y aseguradora, en uso de la facultad que le concede el artículo 1144 del Código Civil, como expresamente declara la invocada sentencia de 14 Octubre de 1969, y en su consecuencia cae por su base la aducida falta de litis consorcio pasivo necesario, ya que el demandar simultáneamente al asegurado y aseguradora es una facultad del demandante y no un requisito esencial para que quede validamente constituida la relación jurídico-procesal de autos.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el fondo de la cuestión y con referencia al artículo 1902 del Código Civil, hay que señalar que, como consecuencia de la mecanización, automatización y de los sistemas y redes de comunicación y distribución que imperan en la sociedad moderna, han evolucionado tanto el concepto de acción como el requisito de culpa, ya que en algunos supuestos el hacer humano, en su sentido amplio, causa primaria de la responsabilidad extracontractual, ha quedado reducido prácticamente a nada y la idea de culpa, elemento subjetivo de dicha responsabilidad, ha sido reemplazada por la denominada responsabilidad por riesgo y para ciertos sectores sustituida por la responsabilidad objetiva. Complemento necesario de tal evolución, es la modificación que se ha producido respecto a la carga de la prueba para los supuestos especiales aludidos, y así el Tribunal Supremo ha proclamado "que con el propósito de conseguir una mayor elasticidad en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y atemperar en lo posible, su contenido a las orientaciones científicas más modernas, la jurisprudencia de esta Sala, reflejada en las Sentencias que se expresan en el recurso o en las de 29 de Junio de 1932, 10 de Julio de 1943, 23 de Diciembre de 1952, 24 de Marzo de 1953, 5 de Abril, 14 de Mayo y 20 de Octubre de 1963 y 28 de Marzo de 1968, ha declarado que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que dichos preceptos se refieren, se presume siempre culposa a no ser que su autor acredite en debida y general forma haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trata, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, más o menos ineficaces"... (Sentencia de 11 de marzo de 1971).

CONSIDERANDO: Que, consecuente como lo ultimamente expuesto, se aprecia en la entidad demandada una acción que se reputa culposa, dados los daños causados en dos lugares distintos por su red de distribución de agua en la de gas de la compañía demandante, y admitida la realidad y cuantía del daño producido, así como la relación de causa a efecto entre aquella acción y el resultado dañoso causado, es por lo que concurren todos los requisitos que exige nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la responsabilidad aquiliana y que consagran los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y en su consecuencia procede confirmar el fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que "la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena de costas al apelante".

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad E.M.A.Y.A., S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, de fecha seis de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa condena de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

10

10. Constitución regular de la relación procesal cuando consta en el proceso la ausencia de interés de los no vocados a la Litis. No existe **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**. *Sentencia de 1 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia apelada en su no aceptada fundamentación acoge una supuesta defectuosidad en la integración del contradictorio en forma de litisconsorcio pasivo necesario que trata de basar en la novación a la litis de la coheredera doña F. T. J. y de los herederos de la también coheredera fallecida doña M. T. J., estimando que podrían quedar afectadas por el pronunciamiento que recayera sobre el fondo; planteamiento decisorio que aún no alegado por la parte demandada (que si lo hizo en la vertiente de litisconsorcio activo necesario) podía formalmente ser acordado por el juzgador "a quo" en virtud de la reiteradísima doctrina jurisprudencial expresiva de que por su naturaleza de orden público la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal puede y debe ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional (SS., entre innumerables, de 7 de enero de 1966, 14 de junio de 1969, 26 de noviembre de 1970, 14 de marzo de 1972, 28 de noviembre de 1974, 15 de diciembre de 1976, 19 de abril y 3 de octubre de 1977 y 18 de diciembre de 1978, entre muchas); pero planteamiento decisorio erróneo por cuanto no parte de la naturaleza de la acción ejercitada, en la que se postula una declaración y subsiguiente condena que sólo afecta al demandado como poseedor frente a quien se reclama, y que aunque pudiera determinar la carga de intervención común, por cuanto en principio los ausentes del proceso tendrían un interés impugnativo evidente (SS. de 15 de diciembre de 1961, 6 de abril de 1962, 3 de julio de 1964, 7 de enero de 1966, 16 de marzo de 1967, 14 de abril de 1971, 6 de diciembre de 1977 y 12 de febrero de 1980, entre varias), al ser como herederas titulares de un derecho susceptible de padecer una lesión (S. de 30 de junio de 1967), y estar unidos a los actores por un nexo común inescindible o inseparables (SS. de 20 de enero y 18 de diciembre de 1978 entre muchas), homogéneo (SS. de 17 de abril de 1973 y 29 de febrero de 1980) y paritario (S. de 13 de noviembre de 1965), como es la condición de coherederos en una pretensión reivindicatoria en la que se alega el título hereditario como fundamento de la vindicación, no es menos cierto que la renuncia efectuada por las coherederas doña M. y doña F. T. J. en documento privado de 7 de diciembre de 1978 (Folio 8) correctamente averdado en autos testifical y pericialmente veda la aplicación de esta figura litisconsorcial, tanto en el aspecto pasivo apreciado por el juzgador de primer grado cuanto en el activo opuesto en el escrito de contestación a la demanda, en virtud de una reiterada doctrina legal (SS. de 8 de mayo de 1963, 25 de febrero de 1966, 28 de diciembre de 1963, dicese, 1973, 25 de junio de 1976 y 26 de febrero de 1981) que atiende al interés para obrar como soporte básico del concepto de legitimación "ad causam", estimando correctamente constituida la relación procesal cuando consta en el proceso la ausencia de interés en los no vocados a la litis, al declarar que "es innecesario traer al proceso a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado, de manera formal y fehaciente, su aquiescencia a determinados pedimentos que de ellas se pretendían"; sin que a esta conclusión afecte la alegación del demandado derivada del art. 1.108 del CCiv. en orden a la forma de la repudica, dicese, repudiación, pues no sólo lo que ahora no hace al caso — sería aventurado asignar carácter de asimilación al documento público al de carácter auténtico a que dicho precepto se refiere, sino que lo decisivo es que dada la irrevocabilidad de la aceptación de la herencia consagrada en el art. 997 de CCiv., el acto addicativo realizado por las dos coherederas no es otra cosa que simple renuncia a la cuota de unos bienes determinados que al realizarse después de la aceptación produce las consecuencias siguientes: a) Es renuncia de una titularidad/coti-

tularidad dominical, no de un "ius delationis", por lo que respecto a la coheredera fallecida no se produce la "successio iuris transmissionis" prevista en el art. 1.006 del CCiv.; de suerte que carece de sentido fundar, cual lo hace el juzgador "a quo", en tal dato la apreciación de defectuosidad de constitución de la relación jurídico-procesal. - b) Este mismo carácter derivado de la aceptación previa veda asimismo la aplicación de la normativa sobre derecho de acrecer establecida en los arts. 981 y ss. del CCiv., lo que determina obviamente que no se produce incremento alguno de titularidad de los coherederos, al no determinar acrecimiento la renuncia del comunero o copropietario fuera del específico supuesto del art. 395 del CCiv. (renuncia para no contribuir a los gastos de conservación de la cosa común).

CONSIDERANDO: Que el examen en cuanto al fondo de la acción ejercitada se facilita a través de lo argumentado precedentemente para repeler la excepción de litisconsorcio opuesta por la parte demandada, ya que consumando el tracto sucesorio a través de la aceptación de la herencia y no objetada por el demandado la pertenencia al "as" de la causante de la mitad de las imposiciones o depósitos en entidades bancarias a que se refiere la pretensión instauradora, la acción ejercitada no es otra que la reivindicatoria y no la "hereditatis petitio", y como tal, la legitimación activa de los actores podría venir objetable desde dos razones concatenadas: a) Que el llamado derecho hereditario "in abstracto" supone, hasta la partición de la herencia (Art. 1.068 de CCiv.) un derechos a una cuota del "as", pero no un derecho sobre los bienes concretos y determinados integrantes de aquél (SS., p. ej., de 21 de abril de 1971 y 5 de mayo de 1972).- Que, consecuentemente, el ejercicio de acciones correspondientes a la comunidad —acto de carácter conservativo— es viable, b) Si el cotitular acciona en beneficio de la comunidad y no exclusivamente para sí, como recalca una reiteradísima doctrina jurisprudencial del T. S. (SS., entre varias), de 14 de marzo de 1969, 24 de octubre de 1973 y 17 de diciembre de 1979); mas argumentación que correlativamente es rechazable: a) Porque la acción ejercitada lo es en momento temporal no sólo subsiguiente a la aceptación de la herencia, sino también como un "ex post" de la división o participación del "as", con lo que, en definitiva, se inscribe en el área de la acción de adición contemplada en el art. 1.079 del CCiv., al ser la escritura de 10 de noviembre de 1978 (Folios 12 y ss.) no sólo de aceptación, sino también de partición; lo que determina que al no constar otros bienes como no partidos dentro de los que formaban parte del "as" y distintos a los ahora reclamados y al ser iguales las cuotas de cada heredero al deferirse la herencia por vocación legal entre descendientes de igual grado, obvio resulta que carecería de sentido la invocación de un óbice legitimador fundado en la inexistencia de partición al ser el bien reclamado el único sin partir, iguales las cuotas entre coherederos y, por la propia naturaleza del bien (dinero), aquél exactamente divisible.- b) Porque desde tal perspectiva el accionamiento en beneficio exclusivo y no de la comunidad no incide prodrómicamente en el éxito de la acción, sino en una petición excesiva o "pluris petitio", ya que ejercitada la acción reivindicatoria por el total lo único que ha de verificarse es la justificación dominical o título de dominio invocado por los actores: verificación que puede alcanzarse —por las apuntadas razones— a la totalidad o sólo a parte del objeto de la reivindicación.

CONSIDERANDO: Que, señalado lo anterior, es obvio que la demanda instauradora, en cuanto postula a favor de los dos demandantes la totalidad de los objetos del "as" reivindicado aduciendo el título dominical de herencia (art. 609 del CCiv. español) y la renuncia de sus coherederos a su participación o cuota en el mismo, no puede ser actuada más allá de la concreta delación hereditaria operada en virtud de la vocación "abintestato" a su favor, ya que la renuncia no puede operar a su favor como derecho de acrecer, según lo ya precedentemente expresado, ni como acto transmissivo "inter vivos", al tratarse de un acto simplemente abdicativo de las renunciaciones y no una donación indirecta a favor de los demandantes ni de persona alguna, como lo muestra, sin precisión de segunda lectura ("in claris non fit interpretatio") su contenido literal: "renuncian de un modo total y absoluto a lo que pudiera corresponderles, bien por derechos pasados y futuros" (Folio 8), pero sin designación de beneficiario de la renuncia; lo que llanamente impone la parcial desestimación de la reivindicatoria por el propio juego estructural de la misma, en el que se alza prima la justificación dominical en la forma ya prevenida por el

Derecho romano en las expresiones "quod possesor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet" y "posseodo quis possideo", así como en la elegante dición de las Leyes de Partidas (3^a, II, XVIII): "Pro muy grande nasce a los tenedores de las cosas, quier las tengan con derecho o non: ca magüer los que gelas dendassen dixesen que eran suyas, si non lo pouiesen prouar que les pertenesca al señoryo dellas, siempre finca la tenencia en aquellos que las tienen magüer non muestren ningun derecho que han para tenerlas": lo que se sanciona por la doctrina jurisprudencial, al expresar la S. de 5 de octubre de 1959 que "la acción ejercitada requería ante todo la prueba de la propiedad en el actor, cualesquiera que sean las motivaciones jurídicas del demandado para poseer", la de 4 de mayo de 1962 que "es el actor el que tiene, en su interés, la carga de probar los tres conocidos requisitos, y de no cumplir tal extremo, el demandado poseedor debe ser absuelto, cualesquiera que sean los vicios o defectos de la situación posesoria o de hecho (S. cit.) y en la de 6 de junio de 1966, que "al que ejercite la acción reivindicatoria que el art. 348 concede al propietario incumbe demostrar el dominio y justificar la identidad de la cosa que reclama y no acreditando en forma tales requisitos el demandado debe ser absuelto"; doctrina, pues, que conlleva la necesidad de estimar parcialmente el recurso y consecuentemente la estimación parcial de la demanda reduciendo la reclamación de los demandantes a la mitad de lo pretendido, al no ostentar derecho alguno sobre la mitad correspondiente a sus hermanas y coherederas, al no ser transmisiva la renuncia efectuada por las mismas.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación en ambas instancias de las partes veda hacer en ninguna de aquéllas especial declaración sobre costas.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que —estimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don M. y don J. T. J. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana—, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos en parte la demanda interpuesta por dichos actores contra don A. T. M. y en consecuencia, debemos declarar y declaramos: 1^o) - Que don A. T. M. y doña J. J. S., hasta la fecha de 2 de mayo del año 1978, fueron cotitulares de las siguientes imitaciones aperturadas en la Agencia de la calle de esta ciudad de la C. A. de las Baleares: a) Libreta a la vista número. b) Libreta a la vista número. c) Libreta a plazo de dos años, número, cuyos saldos respectivos en la indicada fecha eran de doscientas sesenta y siete mil pesetas, cuatrocientas treinta y tres mil pesetas y un millón de pesetas. - 2^o) - Que la mitad de dichas sumas eran propiedad de la causante doña J. J. S. y, como herederos abintestato de la misma, pertenec a cada uno de los demandantes una cuarta parte de dichas sumas, debiendo entregarles a los actores y poniendo a su disposición en la misma proporción aquellas en que aún no haya vencido el plazo, en su caso, así como los correspondientes intereses devengados desde el óbito al pago; condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones. - Desestimando en lo demás la pretensión ejercitada en la demanda, debemos absolver y absolvemos al demandado de lo no estimado. - Todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

11.

11. DERECHO DE RETRACTO SOBRE UN LOCAL ARRENDADO. Aplicabilidad del retracto en el caso de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de sociedades anónimas. *Sentencia de 1 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, sobre los atinados motivos, esencialmente aceptados por este órgano jurisdiccional "ad quem", tenidos en cuenta por el juzgador "a quo" (sobre los que luego se insistirá a título puramente corroborativo) la procedencia de rechazar la tesis defensiva del demandado ahora recurrente, consistente en argüir que la compraventa documentada en escritura de compraventa de 5 de julio de 1979 no fue tal, sino simple vestidura formal por razones fiscales de contraprestación por adquisición de determinado número de acciones en una ampliación del capital social de la entidad demandada y por tanto no viabilizadora del retracto intentado por la actora, dimana del dato esencial de que en el mismo acto transmisivo que sirve de soporte a la pretensión de adquisición preferente ejercitada en la demanda la demandada hoy apelante otorgó, dicese, consignó la manifestación (acuerdo del otorgamiento) de que "a los efectos oportunos se consigna que el local vendido está arrendado a Don M. L. A., mayor de edad, casado, de esta vecindad, con domicilio comercial en dicho local; y a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, *me requiere a mí, el Notario, la parte adquirente para que notifique el contenido íntegro de la expresada escritura, dicese, de la presente escritura al expresado Sr. Ll., con entrega al mismo de testimonio de ella por si interesu este último Señor el ejercicio del derecho de retracto que concede dicha Ley*" (Folio 10); acto relevante y, como se señalará, incidente en la esfera o área del principio "venire contra factum proprium non valet", sancionado en centenares de sentencias del Tribunal Supremo, como el mismo señala (S. de 16 de noviembre de 1960) y que el Derecho romano acogió bajo la rúbrica de reglas jurídicas como la interdicción del cambio de parecer en daño de otro: "Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam" (Dig., 50, 17, 75).

CONSIDERANDO: Que, efectivamente, ninguna duda debe haber en orden a la aplicabilidad al caso ahora decidido del principio referido, por cuanto concurren con el acto antecedente de la notificación de la transmisión al concreto efecto de ejercitar el derecho de preempción los dos requisitos esenciales para la efectividad de aquél, cuales son: a) Que se trate de actos eficaces, es decir, jurídicamente válidos, causantes de estado al definir irrevocablemente la posición de su autor y constitutivos de una alteración en una situación jurídica determinada; requisito que no puede por menos de reputarse existente con el acto referido de requerimiento para notificación, ya que su eficacia deriva de la propia norma invocada, la causación de estado y el carácter constitutivo, también de lo preceptuado en el art. 48-2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al asignar a la notificación la condición de término inicial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción que establece y, en el último término, la inequívocidad del requerimiento para notificación (declaración de voluntad de carácter recepticio) comporta sin lugar a dudas su carácter de acto definitivo.- b) La incompatibilidad del acto con la conducta posterior, que es el segundo presupuesto básico para la aplicación del principio, exigido con claridad en la S. de 18 de mayo de 1981, que recoge la doctrina de varias anteriores, al declarar que "el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y la estabilidad de las situaciones jurídicas, exige para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos una palmaria oposición entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido";

incompatibilidad claramente existente, ya que es absolutamente contradictorio hacer saber a un arrendatario que existe una compraventa y hacerlo indiscriminadamente a efectos preventivos y luego, al oponerse a la pretensión correspondiente, negar la existencia de la venta y tratar de evadir su responsabilidad retransmisiva mediante la alegación de que tal acto no era compraventa sino contraprestación de adquisiciones de acciones en ampliación de capital; conducta grave en la esfera de la lealtad y buena fe que inspiran el tráfico (art. 1.258 del CCiv.) civil, cuya efectiva vigencia se subraya por la más reciente doctrina jurisprudencial (SS. de 16 de noviembre de 1979 y 5 de enero de 1980) al declarar que "lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente se basa en una coherencia de conducta en las relaciones humanas y negociales, dado que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada en la buena fe, no debe defraudar esa confianza suscitada y es incompatible toda actuación incompatible con ella"; razones que determinan la inatendibilidad de la sedicente justificación intentada por la demandada de que la notificación tenía como objeto único lograr la inscripción registral a favor de la hoy demandada como requisito de obligado cumplimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que lo decisivo es el acto de comunicación y su contenido, obviamente generador de la confianza citada y, derivadamente, de la aplicabilidad del principio prohibitivo de ir contra los propios actos, que por sí sólo determinaría, con la previa desestimación del recurso de apelación interpuesto por dicha parte, la procedencia de estimar la demanda, como correctamente hizo el juzgador de primer grado.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, el mismo destino adverso del recurso de apelación que ahora se decide vendría dado por la muy ajustada fundamentación, sobriamente escueta, de la sentencia apelada, en lo esencial compartida por este tribunal, ya que sobre las normales dificultades que en trance fundacional ostenta la aportación no dineraria o "in natura" conforme a la nomenclatura de la dogmática mercantilista italiana (art. 32 de la Ley de Sociedades Anónimas), no fácilmente reconducible ni aun en vía analógica al contrato de compraventa, el supuesto de adquisición de acciones en el caso de ampliación del capital social, en el que la propia sentencia del T.S. de 12 de junio de 1964, que es el verdadero eje sobre el que el demandado-recurrente vertebró entitativamente su frente defensivo tanto en primera instancia cuanto en esta alzada, se cuida de advertir que la decisión se adopta por tratarse de la aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución de la sociedad, de manera que ninguna contradicción existe entre lo proclamado en esta resolución y lo declarado y decidido en la que sirve de fundamento esencial de la sentencia apelada —S. del T.S. de 30 de noviembre de 1973—, que señala que "lo verdaderamente transmitido fueron las acciones, que es un signo que representa el dinero y se halla incluido en el art. 1.445 del CCiv.", recalcando, en trance de analizar la verdadera portada de la sentencia de 1964 referida, que "la diferencia entre la suscripción de unas acciones mediante entrega de un inmueble hecha en periodo de constitución social y la ampliación del capital suscrito", añadiendo finalmente como auténtica "ratio decidendi" que "ha de admitirse el retracto en el caso de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de sociedades anónimas, pues en otro caso se burlarían por tales sociedades las disposiciones sobre retracto, sustituyendo el sistema de venta por el de aportaciones de bienes, para la adquisición de fincas, que pudieran estar sujetas a retracto, lo que supondría la utilización, prohibida por el art. 9º de la Ley, de un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa en fraude de la misma; razones que, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, abonan la procedencia de desestimar el recurso de apelación interpuesto incluso aceptando dialécticamente que la compraventa invocada por la actora fuese simple cobertura de una ampliación de capital suscrito a través de aportaciones "in natura" o no dinerarias, ya que en tal supuesto, por lo expresado anteriormente, la reconducibilidad al esquema contractual típico del contrato de compraventa resulta plenamente viable a diferencia de la aportación no dineraria producida en trance fundacional del ente social.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad en la parte recurrente, dada la naturaleza del "thema decidendum", por lo que no procede hacer una especial declara-

ción en cuanto a las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada entidad mercantil "M. y P., S.A." contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de esta ciudad en autos de juicio de retracto arrendatario urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la referida resolución apelada; sin hacer especial declaración en cuanto al pago de las costas devengadas en este grado jurisdiccional.

Así por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de Sala—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

12

12. Nulidad de JUICIO EJECUTIVO. No se puede acumular la acción ejecutiva frente al librador y al aceptante. *Sentencia de 3 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte ejecutada y hoy apelada opuso en primer término frente a la pretensión ejecutiva del actor, y al amparo del ordinal 2º del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 516 y ss. del Código de Comercio, el motivo de nulidad del juicio derivado de haberse dirigido la pretensión ejecutiva en forma cumulativa contra el librador, el aceptante y el avalista de la cambial que sirve de título ejecutivo; motivo de nulidad que debe ser ratificado en cuanto a su estimación por parte del juzgador "a quo", ya que las dos sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la parte ejecutada (de 9 y 25 de mayo de 1973) declaran que la correcta interpretación del artículo 516 del Código de Comercio estriba en que "viene a sentar que lo que no puede hacer el acreedor es dirigirse simultáneamente contra el aceptante y el obligado en vía regresiva"; y si bien la doctrina de tales resoluciones, según se advierte con la lectura íntegra de las mismas en la Colección Legislativa pudiera propiciar la tesis de que esa simultaneidad de ejercicio hacia referencia a acciones ejercitadas en procesos distintos y de tramitación simultánea y no a ejercicio cumulativo en una sola pretensión, es lo cierto que en fecha posterior la doctrina se ratifica sin discriminaciones por parte del Tribunal Supremo, al declarar la Sentencia de 26 de enero de 1976 que "porque sí, ciertamente del mencionado artículo 517 se infiere que no puede el acreedor dirigir la acción simultánea contra el aceptante —obligado directo— y contra un obligado en vía de regreso —librador o endosante—, no ocurre lo mismo cuando la acción se dirige simultáneamente contra los dos, aceptante y su avalista, ya que éste no es un obligado en vía de regreso, sino un obligado que, en el caso de aval no limitado cual es el de autos, asume frente al tenedor exactamente la misma posición que la persona por quien salió garante"; doctrina, por lo demás, plenamente justificada, ya que si bien, como dispone el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, no es menos cierto que dicha norma también establece la excepción derivada de que tales pretensiones no nazcan del mismo título o se funden en la misma causa de pedir, que es cabalmente lo

que sucede en las acciones dirigidas frente a librador y aceptante, que aunque nacidas formalmente de un mismo título (cambial) se fundan en créditos distintos, ya que mientras la pretensión dirigida frente al librador por el tomador se basa o funda en el crédito documentario de la valuta, la dirigida por el tomador contra el librado-aceptante se basa en la aceptación, que funciona en los supuestos de ejercicio de la acción por tercero extracartular como negocio jurídico de carácter abstracto; por lo que al no proceder tal acumulación de pretensiones es obvio que procede la estimación del motivo de nulidad del juicio referido (lo que hace innecesario el exámen de los demás supuestos); nulidad que ha de decretarse con relación a todos los ejecutados, al carecer el órgano jurisdiccional de facultades electivas o seleccionadoras de los codemandados.

CONSIDERANDO: Que la propia naturaleza del tema sometido a decisión, de carácter puramente formal, veda hacer una apreciación de temeridad viabilizadora de una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este recurso.

VISTOS: los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante "B. I. del M., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de esta Ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la referida resolución, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

14

14. SEPARACION MATRIMONIAL. Malos tratos. *Sentencia de 5 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de la apelación, que pretende que se declare como causa de la separación matrimonial decretada por el Juez de instancia la indicada en su petición reconvenional en vez de la declarada en el fallo recaído, no puede ser acogido, ya que se basa tal pretensión modificadora en hacer prevalecer la apreciación subjetiva y lógicamente interesada del recurrente, de la prueba practicada, sobre la objetiva y totalmente desinteresada del Juez "a quo" fundada básicamente en las afirmaciones unánimes de los tres hijos del matrimonio, el menor de ellos de 29 años de edad, de que el padre maltrató muchas veces de palabra y obra a su esposa, infiriéndole en ocasiones lesiones, conducta esta vejatoria que es señalada como causa de separación matrimonial en el n° 1 del artículo 82 del Código Civil y ser este precepto de aplicación al presente supuesto a tenor de la disposición transitoria 2ª de la Ley n° 30 de 1981, de 7 de Julio.

CONSIDERANDO: Que la cuestión fundamental en esta alzada es, como lo fue en 1ª instancia y así lo puso de relieve el Juez "a quo", la fijación cuantitativa de la pensión

alimenticia, que la sentencia recurrida señaló en 60.000 pesetas, y cuya disconformidad constituye el segundo y último motivo de la impugnación formulada.

CONSIDERANDO: Que el artículo 146 del citado Código preceptúa que "La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe"; norma que tiende a alcanzar un cierto equilibrio entre dos posiciones económicas: el patrimonio o recursos de la persona obligada a prestarlos y la necesidad del alimentista. A estos efectos consta acreditado en el presente caso: a) la gran posición económica del marido, como se deduce de la donación que en el año 1980 hizo al Ayuntamiento de S. —lugar de su residencia— de dos importantes fincas sitas en el P. de S. y de la entrega que además hizo a dicha Corporación municipal de un millón de pesetas en efectivo para que fuesen invertidas en obras de mejora y ampliación o reforma de las fincas donadas y b) la esposa, de 65 años de edad, vive sola en el que fue domicilio conyugal, padece una grave dolencia que precisa frecuentes cuidados médicos y la dificulta poder valerse de sí misma, es propietaria, por herencia, de una casa y corral valorada en 275.000 pesetas, de una casa de planta baja destinada a cochera, de valor de 100.000 pesetas, ambas sitas en S., y de una pieza de tierra olivar, término de F., valorada en 100.000 pesetas y es titular de tres imposiciones bancarias a plazo fijo de 900.000, 200.000 y 100.000 pesetas, por lo que la cantidad de 60.000 pesetas mensuales que el Juez de instancia señaló en el fallo recurrido, como auxilio económico para la mujer a cargo del marido, se estima ponderada, atendidas las circunstancias expuestas, por lo que procede mantener dicha asignación mensual y por ende confirmar la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe afectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por don A. C. R., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, por sustitución legal, del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, de fecha treinta de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. El interlineado "es", Vale.

15

15. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de accidente. Plazo de prescripción de la acción. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que al sólo efecto corroborativo de la correcta fundamentación jurídica de la sentencia apelada —que *se acepta*— conviene reexaminar el "thema decidendum" a partir de la argumentación vertida "in voce" en el acto de la vista de la alzada por la parte recurrente, que esencialmente lo bifurca en los motivos impugnativos siguientes:

a) Reiteración de la excepción de prescripción de la acción conforme al párrafo 2º del art. 1.968 del CCiv., por entender transcurrido el interponerse la demanda instauradora de este proceso el plazo de un año fijado para la decadencia de la acción aquiliana por su ejercicio extemporáneo en dicho precepto.- b) Supuesta incompatibilidad de la acción indemnizatoria derivada de responsabilidad extracontractual con la percibida, en base al mismo evento fáctico, por accidente laboral.- c) Inaplicabilidad de la doctrina legal relativa a la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de la llamada responsabilidad por riesgo cuando la actividad en que se produce el daño es ya "ex re ipsa" constitutiva de peligrosidad, cual sucede en los trabajos de carga y descarga portuarios.

CONSIDERANDO: Que ninguna duda puede caber en orden a la procedencia de rechazar el primer motivo impugnativo de la bien construida fundamentación de la sentencia apelada, sostenido en el acto de la vista mediante una peculiar y obviamente parcial alegación de la doctrina contenida en las SS. del T.S. de 26 de octubre de 1971 y 12 de diciembre de 1980, tan reiteradamente invocada por esta misma Sala (P. ej., S. de 5 de junio de 1981), en el sentido de no posibilidad de identificar los daños continuados y daños permanentes, reputando que en los primeros el término inicial ("desde que lo supo el agraviado") no es la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, sino "una serie de actos sucesivos que provocan en su parcial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada", por lo que sólo cuando el agraviado o perjudicado conoce la exacta entidad del daño sufrido se inicia realmente el cómputo prescriptivo; doctrina reiteradamente expuesta por la doctrina jurisprudencial para los supuestos de daños corporales o lesiones, al declarar que "hay que esperar al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos de las mismas" (SS., entre varias, de 9 de octubre de 1978, 9 de mayo de 1979 y 18 de mayo y 3 de junio de 1981), y que en el caso que ahora se decide resulta, contra lo afirmado parciariamente por la recurrente, perfectamente aplicable, ya que en forma alguna son atendibles como datos iniciales del cómputo ni el día 17 de octubre de 1977 (Folio 66), pues se trata de un alta hospitalaria que se remite a control de médico de cabecera y que no expresa la totalidad de los resultados dañosos que se dirán, ni mucho menos el dictamen médico-forense emitido en las diligencias previas penales cuyo testimonio obra en estos autos (Folio 198): cien días a partir de la fecha de su emisión, que lo fue el 3 de octubre de 1977, por cuanto tal dictamen indica que curará "previsiblemente" en tal plazo y por otra parte omite la remisión a la totalidad de los resultados lesivos graves que posteriormente se expresarán; razón por la cual no puede adoptarse como fecha inicial del cómputo la de 13 de enero de 1979, que es la a partir de la cual obra sus efectos en el expediente de invalidez permanente seguido por la Comisión Técnica Calificadora de Baleares obrante en los autos (Folio 152); todo lo que se confirma con la cualificada declaración testifical del facultativo don R. M. A. que suscribió el alta hospitalaria referida como invocada en su apoyo por el demandado hoy recurrente, al expresar dicho médico (Folios 122 y 142) que al emitir dicho parte "no estaban perfectamente determinadas en su alcance, trascendencia, naturaleza y efectos patológicos de las mismas" (Preg. 4ª) y, fundamentalmente, que en dicho momento "no podía saberse todavía cómo respondería el paciente a la prótesis ortopédica, ni cómo respondería el aparato digestivo a las lesiones abdominales, ni siquiera si la resección de los cuerpos cavernosos del pene produciría impotencia sexual": incertidumbre de tal magnitud que su sola enunciación está ya proclamando la inaplicabilidad de la construcción de las lesiones como daño permanente auspiciada en su parciaria tesis por la recurrente y que consecuentemente conduce a la desestimación de la excepción de prescripción opuesta, al haberse interpuesto la demanda solicitando la concesión del beneficio legal de pobreza, cual consta en la oportuna diligencia, el día 4 de mayo de 1979 (Folio 8 vuelto), siendo tal interposición acto interpretativo de la prescripción de la acción conforme a reiterada doctrina legal (Entre varias, SS. de 1 de diciembre de 1968, 9 de julio de 1975, y 17 de abril y 17 de junio de 1980).

CONSIDERANDO: Que igual suerte, desestimatoria ha de correr el segundo motivo impugnativo, basado en una sedicente incompatibilidad entre la indemnización civil y la causada en el ámbito laboral, pues contrariamente la total compatibilidad ha sido proclamada por una reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que son perfectamente compatibles la indemnización obtenida en vía civil o penal con la que tiene origen laboral en el supuesto que de un mismo acacimiento se desprendan dos obligaciones de resarcir de ori-

gen causal diverso, pues si una deriva de un contrato de seguro del que eran beneficiarios la víctima o sus herederos, convenida como asegurada por la empresa patronal mediante el pago de una prima u otra contraprestación, la segunda tiene su fuente en un ilícito y se traduce en definitiva en el pago de una cantidad, mientras que en aquélla la indemnización opera ordinariamente mediante la percepción de una renta por la persona damnificada, de donde se sigue que el trabajador o sus derechohabientes ostentan legitimación para exigir ambas responsabilidades" (SS., entre otras, de 20 de mayo de 1966, 21 de marzo de 1969, 23 de enero de 1970, 30 de octubre de 1977 y 9 de diciembre de 1979).

CONSIDERANDO: Por último, que idéntico destino adverso ha de tener el tercer motivo, inspirado en una peculiar visión del tema de la llamada "responsabilidad por riesgo creado" originaria de la dogmática civilística alemana y que produce la inversión de la carga probatoria (SS., entre innumerables, de 17 de marzo de 1980 y las en ella citadas), pues es precisamente en las actividades determinantes "ex se ipsa" de un riesgo probable donde tal doctrina halla su soporte fundamentador en base a la regla o aforismo de que allí donde están las ganancias han de estar las pérdidas; y tratar de excusar la propia responsabilidad en base al carácter en todo caso peligroso de la actividad no es otra que simple alegación defensiva horra de todo sustento fundamentador y que por ello debe perecer; procediendo en consecuencia la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que no puede por menos de reputarse temeraria la conducta procesal de la recurrente —y por ello procede su condena al pago de las costas de la alzada— si se tiene en cuenta: a) La articulación de su frente defensivo sobre un instituto que cual el de la prescripción (por lo demás inadecuadamente invocada, según lo expuesto) no se inspira en postulados de intrínseca justicia (SS. de 17 de diciembre de 1979 y 13 de diciembre de 1980).- b) La claridad y precisión de la fundamentación contenida en la sentencia apelada, plenamente aceptada por este órgano "ad quem".- c) La ausencia de motivos serios impugnativos en la vista del recurso.- d) El propio carácter de deuda de valor de la indemnización de daños y perjuicios, que la doctrina legal estima que "no constituye una deuda dineraria simple, sino una deuda de valor, cuya cuantía ha de determinarse en los casos de alteración de la moneda atendiendo no a la fecha de causación de los daños, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquida su importe en periodo de ejecución de sentencia" (SS. de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978)"; lo que si por razones de obligada congruencia no puede hacerse ahora, si ha de pesar a la hora de ponderar la posición procesal de las partes y no hacer gravitar sobre el damnificado las nocivas consecuencias de una impugnación con probabilidad no guiada por otro propósito que el puramente dilatorio del pago.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que —desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada entidad "N. M., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana— debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; con expresa condena a la recurrente del pago de las costas devengadas en este segundo grado jurisdiccional.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal al demandado declarado en situación legal de rebeldía don A. T. M., de no interesarse por la actora dentro de tercero día la notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

16. VICIOS EN LA CONSTRUCCION. Responsabilidad. Contrato de obra. Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente en su escueta exposición "in voce" en el acto de la vista del recurso ha tratado de impugnar la densa, precisa y técnica argumentación compartida ahora del juzgador "a quo" a través de dos motivos críticos de distinta significación: a) *Supuesta falta de legitimación pasiva al no haber sido vocados* a la litis los técnicos —arquitecto y aparejador— encargados de la dirección y vigilancia de la ejecución de la obra, que en realidad sería más bien una excepción fundada en un sedicente litisconsorcio pasivo necesario determinante de una eventual defectuosa integración del contradictorio o viciosa constitución de la relación jurídico-procesal.- b) Asimismo, dentro de esta óptica obviamente parcial e interesada, existencia de un litisconsorcio pasivo necesario incompleto, al reputar que al haber intervenido en la obra, según lo resultante de la documentación obrante en autos y relativa a la licencia municipal para la misma (Folio 142 de los autos), los maestros de obras don P. P. P., don J. M. P., don S. S. M., don G. P. R. y don J. R. G., todos ellos debían haber sido demandados conjuntamente para que la relación procesal quedase eficazmente constituida; siendo, pues, estos dos los únicos temas decisorios en este segundo grado jurisdiccional, al haber quedado firmes por falta de impugnación los restantes pronunciamientos contenidos en la excelentemente fundada resolución apelada.

CONSIDERANDO: Que el primero de los referidos motivos de impugnación debe ser resueltamente rechazado, tanto en su aspecto de falta de legitimación pasiva con que lo construyó la parte ahora recurrente cuanto en una eventual configuración como falta de litisconsorcio pasivo necesario (que sería formalmente apreciable al poder ser estimado de oficio según doctrina legal abrumadoramente reiterada: SS., por todas, de 28 de noviembre de 1974, 15 de diciembre de 1976, 3 de octubre de 1977 y 18 de diciembre de 1978), ya que acreditado en autos —según revela el minucioso examen de la prueba practicada que realizada la aceptada fundamentación del fallo apelado— que la causa del daño ruinoso denunciado en la pretensión instauradora de la litis no fue otra que la viciosa construcción, poco importa que tal responsabilidad achacable al constructor desde el art. 1.591 del CCiv. pueda o no ser asimismo imputable a otros intervinientes en el proceso constructivo, cual los técnicos directivos de la obra, ya que es reiterada la doctrina jurisprudencial (SS., entre muchas, de 5 de mayo de 1961, 17 de mayo de 1967, 10 de noviembre de 1970 y 1 de febrero de 1975, entre muchas) expresiva de la solidaridad concurrente en tales supuestos entre los cointervinientes en el proceso constructivo cuando a todos ellos resulta imputable la producción del daño; lo que en la recta doctrina deducible del art. 1.144 del CCiv. sólo determina la producción de un consorcio litigioso denominado por la doctrina como litisconsorcio impropiaamente necesario o cuasi-necesario, que según lo prevenido en tal norma no impone al actor la precisión de dirigir su pretensión contra todos los obligados con tal carácter solidario, aunque ciertamente "ad extra" todos ellos resulten vinculados por el resultado favorable a aquél de la dirección dirigida contra sólo parte de los sujetos pasivos de la relación obligatoria; argumento que es bastante por sí sólo, y a título meramente corroborativo de lo afirmado en la sentencia apelada, para rechazar, conforme inicialmente se indicó, este motivo impugnativo, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino adverso ha de tener el segundo, fundado en la supuesta precisión de vocar a la litis a todos los correlativos maestros de obras sub-contratistas detallados en el documento administrativo obrante en los autos de que se ha hecho mención, ya que el reconocer el ahora recurrente señor C. S. al prestar confesión judicial (Folios 75 y 76) no sólo la certeza del contrato documentado en el de carácter privado de 15 de agosto de 1970, acompaña al escrito de demanda, sino también que fue él quien ejecutó las obras desde las que se producen las humedades causantes del daño ruinógeno, obvio resulta que también este motivo ha de decaer, en tanto una cosa es —conforme se dijo— que la defectuosa integración del contradictorio, si existe, pueda e incluso deba ser estimada de oficio por el órgano jurisdiccional y otra, muy distinta, que su simple invocación, tantas veces abusiva, releve al demandado que la opone de justificar probatoriamente, cual le impone el art. 1.214 del CCiv., el supuesto de hecho sobre el que trata de fundarla; por todo lo que procede la íntegra desestimación del recurso de apelación que se decide.

CONSIDERANDO: Que tal declaración comporta, por aplicación de la norma contenida en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la expresa condena a la recurrente del pago de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don G. C. S. contra la sentencia dictada por el señor juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; imponiendo a dicho recurrente, por ministerio legal, el pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a los demandados no personados en el recurso si dentro de tercero día no se interesare la notificación personal a los mismos.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará la oportuna certificación al rollo de sustanciación del recurso, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

17

17. Conversión del juicio universal del consumo voluntario de acreedores en **QUIEBRA MERCANTIL**. Indicios racionales de comerciante. *Sentencia de 8 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que a través del específico procedimiento impugnativo que autoriza el art. 1.170 de la Ley de Enjuiciamiento vic, dicese, civil, las partes promoventes solicitan la conversión del juicio universal de concurso voluntario de acreedores del deudor común don L. I. R. en juicio de quiebra, al estimar que en el mismo concurre la profesión de comerciante que exige la procedencia de esta segunda forma ritual, en tan-

to que la demandada en el incidente y ahora recurrente articula su frente defensivo contra la pretensión sobre la negación del ejercicio del comercio en nombre propio con carácter individual y habitualidad por parte del mismo y en último término en una especie de admisión tácita o actos propios por parte de los promoventes al no haber impugnado la personalidad civil y no mercantil con la que solicitó en su momento de los acreedores los beneficios de quita y espera.

CONSIDERANDO: Que toda la argumentación del hoy apelante en orden a una supesta admisión tácita por parte de los promoventes del incidente de su condición no mercantil derivada de la existencia del expediente preventivo de quita y espera, en el que no fue impugnada su personalidad simplemente civil, debe rechazarse, en tanto que la propia estructura de tales actuaciones preventivas veda asignar a la postura en ellos de los acreedores cualquier significación relevante para hacer entrar en juego el principio "venire contra factum proprium non valet", al no causar estado ni ser creadores, modificadores ni extintivos de las relaciones jurídicas, con lo que ya no podría entrar en juego el referido principio conforme a reiteradísima doctrina legal de ociosa cita por lo conocida; sin que tampoco por la vía del silencio como declaración tácita pudiera deducirse una vinculación a sus actos propios de los acreedores asistentes a la Junta, al no existir una carga de manifestación de voluntad; debiendo, por último, señalarse que la tipicidad de causas impugnativas de los acuerdos sobre quita y espera establecida en el artículo 1.149 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entre las que no se halla la que se examina, veda la consecuencia pretendida y con ello el decaimiento de este primer y previo motivo de oposición a la transformación procedimental instada.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener la oposición del concursado-incidentado ahora apelante en cuanto trata de basar su condición de no comerciante individual en nombre propio y si sólo como administrador y antes fundador de sociedades anónimas de índole familiar según resulta de la certificación expedida por el Registro Mercantil (Folios 71 y ss.), de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Mallorca, Ibiza-Formentera (Folio 87) y de la Sección de Imposición sobre Rentas de las Empresas Individuales de la Delegación de Hacienda de Baleares (Folio 88), pues para rechazar tal alegación bastará, como con acierto hizo el juzgador "a quo", con tener en cuenta: a) Que la condición de comerciante en nuestro sistema se base en la nota de habitualidad requerida por el art. 1-1º del C. de Com.; habitualidad que no se acredita por la única vía contemplada en el art. 3 del referido cuerpo legal, ya que, como declara la antigua S. del T.S. de 19 de junio de 1896, este artículo se limita a establecer una presunción del ejercicio habitual del comercio, lo que no se opone a que por otras pruebas pueda justificarse la ejecución constante de actos de comercio; siendo así la habitualidad reconducida por la generalidad de la doctrina mercantilista a la profesionalidad, excluyendo del concepto de comerciante individual la realización aislada o no constante de actos u operaciones comerciales. - b) Que este ejercicio continuado, habitual, determina la condición de comerciante sin precisión de formalidad alguna: autorización gubernativa, inscripción en el Registro, pago de impuesto, etc., según se desprende: la normativa establecida en los artículos 17 y 18 del C. de Com, y entiende la generalidad de la doctrina científica. - c) Que resulta básico en trance acreditativo de esta situación de "comerciante de hecho" o no matriculado, parificable en lo adverso a la de comerciante inscrito conforme al art. 18 del C. de com., la propia forma de conducirse en sus relaciones jurídicas el deudor, y su reiterada autoproclamación de la condición de comerciante o industrial, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en su S. 115/979, de 25 de junio, decisión dictada en caso sustancialmente idéntico al ahora decidido en segundo grado jurisdiccional; y la constancia en autos de tales datos resulta correlativamente justificada, ya que frente al inane dato de la ausencia formal (registral, fiscal y gremial) de tal cualidad profesional, la prueba practicada —tan acertadamente resumida en la aceptada fundamentación de la sentencia apelada— muestra: a) Una reiterada y continuada autoproclamación por parte del deudor de la condición profesional de "industrial", no sólo en el poder que acompaña al escrito de solicitud del concurso (Testimonio al folio 51), sino en multitud de ocasiones, tales como la escritura pública de 22 de agosto de 1980 (Folios 89 y ss.), actuaciones en distintos juicios ejecutivos cuyo testimonio obra en autos y también incluso en la inscripción en el Registro Mercantil de su nombramiento como administrador de sociedades anónimas de

tipo familiar (folio 380 vuelto).- b) Un ejercicio reiterado y continuo, no esporádico o aislado, de actos mercantiles u operaciones comerciales en nombre propio y no como administrador o avalista de la sociedad o sociedades por él administradas, evidenciado no sólo por la multitud de efectos cambiarios aceptados "proprio nomine" (lo que ya sería por sí sólo suficiente), sino también por los datos decisivos que se desprenden de su confesión judicial (Folios 159 y 160), en la que reconoce que debido a la descapitalización de las sociedades de que fue sucesivamente administrador (una de ellas con socios únicos él, su esposa y un hijo del matrimonio) se vio obligado a asumir deudas de la sociedad, y también muy expresivamente de la propia memoria acompañada al escrito de solicitud de declaración de concurso voluntario cuyo testimonio obra en estos autos (Folios 59 y ss.), en la que expresa la significativa manifestación de que tras haber ejercido en vida de su padre actividades comerciales, al fallecer éste "después de algún tiempo de pensar lo que haría en el futuro, D. I. I. R. se decidió a crear sociedades anónimas..." y que "Ninguna de dichas entidades tuvo suerte... y el Sr. I., presa de un optimismo totalmente injustificado, iba parcheando las faltas de numerario, unas veces aportando capital de su propio peculio, otras avalando operaciones, otras asumiendo personalmente deudas sociales"; todo lo que revela, sin necesidad de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, el acierto decisivo de la resolución impugnada al decretar conforme lo solicitado la conversión del juicio concursal en el de quiebra e imponen la repulsión del recurso de apelación interpuesto por el demandado.

CONSIDERANDO: Que la claridad y precisión de los razonamientos contenidos en la sentencia sometida a recurso, unida a la ausencia de serios motivos impugnativos de la misma en la exposición "in voce" de la vista del recurso por la apelante, imponen reputar temeraria su postura procesal y consecuentemente obligan a condenarla al pago de costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y lo demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don L. I. R. en autos incidentales de conversión de juicio universal de concurso voluntario de acreedores en quiebra mercantil contra la sentencia dictada en el mismo por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad y de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

18

18. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Contrato de seguro. Culpas exclusivas de la víctima. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrida ha argumentado en el acto de la vista de esta alzada en orden a la aplicabilidad al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional de la doctrina reiterada de esta Sala (cuyas resoluciones recoge en forma prácti-

camente exhaustiva el escrito de contestación a la oposición) en orden al ámbito de la peculiar excepción de culpa única o exclusiva de la víctima recogida como motivo defensivo en los arts. 1 y 18 del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que tales resoluciones, en su práctica totalidad, fundan en la doctrina aleccionadoramente establecida en la S. del T.S. de 10 de julio de 1969 (ratificada por la de 17 de noviembre de 1973), cuando exige para la apreciación de esta excepción la prueba por parte del agente no sólo de su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño, al declarar que "las propias normas objetivas de comportamiento exigen que en la realización de esas maniobras anormales, también llamadas "de fortuna", el conductor ha de optar por aquella que conforme a la técnica y la experiencia sea la más oportuna y eficaz en el caso concreto para impedir la transformación en daño del peligro creado por la culpa ajena"; mas tal doctrina no puede tener el alcance absoluto que parcaría e interesadamente le asigna la recurrida, silenciando que el sistema de cobertura del seguro obligatorio no descansa en una pura relación causalista u objetiva, sino en un esquema de responsabilidad "cuasi-objetiva" o de "responsabilidad objetiva atenuada", que impone reconducir la precisión de esas maniobras evasivas a su verdadero ámbito, que no es otro, como recientemente tuvo ocasión de precisar esta misma Sala (S. 232 de 1981, de 14 de diciembre), que el impuesto, con arreglo al artículo 1.104 del CCiv., por las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar, pues entender lo contrario sería equivalente —con infracción así del sentido teleológico de la norma— esterilizar el sistema y convertir en mera fórmula teórica la posibilidad defensiva de referencia, también ciertamente, como se señalará, varias veces estimada por las resoluciones de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna dirigidas a evitar o cuando menos evitar el daño causado por la culpa de la víctima, restando así al evento dañoso la exclusiva imputación a aquélla, resulta preciso:

a) La temporaneidad de la maniobra evasiva, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar la maniobra evasiva; lo que sucede tanto en los supuestos de previsibilidad concreta (peatón detenido en el centro de la calzada, vehículo situado en el centro y señalizando que va a cambiar de dirección, etc.) cuanto en los de peligro abstracto y posible, como pueden ser los indicados en el art. 17 del Código de Circulación, ya que en todos estos casos el principio de confianza o expectativa de un comportamiento adecuado ante los coparticipes ha de ceder ante el principio de seguridad, conducción defensiva o de previsión de un comportamiento inadecuado de los coparticipes en el tránsito. - b) Que las circunstancias de lugar posibiliten la realización de una maniobra de naturaleza defensiva o "de fortuna", que altere la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente. - c) Que las mismas circunstancias impidan la adopción de tal maniobra cuando de adoptarla pudiera seguirse un mal más grave, al ser obviamente aplicables al caso la doctrina del estado de necesidad, que no es exclusiva del derecho penal.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de lo precedentemente indicado al caso ahora decidido muestra la procedencia, contra lo indicado en la sentencia apelada, de estimar la excepción opuesta por la aseguradora demandada, en tanto un detenido análisis del material litisdecisorio obrante en autos muestra no sólo la inexigibilidad de la maniobra evasiva, sino incluso su imposibilidad, ya que: a) La colisión tuvo lugar cuando el autocar propiedad de la asegurada se encontraba en la entrada de una curva cerrada y escasa visibilidad para él, como lo revelan incluso las fotografías obrantes a los folios 45 y ss., circunstando el vehículo por el interfecto a gran velocidad, como lo revela no sólo el informe técnico emitido por la G.^a civil de Tráfico emitido por la misma en las diligencias penales cuyo testimonio obra en autos, sino también por la propia longitud de la huella de frenado del mismo; lo que hace inviable desde la circunstancia temporal la adopción de maniobra distinta a la de frenado. - b) Tampoco las circunstancias del lugar hacían posible la maniobra evasiva, dada la longitud del móvil asegurado y su posición al ocurrir la colisión, ya que la maniobra evasiva apuntada en la resolución recurrida del inmisión en la vía urbana perpendicular denominada Pasaje Cantábrico, situada a la derecha del mismo según la dirección que llevaba, resultaba imposible al hallarse el autocar situado paralelo a la entrada al

ocurrir la colisión, según revela el croquis de la Guardia civil de Tráfico testimoniado en autos (Folio 115).- c) Asimismo, tales circunstancias de lugar (vía urbana estrecha) permitan a la luz de la situación de necesidad preindicada la realización de la maniobra, al ser previsible la causación de un daño mayor, cual era el ocasionable a los pasajeros del autocar, uno de los cuales resultó lesionado con la simple colisión con un vehículo de peso menor; a todo lo que aún cabría añadir la inanidad de cualquier maniobra en el supuesto de que hubiera podido realizarse, pues todo lo actuado muestra la certeza del expresivo sentir del único testigo, don A. S. del V. (Folio 100), ante la Guardia civil instructora del atestado, al manifestar que "de no haber circulado en este momento el autobús el Seat hubiese colisionado quizás contra la cera izquierda del sentido Palma"; datos todos, pues, que imponen la ciertamente no grata decisión de estimar el recurso interpuesto por estimación de la excepción alegada de culpa exclusiva del perjudicado.

CONSIDERANDO: Que, una vez más, la peculiar naturaleza del proceso ejecutivo de tráfico, en el que el título es de producción automática y obligatorio dictado por el juez penal, se plantea, a efectos de declaración de costas, la necesidad de "situar" la causa de oposición estimada, si entre las excepciones que propician el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con obligatoria imposición de costas por vencimiento) o bien entre los motivos de nulidad contemplados en el art. 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, disyuntiva resuelta por esta Sala en las SS. 14, dicese, 124/1979, de 6 de julio, y 78/1980, de 12 de mayo, en el sentido de encuadrarla en el ordinal 2º del citado artículo 1.467 ("no ser exigible la cantidad"), al reputar que el art. 18 del texto refundido se limita a yuxtaponer este motivo de oposición a las excepciones propiamente dichas y motivos de nulidad, sin adscripción expresa a unas u otros, por lo que al ser la enumeración del art. 1.464 comprensiva de óbices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone preexistente, la inexigibilidad inicial parece más adecuadamente cobijables como motivo de nulidad; solución además asistida de indudable fundamento de equidad y que por ello impone su adopción, con la correlativa ausencia de expresa condena al pago de costas de primera instancia al no estimarse obviamente existente temeridad en la ejecutante; así como tampoco sobre las de este recurso, al estimarse el mismo.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada entidad aseguradora "M. N., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo de tráfico de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos la excepción de culpa exclusiva de la víctima opuesta por dicha ejecutada, y en consecuencia debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio ejecutivo promovido por los demandantes don I. S. G. y doña J. M. T.; todo ello sin hacer especial sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

19. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Contrato de seguro; cobertura de la póliza de seguro. Compensación de culpas. *Sentencia de 9 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída se impugna: A) por los demandantes del juicio n.º. 33/1979, por no haberse concedido la indemnización postulada, por los daños causados por el siniestro en el inmueble asegurado por la C. A. S. G. P. U., codemandada en dicho proceso; B) por la entidad B., S.A., codemandada en el juicio n.º. 495 del año 1978, por ser improcedente o excesiva en su caso, la indemnización otorgada a la viuda e hijos de don D. N. B., fallecido como consecuencia del siniestro aludido; y C) por las sociedades B., S.A. y L. U. y el F. E., S.A., codemandadas con otra entidad, en el juicio n.º. 33 de 1979, por ser improcedente o excesiva la indemnización concedida a los padres de don J. M. Z. F., cuya muerte le sobrevino por las gravísimas lesiones que sufrió en el siniestro que más adelante se relata.

CONSIDERANDO: Que la impugnación referida en el apartado A) del anterior considerando, se funda en que los daños producidos en el edificio asegurado y en el que está instalada la C. S. P., de Ca'n Picafort, término municipal de Santa Margarita, y cuya indemnización se reitera en esta alzada, fueron causados, según la apelante, por incendio, siniestro cubierto expresamente por la póliza de seguros de incendios suscrita por el propietario del inmueble con la C. A. P. Y. (folios 256/264 de los autos principales), ya que las dos víctimas del siniestro fallecieron como consecuencia de las extendidas quemaduras que sufrieron. Consta reconocido que el día 18 de Mayo de 1978 en el complejo deportivo anexo a dicha cafetería, se produjo una violenta explosión, con una gran llamarada, del gas butano que se había acumulado en el vestuario de señoras procedente de la instalación de gas butano existente en dicha dependencia para el servicio de duchas, que alcanzó a las dos personas que acababan de entrar en el mencionado vestuario y causó cuantiosos daños en el inmueble por efecto de la explosión. La cuestión que ahora se debate se circunscribe en determinar si hubo o no "incendio" a efectos del seguro concertado. Al ser dos riesgos distintos, el de incendio y el de explosión, sus coberturas, lógica y técnicamente son diferentes en la esfera del seguro, tanto civil como mercantil y por ende no son idénticas las primas a satisfacer por una cobertura u otra; de suerte que si no existe cláusula especial que lo incluya, la póliza de seguro de incendios, que es la del presente caso, no cubre los daños materiales causados por la simple explosión de gas butano sin posterior combustión de materiales y por ello, sin entrar en el problema de la concreción del importe de los daños materiales reclamados, se ha de rechazar el recurso formulado por los referidos apelantes-demandantes.

CONSIDERANDO: Que el segundo recurso, el expuesto en el apartado B) antes mencionado, formulado únicamente por B., S.A. e impugnativo de la indemnización de tres millones de pesetas concedida a la viuda y a los dos hijos, menores de edad, de don D. N. B., se fundamenta en las siguientes motivaciones: 1º) que el siniestro se produjo por imprudencia exclusiva de la víctima —señor N. B.—, 2º) que la causa del repetido siniestro fue el desastroso estado de conservación de la instalación de gas butano del expresado vestuario, cuya conservación compete y recae sobre el titular del complejo deportivo, contratante del seguro; y 3º) que al concurrir también culpa en la víctima, procede moderar, reduciendo, la cuantía de la indemnización solicitada en la demanda y concedida por el Juez de instancia. El aserto de la recurrente —B., S.A.— de que la explosión se produjo al encender una cerilla el señor N., cuando entró acompañando al señor Z. F. en el repeti-

do vestuario donde existía un fuerte olor a gas butano, no puede ser acogido al no haberse probado la afirmación de que fuese el señor N, el que encendiera la cerilla y no su acompañante y que fuese la combustión de una cerilla la que provocara la explosión, ya que pudo ser otra causa distinta, por ejemplo una pequeñísima chispa al chocar o caer accidental un objeto de hierro u otro metal sobre una piedra, el suelo u otro cuerpo duro. Tampoco puede prosperar la tesis de la misma parte apelante de ser de la exclusiva culpa del propietario de dicho complejo deportivo, contratante del seguro, Sr. R. G., la causa del siniestro, al no conservar en debido estado de funcionamiento la instalación de gas butano existente en el mencionado establecimiento, ya que tal deficiencia no se ha acreditado y si la manifiesta y grave negligencia de la compañía recurrente al no cumplir, como reglamentariamente le correspondía, la revisión periódica de la indicada instalación para comprobar el buen funcionamiento del servicio que había instalado —responsabilidad por riesgo—, como con todo acierto y gran minuciosidad expone el Juez “a quo”. Al no resultar de la prueba practicada culpa alguna en la actuación del señor N., no es dable tampoco, la pretendida reducción de la indemnización otorgada, por una supuesta concurrencia de culpas, la de dicha víctima del evento dañoso y de la entidad suministradora de gas butano, ahora apelante.

CONSIDERANDO: Que el último recurso formulado, el interpuesto por la entidades B., S.A. y L. U. y El F. E., S.A. contra la indemnización de 800.000 pesetas concedida a los padres del fallecido señor Z. F. y basado en los mismos motivos que el anterior, han de ser rechazados los dos primeros —culpa exclusiva de la víctima y culpa exclusiva del propietario del inmueble por el desastroso estado de conservación de la instalación de gas butano, respectivamente—, son desestimados por los mismos fundamentos antes expuestos y que aquí se dan por reproducidos; mereciendo, sin embargo, especial consideración la relativa a la concurrencia de culpa por parte de la víctima señor Z. F. en la producción del siniestro producido, ya que don J. M. Z. F. socio en la explotación del bar y complejo deportivo antes mencionado, conocía varios días antes de que se produjera la explosión, la existencia de fuertes olores, por escape, de gas butano, en el vestuario de mujeres, según declararon diversos testigos, comentándose que un día antes de ocurrir la explosión, una muchachita que había jugado al tenis no quiso ducharse en las instalaciones existentes al efecto en el repetido complejo deportivo, debido a que notaba un fuerte olor a gas, no avisó a la empresa B., S.A. o a alguno de los agentes de dicha compañía para que por sus servicios técnicos adoptaran las medidas pertinentes y realizaran las operaciones necesarias para evitar todo peligro y reparar la avería del escape de gas; sino que solicitó la cooperación de un número de la Guardia Civil para examinar personalmente la causa u origen del escape de gas, “culpa” esta que concurrió con la ya declarada por el Juez de instancia y reiterada por esta Sala, de la empresa B., S.A. de no haber realizado, durante varios años consecutivos, la reglamentaria revisión periódica de la instalación de gas a que estaba obligada; siendo de perfecta aplicación al presente caso lo declarado por el Tribunal Supremo: “Que si en el área del artículo 1902 del Código Civil y en la hipótesis de coexistencia o concurrencia de culpas ha mantenido esta Sala en algunas ocasiones el principio de la *absorción* de la del perjudicado por la del agente o viceversa, en atención a la mayor o menor importancia de una u otra, y el principio de la *neutralización* o *compensación* total de las culpas de ambos cuando fuesen de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (Sentencias de 21 Diciembre 1910, 13 Junio 1932, 18 Enero 1936 y 10 Junio 1943), en el supuesto que ahora se examina no se dan los requisitos exigidos para la aplicación de tales principios, siendo por el contrario, más ajustado al caso el principio de la *moderación* o *disminución* de la cuantía de la indemnización, conforme al cual cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada “culpa” del perjudicado, ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el quantum citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1103 del referido Código, en la proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima” (Sentencia de 14 Junio 1973); y consecuente con tal criterio jurisprudencial, se fija en la producción de la explosión que determinó la muerte de J. M. Z. F., la siguiente proporción: 75% por la omisión negligente de la compañía B., S.A. y un 25% por la actuación culposa de la propia víctima, lo que determina que la indemnización de 800.000 pesetas postulada por dicha muerte y concedida por el Juez “a

quo", quede reducida a 600.000 pesetas; y sólo en este sentido y concrete particular, se estima la apelación formulada por B., S.A. y L. U. y El F. E., S.A., desestimando todas las demás peticiones revocatorias formuladas contra el fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don O. R. G., don J. E. B., don J. Z. T. R. y doña M. F. R. y, así como el interpuesto por B., S.A. y estimando en parte el promovido por B., S.A. y L. U. y el F. E., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca y su Partido, de fecha trece de Enero de mil novecientos ochenta y uno en los juicios de mayor cuantía acumulados de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto se fija en *seiscientas mil pesetas* el importe de la indemnización que los demandados B., S.A. y L. U. y el F. E., S.A., deben satisfacer a los demandantes don T. Z. T. y doña M. F. R. por la muerte de su hijo don J. M. Z. F. y que el pago de los correspondientes intereses legales sean los propios a dicha cantidad, manteniendo y confirmando todos los demás particulares del fallo recurrido; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. Notifíquese esta resolución a la apelada no comparecida en esta alzada en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

20

20. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Indemnización de lesiones en accidente de tráfico. Prescripción de la acción. Concurrencia de culpas. Responsabilidad contrato de seguro. Prescripción de la acción. *Sentencia de 12 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que son hechos reconocidos o probados en autos y fundamentales para el examen y resolución de la cuestión litigiosa, los siguientes: A) El día 23 de Julio de 1976, en la calle de Aragón de esta ciudad, se produjo un accidente de circulación al ser atropellada la actora, hoy apelante, por un turismo conducido por el demandado don G. M. P. G., vehículo propiedad de la esposa del conductor, la también demandada doña A. L. M. y asegurado por la compañía demandada, con seguro obligatorio y otro complementario de responsabilidades civiles respecto a terceros hasta 300.000 pesetas. B) El expresado accidente dio lugar a diligencias penales en las que recayó el día 1º de Abril de 1977 auto de sobreseimiento libre del número 3º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación del Real-Decreto de Indulto de 14 de Marzo de 1977.

C) El 22 de Marzo de 1978 se dio de alta a la lesionada, por el médico forense, expresándose haber invertido 600 días en la curación de sus lesiones, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales "pendiente de extracción de placa quirúrgica y acortamiento 1.5 cems" —de la pierna izquierda— (folio 34 del juicio de faltas n° 256 de 1977 del Juzgado de Distrito n° 3 de Palma de Mallorca aportado al presente pleito). D) El día 16 de Mayo de 1978 se presentó papeleta de acto de conciliación, previa a la interposición de la demanda; el acto de conciliación se celebró, sin avenencia, el 30 del mes y año ultimamente mencionados. E) El 29 de Enero de 1979 se interpone demanda incidental de pobreza y firme la sentencia concediendo los beneficios de pobreza, se formuló seguidamente la demanda de las que se derivan las presentes actuaciones, en la que se postula que se condene, con carácter solidario, a los tres demandados a que abonen a la actora 800.000 pesetas como indemnización complementaria de las 200.000 pesetas ya percibidas por el seguro obligatorio, por las lesiones y secuelas sufridas como consecuencia del expresado accidente. F) los consortes demandados oponen a la pretensión ejercitada, las excepciones de prescripción de la acción y la de falta de legitimación pasiva de la esposa demandada, y la entidad demandada alega inexistencia de culpa en el conductor y sí en la actora, así como limitación a 300.000 pesetas su posible responsabilidad civil.

CONSIDERANDO: Que el plazo de un año que señala el n° 2 del artículo 1968 del Código Civil, empieza a contar, según estatuye el artículo 1969 del mismo Cuerpo legal, desde el día en que pudiera ejercitarse y es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, especialmente recogida, entre otras, en las sentencias de 9 Junio 1976, 9 Octubre 1978 y 9 Mayo 1979, la de que el plazo prescriptivo tiene que empezar a correr sólo cuando pueda ejercitarse la acción, lo que significa que en casos como el presente en que se trata de lesiones, habrá de esperar al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos totales de las mismas, porque sólo entonces se podrá estar en condiciones de valorar sus condiciones y el importe indemnizatorio pertinente (Sentencia de 18 Mayo 1981); y en el caso que se reexamina, en esta segunda instancia, consta acreditado por el informe ya mencionado del médico forense, que la fecha de sanidad de la hoy apelante-actora fue el 22 de Marzo de 1978 y la de la interposición de la demanda de pobreza, el 29 de Enero de 1979, cuyos efectos interruptivos de la prescripción extintiva son expresamente reconocidos por la jurisprudencia patria, ya que según sentencia de 1° de Diciembre de 1966, el artículo 1973 del Código Civil sólo requiere para que se tenga interrumpida la prescripción extintiva de acciones "su ejercicio ante los Tribunales" y tal ejercicio va insito en la presentación de la demanda de pobreza, si en ella se expresa la índole del pleito en que se pretende utilizar el beneficio, cuya concesión se impetra, —circunstancias que se dan en el presente supuesto—, por lo que al no haber transcurrido un año entre aquellas dos fechas —la de sanidad y la de presentación de la demanda de pobreza—, no se ha producido la prescripción aducida y por ello se ha de rechazar la excepción previa opuesta en primer lugar.

CONSIDERANDO: Que la segunda excepción previa, la de falta de legitimación pasiva de doña A. L. M., se basa en que dicha demandada no tenía que haber sido llamada a esta litis, pues el artículo 1903 del repetido Código no impone a la esposa la obligación de responder de los actos ilícitos civiles realizados por su marido. La enunciación de las personas obligadas a responder por hecho ajeno que hace el citado precepto no es exhaustiva, aunque impone una obligación, sino simplemente enunciativa o "ad exemplum", pudiéndose por tanto ampliarse por analogía, adaptando por tal medio viejas normas a las necesidades del vivir actual, de ahí que el estrecho criterio subjetivista que sustenta tal precepto haya quedado superado por una tendencia de matiz objetivo que ha desembocado en el mero condicionamiento de que la actividad de la persona esté al menos, potencialmente sometida a la posible intervención de quien ha de ser responsabilizado, y en ese sentido cabe destacar la sentencia de 23 de Febrero de 1976 que declaró, dando virtualidad a un contrato de comodato —artículo 1740— la responsabilidad de la propietaria de un vehículo de motor por los resultados dañosos que causó su novio con la conducción, autorizada, de su coche, al desplazarse a una población próxima. Si en el presente caso consta confesado, por el demandado, que conducía el coche cuando ocurrió el accidente con autorización y encargo de su esposa (posición 2ª), y por la dueña del vehículo, que su esposo conduce el coche con permiso de ella y que ella carecía de permiso de conducir (posi-

ciones 12ª y 13ª), se llega a la conclusión, con la base legal y jurisprudencial antes expuesta, que la mencionada demandada debe responder, no como esposa del conductor sino como propietaria del coche, de los daños causados por su marido, conductor del vehículo, por lo que procede desestimar también la última excepción previa formulada y entrar en el fondo de la cuestión litigiosa.

CONSIDERANDO: Que reiterada es la doctrina del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 1902 del Código Civil —Sentencias 22 Febrero 1946, 20 Octubre 1950, 30 Junio 1954, 24 Junio 1965, 20 Junio y 10 Octubre 1968 y 8 Octubre 1969— “en las que sienta que para que la responsabilidad extracontractual regulada en tal precepto sea declarada, se hace precisa la conjunción de los requisitos o supuestos siguientes: uno subjetivo, la existencia de una acción y omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige, otro objetivo, la realidad de un daño o lesión al accionante, y otro causal, la relación entre el daño y la falta (Sentencia de 6 Noviembre 1980); y dichos requisitos se dan en el actual caso, a saber: a) conducta negligente: la del demandado señor P. al conducir, sobre las 8,30 horas del día 23 de Julio de 1976, el vehículo de motor propiedad de su esposa, por la calle de Aragón de esta ciudad —vía pública de intenso tráfico en aquel momento— a velocidad no inferior a 60 kilómetros por hora —la velocidad máxima autorizada en tal lugar es de 40 kilómetros por hora— y atropellar a un peatón, la hoy apelante —actora—, después de haberla visto descender de la acera y cuando casi ya había cruzado la calzada (folio 164 de los autos principales); b) resultado dañoso: el atropello causó a la viandante las lesiones cuya duración y secuela se indicaron ya en el primer considerando de esta sentencia; y c) la relación de causalidad entre aquella conducta imprudente y el resultado dañoso, es indudable; por lo que procede declarar la correspondiente responsabilidad solidaria del conductor del vehículo, de conformidad con el artículo 1902, la de la propietaria del coche, a tenor del artículo 1903, ambos del Código Civil, y la de la compañía aseguradora demandada, ya que las sentencias del Tribunal Supremo de 18 Febrero 1967 y de 14 Octubre 1969 declaran la solidaridad del asegurado y la entidad aseguradora frente a la víctima del daño, aquel como responsable directo y la aseguradora por subrogación, según sentencia de 23 Junio 1963; quedando limitada la responsabilidad civil de la sociedad aseguradora a la suma de 300.000 pesetas, garantía máxima de que responde la citada entidad, según la póliza de seguro voluntario suscrita con la propietaria del vehículo (folio 63 vuelto de los autos principales).

CONSIDERANDO: Que en el caso que se debate, no sólo se aprecia negligencia en la actuación del demandado Sr. P., sino también en la de la propia víctima, ya que la hoy apelante-actora confesó en este juicio, que antes de cruzar la calle, no se aseguró si se aproximaban vehículos de la parte de Pont d'Inca, esto es de su izquierda (posición 2ª), que es por donde llegó el coche que la atropelló, omisión esta de índole negligente que contribuyó a la producción del resultado dañoso, dándose pues una coexistencia o concurrencia de culpas, supuesto respecto al cual el Tribunal Supremo mantiene tres principios diferenciados, a saber: a) el de la absorción de la culpa del perjudicado por la del agente o viceversa, en atención a la mayor o menor importancia de una u otra, b) el de neutralización o compensación total de las culpas de ambos, cuando fuesen de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (sentencias 21 Diciembre 1910, 13 Junio 1932, 18 Enero 1936 y 10 Julio 1943), y c) el de moderación o disminución de la cuantía de la indemnización, cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada “culpa” del perjudicado, y ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el quantum citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1103 del Código Civil, en la proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima (sentencia de 14 Junio 1973); consecuentemente con este último principio, que es el aplicable al presente caso, se fija, a los exclusivos efectos de esta litis, la proporción de un 25% la “culpa” de la actora en la producción del resultado dañoso, y en su consecuencia, en esa misma proporción se ha de reducir la indemnización postulada, por lo que se fija en 600.000 pesetas el importe total de la indemnización que debe percibir la demandante, en la forma y con la distribución que a cargo de los demandados se concreta en la parte dispositiva de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que dada la revocación que se acuerda, no es dable, en este juicio de mayor cuantía, condena, de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por doña G. C. Q., debemos revocar y revocamos en todas sus partes la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, de fechas veinticinco de Abril de mil novecientos ochenta y uno dictada en el juicio ordinario declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; y en su lugar dictamos la siguiente: Que rechazando las excepciones previas formuladas de prescripción de la acción y de falta de legitimación pasiva de la demandada doña A. L. M., y estimando en parte la demanda interpuesta por doña G. C. Q. contra don G. M. P. G., doña A. L. M. e I., C. A. de S. G., debemos condenar y condenamos:

I) A que los tres demandados abonen solidariamente a la actora la suma de *trescientas mil pesetas*.

II) A que los demandados don G. M. P. G. y doña A. L. M. abonen solidariamente a la demandante la cantidad de *trescientas mil pesetas*, además de la suma antes expresada.

Sin expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Devuelvanse los autos del juicio de faltas aportados a la vista, al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

21

21. JUICIO EJECUTIVO. No ha lugar a las excepciones de compensación de crédito líquido y de plus-petición. *Sentencia de 15 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva dimanante de 17 letras de cambio — 16 de ellas por un importe de 4.200 pesetas cada una, y la restante de 120.202 pesetas —, todas ellas protestadas por falta de pago, el ejecutado opuso en Primera Instancia, compensación parcial y plus petición, alegando a tal efecto que las citadas 16 cambiales de 4.200 pesetas, juntamente con otras, fueron sustituidas por renovación por la otra letra de cambio presentada con el escrito inicial de juicio, la de 120.202 pesetas y que a cuenta de esta última cambial, abonó 25.000 pesetas, según documento que quedó unido a autos, alegaciones que ahora reitera, ante este Tribunal "ad quem", como fundamento de esta apelación.

CONSIDERANDO: Que el artículo 523 del Código de Comercio se remite expresa-

mente a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente a la admisión de excepciones contra la acción ejecutiva por letras de cambio, y los artículos 1464 en su número 3º y 1466, ambos de la referida Ley Procesal, posibilitan al ejecutado para que pueda fundar su oposición en la compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva y en la plus petición, respectivamente, más al tener ambas causas el carácter de excepción, deben ser debidamente probadas para que puedan enervar la acción dimanante de los títulos cambiarios presentados que, al estar adornados con las formalidades legales precisas, tienen eficacia ejecutiva (artículo 521 del Código de Comercio y número 4 del artículo 1429 de la referida Ley de Enjuiciamiento).

CONSIDERANDO: Que el ejecutado no sólo no ha probado que la expresada letra de cambio de 120.202 pesetas sea renovación de las otras cambiales igualmente acompañadas al escrito inicial de este juicio, para que pueda ser estimada la compensación parcial aducida, sino que de lo actuado aparece la no existencia de tal renovación, por las siguientes razones: a) por el hecho de poseer el ejecutante las supradichas 16 cambiales, ya que en caso de haberse verificado tal renovación, estarían en poder del hoy ejecutado o se habrían destruido o anulado expresa y formalmente; y b) por haberse justificado documentalmente (folio 74 de los autos principales), que la referida cambial de 120.202 pesetas es renovación, por compendio y liquidación, de otras 21 letras de cambio distintas de las que son base de presente ejecución, tampoco abonadas por el hoy ejecutado, incrementado el importe total de aquellas 21 letras impagadas con los gastos de protesto y bancarios (folios 75/129 de dichos autos). Tampoco puede prosperar la excepción de plus petición, basada en el pago de 25.000 pesetas por el deudor a la entidad acreedora, ya que en el recibo presentado al efecto y unido a autos al folio 71, se hace constar que dicha suma recibida es a cuenta de la compra del solar número 289, mientras las letras de cambio base de la presente ejecución, dimanar de la adquisición del solar número 290 por el hoy ejecutado, ambos inmuebles vendidos por la entidad ejecutante al hoy apelante-deudor; por lo que al rechazar las dos excepciones formuladas, procede confirmar el fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en el apelante a efectos de imposición de las costas de este recurso.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don A. G. V., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, de fecha once de julio de mil novecientos ochenta y uno dictada en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

23

23. RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO. No procedencia de la prórroga forzosa. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la prueba practicada en autos —correctamente valorada en la aceptada fundamentación contenida en la sentencia dictada por el juzgador “a quo”— se polariza en torno a los hechos básicos acreditados siguientes: a) Que el local arrendado estuvo ocupado por la Delegación del Ministerio de Trabajo en esta ciudad desde la fecha del contrato hasta los primeros días del mes de julio de 1979, en que se trasladó a su actual ubicación; como lo acredita el propio informe emitido por dicha Delegación obrante en los autos (Folio 125).- b) Que en el piso objeto de este proceso dejó de desarrollarse la función propia del ocupante, aunque quedase en el mismo parte del mobiliario de oficina y archivo; según acredita el mismo informe citado.- c) Que con fecha 12 de noviembre del mismo año se comunicó la desocupación a la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos, según señala el tantas veces citado informe de la Delegación de Trabajo.- d) Que con fecha 15 de febrero de 1980 la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda comunicó a esta Delegación provincial de Baleares la decisión de continuar el arrendamiento de autos y su ocupación por la Delegación de Hacienda para instalación de servicios (Folio 125).- e) Que el acta de entrega del local arrendado tuvo lugar el día 28 de marzo de 1980 (Folio 137); de donde se desprende que desde la fecha de desocupación en 4 de julio de 1979 (factura de la empresa transportista P., S.A. al folio 149 y su autenticación por el testigo don J. P. Ll. al folio 169) hasta la ocupación por el nuevo organismo habían transcurrido más de los seis meses a que se refiere el ordinal 3º del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que frente a esta inmovible realidad fáctica se alza el primero de los motivos impugnativos brillantemente desarrollados por el Sr. Abogado del Estado recurrente en su exposición “in voce” en el acto de la vista de esta alzada, invocando el carácter de persona jurídica única de la Administración general del Estado consagrado en el art. 1º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y los preceptos contenidos en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, el Decreto de 24 de noviembre de 1967 y la Orden ministerial de 28 de junio de 1968, tratando de obtener la deducción que el cómputo del plazo en ningún caso podría iniciarse, conforme a tales disposiciones, más que a partir de la preindicada fecha de 12 de noviembre de 1979 en que la Delegación provincial de Trabajo comunicó al órgano competente el traslado de la oficina pública; deducción que no puede ser aceptada por esta jurisdicción civil, ya que su argumentación contrariamente a lo pretendido se vuelve en su contra, pues si efectivamente la Administración del Estado, como señala el art. 1º citado, “constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”, tal configuración está “eo ipsa” mostrando dos consecuencias importantes: a) Que la capacidad patrimonial y procesal única del ente (Art. 38 del CCiv.) colectivo se erige en centro de imputación, positiva o negativa, de la actuación de sus propios órganos, en tanto el órgano está integrado en la estructura misma de la persona jurídica y sus actos se consideran de la misma con todas sus consecuencias favorables o desfavorables (dolo posunt facere) que de ello se derivan.- b) Que la condición de arrendatario regida por las normas del contrato de inquilinato, conforme al ordinal 2 del art. 4º de la Ley de A. Urb., determina la inaplicabilidad de una normativa interna de la Administración, cuyo incumplimiento por un órgano pertenece a la esfera interna al ser sólo partes del contrato (art. 1.257 del CCiv.) la Administración-arrendataria y el particular (no administrado).

arrendador; de manera que el cumplimiento o incumplimiento de lo preceptuado en la normativa administrativa invocada por la recurrente es respecto a la relación contractual arrendaticia "res inter alios acta" y, consecuentemente, en forma alguna puede aceptarse como inicio del cómputo del plazo de seis meses preindicado la fecha postulada —de comunicación de la desocupación—, sino la de la efectiva producción del no uso contractualmente pactado; a lo que aún cabría añadir (en aras a la norma que sobre buena fe contractual establece el art. 1.258 del CCiv.), que tampoco la Administración estatal podía alegar eficazmente su ignorancia acerca de la desocupación por una Delegación ministerial hasta la fecha indicada, por cuanto en autos obra la orden ministerial de 19 de febrero de 1979 aprobatoria de los gastos de transporte de mobiliario y material, con la información preceptiva de la Intervención Delegada de Hacienda en el Ministerio de Trabajo (Folio 150).

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener el segundo motivo impugnativo, tratando de amparar en una sedicente continuación del uso derivado de que en el local arrendado para oficinas de la Delegación de Trabajo quedaron parte del archivo, una máquina fotocopiadora y parte del utillaje de la oficina, ya que tal alegación no resulta aceptable si se tiene en cuenta: a) Que tanto los conceptos de no uso como el de "cierre" son interpretados reiteradamente por la doctrina jurisprudencial del T.S. no en su sentido físico o absoluto, sino en la cesación del uso pactado, que en los supuestos de cierre de local no se hace sinónimo del cese de toda actividad en él, sino de la parificación a aquél de la realización de simples actividades accesorias, secundarias o esporádicas (SS. de 14 de noviembre de 1962, 24 de febrero de 1964, 5 de abril de 1968, 22 de diciembre de 1970 y 4 de octubre de 1975), siendo en tal supuesto lo esencial el cese de la comunicación con el público; y tal doctrina obviamente ha de resultar aplicable al arrendamiento que se examina, ya que la remisión a la normativa del contrato de inquilinato y consecuente remisión al no uso como causa de denegación de la prórroga en lugar del de cierre carece de relevancia, no sólo porque en la aplicación de toda norma jurídica el art. 3 del CCiv. exige que se atienda "*fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*", lo que conlleva la precisión de indicar que existe paridad de fundamento para la denegación de prórroga en ambos supuestos, sino también porque al basarse esta causa denegatoria en la obligación impuesta al arrendatario por el párrafo 2º del art. 1.555 del CCiv. (uso conforme a la naturaleza de la cosa arrendada) llano resulta que un uso inadecuado como el residual de un traslado de utillaje vendría inane para, en el conflicto de intereses entre partes que subyace en todo proceso civil, enervar la conclusión positiva del no uso.- b) Porque este supuesto uso secundario tampoco resulta ciertamente del material litisdecisorio obrante en autos, ya que de los muy cualificados testimonios del transportista que efectuó la mudanza de la oficina, el ya citado señor P. Ll., y de la portera del inmueble doña M. R. O. (Folios 169 vtº y 170) se desprende que el local o piso no quedó destinado a uso accesorio o secundario alguno, sino simple basura y en todo caso material de inútil aprovechamiento luego recogido y tirado; apreciaciones fácticas que enervan "a radice" la supuesta ocupación parcial que haría decaer el no uso invocado en la demanda; así como la alegación nueva deslizada por la recurrente en la exposición "in voce" en el acto de la vista de alzada en base a una supuesta conversión de destino en depósito o almacén en el periodo intermedio, que al no haber sido invocada en la demanda haría decaer por obvias razones de congruencia la pretensión resolutoria contractual ejercitada en aquélla, ya que con independencia de cualquier otro argumento el supuesto uso parcial invocado no ingresaría en el cambio de destino, sino en la falta de uso en sentido normativo, al ser los depósitos o almacenes no sólo un espacio físico donde se guarda algo, sino que esa custodia ha de ir dirigida a ser auxiliar del tráfico mercantil o lucrativo, que es precisamente la razón de la distinta normación que a estos contratos en que el arrendatario asig, dicese, es la Administración del Estado asigna el artículo 5º de la L.A.U. frente al precedente y ya citado art. 4º.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino adverso ha de tener el tercer motivo de impugnación, pretendido cobijar, al amparo de las SS. de 25 de enero de 1964 y 22 de junio de 1966, en una supuesta falta de voluntariedad del no uso o desocupación en el periodo anterior a la comunicación al órgano competente; pues tal doctrina (como la que se podría extraer de decenas de sentencias del T.S. en el mismo sentido) se refiere a la justa causa que esteriliza la sanción por no uso o cierre conforme al art. 62-3º tantas veces citado, más no resulta aplicable, según el art. 1º de la L.R.J. Admón. Est., al caso que se decide, al

ser, según lo precedentemente recordado, la Administración sujeto único en la relación contractual y hallarse, por ende, la misma vinculada por la actuación —correcta o incorrecta— de sus órganos, por lo que su actuación “ad extra” es voluntaria normativamente; todo lo que, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían meramente reiterativas, impone la desestimación del recurso de apelación interpuesto con carácter principal por la Administración del Estado demandada.

CONSIDERANDO: Que el mismo rechazo ha de correr el interpuesto adhesivamente por la parte actora sobre el extremo en que la sentencia apelada desestima la causa resolutoria de realización de obras in consentidas invocada en la demanda, en tanto dicha parte no ha logrado en forma alguna desvirtuar la acertada fundamentación contenida en el fallo apelado, que al compartirse por esta Sala releva de toda insistencia, por lo demás inútil al acordarse la resolución contractual por estimación de una causa denegatoria de la prórroga forzosa.

CONSIDERANDO: Que, al existir desestimación de los recursos de ambas partes, no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando tanto el recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado cuanto al formulado adhesivamente por la demandada doña M. J. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio incidental de resolución de contrato arrendatario urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre costas del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

24

24. RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO. Art. 114, 2 L.A.R. Subarriendo de la vivienda o local de negocio. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, reconocido que los litigantes personados en esta litis, suscribieron, el 1° de Junio de 1979 un contrato de arrendamiento del local de negocio sito en V. C., en el M. de C. F., número 47, bar denominado S. (folios 10 y 17), y que el demandado declarado rebelde, don D. S. J., conocido familiarmente con el nombre de “C.” trabaja habitualmente en dicho bar, es por lo que queda circunscrita la cuestión litigiosa

en esta alzada, como ya lo fue en primera instancia, en concretar si la introducción del señor Sánchez Jimenez en el local arrendado es, como camarero asalariado del arrendatario, —tesis de la parte apelante—, o por el contrario, como subarrendatario del bar —tesis de la apelada—, que es la que mantiene la resolución apelada.

CONSIDERANDO: Que la Ley de Arrendamientos Urbanos estatuye en su artículo 114 como causa resolutoria del contrato de arrendamiento urbano, en su número 2º, "El haberse subarrendado la vivienda o el local de negocio...", siendo necesario destacar, para la decisión del proceso, la siguiente doctrina jurisprudencial: A) La introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia en el local o vivienda arrendados genera la presunción de la existencia de la expresada causa resolutoria (Sentencias de 7 Mayo 1958, 8 Marzo 1963, 13 Mayo y 12 Julio 1970 y 22 Junio 1973, entre otras), siendo tal presunción, como expresamente señala la jurisprudencia referida, el natural resultado de la propia naturaleza clandestina en que tales ilícitos negocios se desenvuelven; B) Por los mismos motivos, tampoco precisa que el actor-arrendador tenga que "fijar el título por el que lo disfrute, si es cesión o subarriendo, ni si es total o parcial, absoluta o compartida, ni si es onerosa o gratuita, porque basta que se dé la introducción de tercera persona, usándola en su nombre y provecho, para que proceda la resolución del contrato, ya que esta causa tiene su razón de ser en que el arrendatario adquiere por el contrato el derecho de uso, pero no su disposición" (Sentencia de 19 Octubre 1972), por lo que no tiene "necesidad de calificar exactamente la figura jurídica correspondiente, dada la dificultad, inherente a la clandestinidad, en que normalmente se desenvuelven estos negocios, extraños a la intervención y a las posibilidades fiscalizadoras del arrendador (Sentencias de 13 Mayo 1970, 6 Marzo 1971, 29 Febrero 1972 y 1º. Junio 1973); y C) Consecuencia de lo anteriormente proclamado, se produce una inversión de la carga de la prueba, al tener que justificar el arrendatario-demandado la legalidad de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada (Sentencia 10 Abril 1970).

CONSIDERANDO: Que, consecuentemente con la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, corresponde a la parte demandada probar que la introducción y permanencia del codemandado señor Sánchez Jimenez en el local arrendado era en concepto de asalariado del arrendatario, pero con referencia anterior al 10 de Diciembre de 1980, día en que se levantó el acta notarial de presencia en el expresado inmueble, a instancia de una de las arrendadoras, documento que obra en los folios 12 y 13 de los autos principales, pues la demostración de una relación laboral entre el arrendatario y el señor S. posterior al diligenciamiento del referido acta notarial, será de total inoperancia en esta litis, pues si tuvo lugar el subarriendo, este no puede quedar sin efecto por actuaciones encaminadas a legalizarlo, por revestir el carácter de acto prohibido por el ordenamiento jurídico, y los actos ejecutados en fraude de ley, no impiden la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, según proclama el artículo 6º. 4 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que todos los documentos presentados por el arrendatario demandado, hoy apelante, referentes a la existencia de una relación laboral con el codemandado rebelde señor S. J., aquel como empresario, este como camarero, si bien en ellos se consignan como data el 1º de Diciembre de 1980, sus fechas de presentación en los distintos organismos oficiales, que son, entre otras determinaciones, las que producen efecto respecto a terceros —artículo 1227 del Código Civil—, son posteriores al 10 del mes y año ultimamente citados— fecha en que se practicó el acta de presencia y referencia aludida—; siendo de destacar en este sentido la certificación de la Oficina de Empleo de Mahón, dependiente del Ministerio de Trabajo, obrante al folio 79, acreditativa de que el contrato del trabajador Don D. S. con la empresa B. S., se formalizó en fecha 14 de Enero de 1981, lo que determina la estimación de la existencia de un subarriendo en el local objeto de esta litis por parte del repetido señor S. J., como así lo reconoce su propia esposa, la también demandada-rebelde en este juicio, doña D. P., en escrito manuscrito, cuya autenticidad ha sido reconocida en confesión judicial (posición 2ª), que dice textualmente: "C. S. y D. P. Tenemos en "Y" un "B.S." que hemos pintado y manteniéndolo en condiciones pagando una renta a J. F. 7-12-8" Firmado y rubricado "D. P." (folio 11). Sin que el hecho de que el arrendatario-demandado hubiera contratado para el local arrendado, un jefe de bar, que prestó servicio desde el 1º de Abril hasta el 30 de Septiembre de 1980 y que

trabajase como camarera la propia arrendataria-demandada hasta el 10 de Noviembre del mismo año, desvirtúa la apreciación de la existencia del repetido subarriendo a principios del mes de Diciembre de 1980; por lo que procede confirmar el fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don F. J. F. R., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el juez de Primera Instancia de Mahón y su Partido, de fecha de cuatro de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de resolución de arrendamiento urbano de que dinamiza el presente rollo; sin hacer expresa imposición de costas de esta alzada. Notifíquese la sentencia a los demandados declarados rebeldes y a la demandada no comparecida en esta segunda instancia en la forma prevenida en el artículo doscientos ochenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se solicita la notificación personal.

Así por nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

25

25. TERCERIA DE DOMINIO. No determinación del dominio exclusivo y excluyente por el tercerista del bien inmueble trabado en la ejecución. No ha lugar. *Sentencia de 16 de febrero de 1982.*

CONSIDERAMOS: Que el alzamiento de la traba recaída sobre la vivienda objeto de la tercería —petición necesaria en el ejercicio de toda tercería de dominio— exige para su pronunciamiento tres requisitos concurrentes (Ss. T.S. 18-6-1966 y 25-5-1969 que entre otras establecen la doctrina de que toda tercería de dominio implica el ejercicio de una acción reivindicatoria): A) La justificación del dominio que invoque el tercerista; B) La identidad entre el bien que ha sido embargado y el bien que el tercerista afirma ser de su propiedad y C) El hecho de la traba misma que equivale a la posesión del bien sin razón legal suficiente, y siendo que estos dos últimos han quedado fijados en la litis por admisión de las partes —y así son recogidos en la sentencia de instancia—, la controversia planteada queda reducida a determinar si el tercerista ha acreditado su dominio actual, es decir, dominio consolidado con anterioridad al momento en que se causó la traba —en cuyo caso procedería el alzamiento de la misma—, o, si por el contrario, el dominio alegado no ha sido adquirido plenamente, o lo ha sido con posterioridad al embargo, en cuyo supuesto no es oponible al ejecutante y la tercería de dominio será desestimada.

CONSIDERANDO: Que el documento privado de compraventa de 16 de noviembre de 1979 que el tercerista apelante presenta como título justificativo de su causa de pedir, si

bien tiene la potencialidad necesaria para producir efectos respecto a ejecutante y ejecutados dado que, como certeramente considera el juez "a quo", el art. 1227 del C. Civ., sujeto a la interpretación extensiva que el T.S. comenzó a realizar con un criterio progresista cercano al carácter abierto del ordenamiento civil italiano, en la S. de 10-1-1929, y posteriormente en las de 16-2-1968, 26-2-1969, y 6-7-1977, fundamenta la posibilidad de acreditar otro medio probatorio admitido en derecho, y así se ha efectuado en el correspondiente periodo procedimental mediante las declaraciones testificales obrantes en los folios 15 y 53 y en los documentos foliados con los números 16, 53, 54 y 55, sin embargo no es eficaz para el fin pretendido, y ello no por el razonamiento expuesto en la sentencia impugnada —falta de pago total del precio—, pues tal incompleta contraprestación afectaría a la relación interna de los contratantes, mas por si sola no impediría la transmisión dominical ni el nacimiento del fundamento subjetivo del tercerista, sino por las razones que se exponen seguidamente.

CONSIDERANDO: Que como tiene declarado el T.S. en Ss. de 31-10-1951 y 3-11-1963, entre otras, en las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del contrato, pues éste únicamente confiere al comprador un "ius ad rem" sobre la cosa objeto de la estipulación, sino con el de su consumación mediante la tradición que exigen los artículos 609 y 1095 del Código Civil, por ser entonces cuando surge el verdadero "ius in rem" con el consiguiente efecto de inmediatez sobre el inmueble y con la oportuna acción "erga omnes" para hacerlo efectivo; y del análisis de las pruebas propuestas y practicadas debe de afirmarse que el tercerista recurrente no ha acreditado ni intentado acreditar la tradición de la vivienda objeto del contrato de compraventa, dado que: A) El documento privado que contiene un contrato de tal clase no acredita por sí sólo la tradición de la cosa vendida, ya que la presunción de la tradición "ficta" sólo es circunstancia del otorgamiento de la escritura pública; B) El documento privado litigioso no consigna de modo expreso que los vendedores transfirieran la propiedad al comprador —estipulación que el T.S. entendió en S. de 12-4-1957 como válida para efectuar la completa transferencia dominical, si bien en tal supuesto el comprador arrendaba el inmueble al vendedor en el mismo contrato—; C) No ha existido otorgamiento de escritura pública que como tradición instrumental del artículo 1462 del Código Civil produciría la constitución del derecho real de propiedad; D) No consta que haya mediado acto alguno de transferencia posesoria simultánea o posterior al documento privado —si bien necesariamente anterior a la anotación del embargo— que colocase la vivienda bajo el poder del ahora tercerista; y E) Ni siquiera existe hecho o indicio alguno que permita establecer por vía de presunción la relación directa tercerista-vivienda, característica del derecho alegado, pues no ha sido acreditado quien fuera el receptor de la merced arrendaticia en el periodo de tiempo comprendido entre el 16 de noviembre de 1979 —celebración del contrato de compraventa— y el 30 de diciembre del mismo año —fecha en que el inquilino desalojó la vivienda—, ni quien recibiera las llaves de la misma cuando se produjo el cese arrendaticio. Causas que conducen a la desestimación del recurso de apelación por no haber quedado acreditado el dominio del tercerista Don A. G. P. sobre la vivienda embargada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad o mala fe que fundamente declaración alguna sobre las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante don A. G. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital, en autos de juicio de tercería de dominio que este rollo dimana, debemos de confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas de esta segunda instancia. Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía en forma edictal, de no interesarse dentro de tercero día su notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, definiendo, cuando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

28

28. DESAHUCIO DE INDUSTRIA. Falta de válidez argumentos del demandado sobre la no existencia del arrendamiento de industria. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que los contratos se califican por su verdadera naturaleza y no por la denominación que las partes les den, según advierte una reiteradísima doctrina jurisprudencial (SS., entre muchas, de 30 de noviembre de 1978, 20 de febrero de 1980 y 30 de enero de 1981), no es menos cierto que esta tarea hermenéutica a realizar por el órgano jurisdiccional partiendo de las reglas contenidas en los artículos 1.281 y ss. del CCiv. debe atender en el área distintiva del arrendamiento de industria a las notas siguientes: a) Que lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (SS., entre muchas, de 12 de junio de 1967, 10 y 17 de marzo de 1970, 29 de diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados con el local sean suficientes para el funcionamiento del negocio (SS. de 25 de noviembre de 1972, 25 de mayo de 1973 y 8 de junio de 1979), no dependiendo la calificación de arrendamiento de industria ni de la importancia de la misma ni del número de elementos de que conste (SS., de 15 de marzo de 1976 y 25 de marzo de 1978), así como tampoco del hecho de que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (SS., de 19 de junio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 8 de noviembre de 1974 y 9 de julio de 1979).- b) Que si los términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (SS., de 25 de noviembre de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 15 de marzo de 1976), siendo en esta materia singularmente relevante la interpretación contextual o sistemática de las distintas cláusulas del contrato (SS., de 15 de noviembre de 1972 y 24 de noviembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que a la luz de la doctrina legal recordada en el fundamento que precede se advierte la total y absoluta inconsistencia de la inconexa y poco seria argumentación de la parte demandada-apelante al tratar de eludir la decisión del proceso con la invocación de que el contrato cuya resolución se postula en la demanda no era un arrendamiento de empresa industrial, sino un sedicente "arrendamiento complejo" que exigiría el marco de un juicio plenario o declarativo ordinario para su resolución; en tanto en cuanto el supuesto carácter complejo que pretende derivar de las estipulaciones o cláusulas tercera, dicese: cuarta (poner a su nombre la titularidad administrativa y constituirse en empresa a efectos de pago de la seguridad social), quinta (pago de impuestos, tasas y arbitrios) y séptima (obligación en su caso de pintar un local para su devolución en estado de esmerada conservación), en nada resulta de ellas, ya que: 1 - El pago de impuestos, tasas y arbitrios y de la seguridad social no sólo no es cláusula que afecte negativamente a la calificación de arrendamiento de empresa industrial, sino que contrariamente, como se desprende la S. del T.S. de 7 de enero de 1981), obligación accesoria propia de tal figura contractual y cuyo incumplimiento por parte del arrendatario da lugar a la resolución del vínculo contractual.- 2 - La obligación de pintar es simple elevación a estipulación contractual tipificada de la norma contenida en el artículo 1.561 y ss. del CCiv. en orden al estado de la cosa en el momento de extinción de la relación contractual; por lo que sin necesidad de ningún otro argumento procede la enérgica desestimación del recurso de apelación interpuesto, con expresa condena a la recurrente al pago de las costas causadas en el mismo por su temeridad, evidenciada por la falta de rigor y seriedad de sus sedicentes argumentos impugnativos.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando integralmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don M. H. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio de desahucio de industria de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; condenando a la recurrente al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación de la alzada—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

29

29. RESPONSABILIDAD DAÑOS POR ACCIDENTE DE TRAFICO. Responsabilidad contrato de seguro. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para situar el "thema decidendi" en una perspectiva correcta conviene, "in limine litis", fijar el alcance que para esta decisión pueda tener la sentencia de esta Sala número 148/1981, de 16 de septiembre, al haberse dictado la misma en proceso seguido por demanda derivada del mismo accidente de circulación de que este proceso trae causa; y así: a) Por su propia naturaleza, y al no concurrir las identidades requeridas por el art. 1.252 del CCiv., no produce en forma alguna cosa juzgada respecto de esta resolución. - b) Pese a versar sobre un mismo accidente de tránsito viario, el tema decisorio no es en forma alguna idéntico, ya que el actor en el proceso anterior era simple pasajero del vehículo conducido por otro y por consiguiente ajeno al análisis o exámenes de culpabilidad, al no ser protagonista del hecho, sino simplemente víctima, como ya tuvo buen cuidado de advertir la precedente y citada sentencia de esta Sala al declarar que "la culpabilidad civil en casos de concurrencias de conductas requiere siempre una acción u omisión propias de la víctima, pues como señalaban tanto el Derecho romano ("Quod quis ex sua damnus sentit, non intelligitur damnus sentire": Dig., I., XVII, 203) cuanto las Leyes de Partidas ("Daño que ome rescibe por su culpa, a si mismo deue culpar de ello": "7ª, XXXIV, XXII) la acción u omisión ha de ser personal del perjudicado y en parecidos términos se expresa la muy reciente S. de 3 de enero de 1981 cuando alude a que en la compensación de culpas existe una situación que ineludiblemente requiere un actuar independiente del lesionado con respecto al obrar del productor del resultado lesivo"; de manera que en forma alguna afecta la decisión precedente a la que ahora se dicte dado el muy distinto papel desempeñado en el hecho entre el actor del proceso anterior (simple víctima) y el causante de los demandantes de este juicio: conductor y eventual cointervenido causal en la producción del evento lesivo.

CONSIDERANDO: Que, sin embargo, hay un dato previo del que necesariamente hay que partir: el de la culpabilidad del conductor codemandado (su exclusividad o no se

valorará posteriormente), pues como se señala en la anterior sentencia de esta Sala, “si en trance de valorar la culpa penal (esencialmente vertible en un juicio de reproche normativo) puede tener vigencia el principio sancionado por la jurisprudencia penal en orden a la llamada “relatividad de la preferencia de paso en el tránsito interviario”, en cuanto degrada total o parcialmente la culpa en los supuestos de prioridad en el acceso al punto representativo del centro ideal de la intersección viaria, el mismo deviene inaplicable en el área culpabilística civil, máxime cuando existe una señal (“Ceda el paso”) que impone lo que la técnica alemana denomina como deber de cautela especial”; conclusión que ahora se ratifica, pues cualquiera que sea el grado de coinervención de la víctima en la producción del evento lesivo, ninguna duda ha de haber en orden a la culpabilidad civil del conductor codemandado, al infringir las normas contenidas en el art. 25-e) del C. de Circ. y 170-f)-1.22 del mismo texto reglamentario: conducta no excusable por el dato de que al ocurrir la colisión hubiese ya rematado la maniobra de cruce viario, pues lo cierto es que en cualquier caso sería aplicable la reiterada doctrina legal expresiva de que “cuando las garantías adoptadas conforme a las prescripciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, ello revela que faltaba algo por prevenir y que no estaba completa la diligencia (SS., entre muchas, de 13 de febrero de 1973, 10 de octubre de 1975, 26 de mayo de 1976, 8 de noviembre de 1977, 27 de mayo de 1978 y 27 de diciembre de 1979)”; conclusión culpabilística que se refuerza con el simple dato de la sobrecarga que portaba el camión conducido por el codemandado, según reconoce al prestar confesión el codemandado (Folios 171 y ss.) y se recoge en el informe técnico practicado por los instructores municipales en las diligencias penales cuyo testimonio corre unido a autos en el ramo correspondiente (Folio 275); de forma que por simple ley física la falta de maniobrabilidad del vehículo al tratarse el lugar de un tramo descendente hacía más exigible el especial deber de cautela ya previamente a él exigido por los antecitados preceptos administrativos.

CONSIDERANDO: Que ello no releva, sin embargo, de analizar la corrección o incorrección de la conducción realizada por la víctima —hijo de los actores ahora recurrentes—, y de un detenido examen de lo actuado en este proceso resulta que: a) En la zona en que ocurrió la colisión determinante del luctuoso evento dañoso (Zona escolar) existía una limitación de velocidad señalizada de cuarenta kilómetros/hora (Croquis al folio 268).- b) La víctima circulaba a una velocidad superior y cifrable en setenta y cinco kilómetros hora según la declaración del conductor del vehículo que le precedía en su marcha (Folio 274).- c) El camión ya se había introducido totalmente en la vía y rebasado consecuentemente el cruce con la que en principio circulaba la víctima (Camino vecinal), según se aprecia en el croquis levantado en las diligencias penales cuyo testimonio obra en autos (Folio 268); y estos datos imponen su confrontación (al ser evidente también una actuación imprudente de la víctima) con la conducta predescrita del conductor codemandado a los efectos de una aplicación de la impropriadamente llamada compensación de culpas, cuyo sentido jurisprudencial se condensa en la conocida S. del T.S. de 14 de junio de 1973 en base a los tres principios a que se refiere: *de absorción*, en atención a la mayor o menor importancia de la culpa del agente o del perjudicado; *de neutralización*, que anula las responsabilidades cuando las culpas de ambos sean de igual grado y virtualidad jurídica y de *moderación o disminución de la cuantía de la indemnización*, “conforme al cual cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada “culpa” de la víctima ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el quantum citado, reduciéndolo, en uso de la facultad concedida por el art. 1103 del referido Código, en proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima”; doctrina que en su aplicación al caso que ahora se decide impone la conclusión de que es esta última modalidad (moderadora) la procedente, ya que la conducta del codemandado conductor se revela como más relevante en la producción del resultado lesivo, mas no con ese carácter casi absoluto que imponga la aplicación del principio de absorción, por lo que al ponderar (en el riguroso sentido semántico del término) las conductas de ambos conductores se estima procedente reducir en un veinticinco por ciento la indemnización que se fije, por reputar que tal ha sido (dentro de los límites no matemáticos insitos en toda decisión jurídica) la proporción en que ambos intervinieron en la causación del daño.

CONSIDERANDO: Que la cuantificación de la indemnización por causa de muerte a los perjudicados en virtud de la misma ha tropezado siempre con el espectro derivado de la máxima romana expresiva de que la vida humana era inestimable ("*Nulla corporis aestimatio fieri potest*"; Dig., IX, I, III), pero que ya en la Glosa se va cohesionando con la responsabilidad derivada de los gastos de curación y por los trabajos que el difunto dejara de hacer según su oficio, pero siempre pervive el viejo principio romano de que no resultaba lógico que el heredero pudiese reclamar unos perjuicios que el causante no podía reclamar ("*quo modo enim vivens aestimationem sui, ut mortui petet? et sic est iuris impossibilitas*", según Baldo); dificultad que aún hoy subyace en la doctrina científica y en la propia doctrina jurisprudencial y que impone señalar unas líneas de partida que impidan la confusión de la discrecionalidad propia del órgano jurisdiccional en este tema con una arbitrariedad; y así: a) No puede ofrecer duda alguna en orden a que el primer dato a tener en cuenta sea el de la persona y circunstancias de la víctima en relación con los accionantes perjudicados por su óbito, al ser el resultado lesivo incidente en primer término en unas consecuencias susceptibles (por la carencia causada por el mismo) de cuantificación patrimonial, ni siendo así parificables desde esta perspectiva la muerte indemnizable de un padre de familia con la de un anciano o la de un niño. - b) En segundo lugar, el derecho a la vida (bien de la personalidad protegido especialmente por la Constitución en su art. 15) incide básicamente al cesar en forma súbita y no natural en un daño moral, de desigual valoración según el grado de afecto presumible en los perjudicados por el óbito, de manera que nunca será igual la estimación cuantitativa ("*ex ea ipsa*", siempre sólo aproximativa) en supuestos de fallecimiento de un hijo que el atribuible a un pariente más remoto en grado. - c) Por último, como toda deuda indemnizatoria, ésta no es reconducible al área de las obligaciones dinerarias simples, sino que es constitutiva de una deuda de valor, al modo proclamado por la jurisprudencia del T.S., que en las SS. de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978 ha declarado que "la obligación de reparar los daños y perjuicios no constituye una deuda dineraria simple, sino una deuda de valor, cuya cuantía ha de determinarse en los casos de alteración de ésta, atendiendo no a la fecha de causación del daño, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación" o en la S. de 23 de octubre de 1978 recuerda que "sin olvidar que el paso del tiempo les va (a las indemnizaciones) mermando efectividad práctica", lo que culmina en la reciente S. de 27 de abril de 1981 cuando genéricamente proclama que procede "por exigencias de equidad y dentro de las aconsejables pautas de prudencia aproximar las deudas dinerarias a las de valor, a fin de corregir las injustas consecuencias seguidas de la depreciación monetaria para el acreedor"; doctrina que aplicable a las particularizadas circunstancias de la víctima resultantes de los autos: edad de dieciséis años al ocurrir el óbito, como nacido que era el 25 de julio de 1959 (Folio 9), estudiante y soltero, muestran que la cifra postulada de tres millones de pesetas resulta (aún con los preindicados temperamentos) excesiva y debe ser reducida a la de dos millones, que se estima adecuada al caso que se decide y a la eventual fecha de percibo de la indemnización; por lo que al deber, según lo precedentemente expuesto, ser reducida en un veinticinco por ciento en virtud de la concurrencia de culpas, la demanda debe ser estimada en la cifra de un millón quinientas mil pesetas, con estimación parcial, pues, del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación en ambos grados jurisdiccionales de las posiciones de las partes veda hacer respecto a ninguno de aquéllos una especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas.

VISTOS, con los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que —estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don J. G. Q. y M. M. T. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución en lo que se opusiere a la presente, estimar y estimamos en parte la demanda deducida por aquéllos contra los demandados don A. G. M., don M. V. G. y la entidad aseguradora "M. N., S.A.", condenando a éstos solidariamente a que abonen a los demandantes la suma de un millón quinientas mil pesetas y los intereses de la misma de acuerdo con el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil a partir de la fecha de esta re-

solución; desestimando en lo demás dicha demanda, debemos absolver y absolvemos a los demandados de lo demás pretendido en la misma; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia al demandado no personado en forma edictal, de no interesarse dentro de tercero día su notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. —Entre líneas, a máquina, “de la misma” Vale.—

32

32. EJECUCION DE OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO DE FACHADAS. Obligación de reparar la obra. Existencia cláusula de garantía. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con el designio de enervar la primera de las pretensiones reparatorias cumulativamente ejercitadas por la actora en el escrito instaurador; acondicionamiento y posterior pintado de dos de las fachadas del edificio, la demandada ahora recurrente opuso como defensa de fondo (ahora reproducida como motivo de impugnación de la sentencia recaída en primer grado jurisdiccional) la derivada del contenido de la estipulación o pacto 10º del contrato de suscrito en documento privado de 14 de noviembre de 1968 (Folio 8), relativo a la renuncia de toda reclamación si se producía la buena recepción de las obras a realizar, dirimida caso de discrepancia por el dictamen de arquitectos, estipulación completada por el pacto segundo del contenido en el documento privado de 24 de enero de 1971 (Folio 7); mas este argumento defensivo no resulta aceptable, por cuanto este arbitrio de aprobación establecido en el art. 1.598 del CCiv., de rancio abolengo histórico (Dig. 19,2,24) y sancionado por la doctrina científica y la jurisprudencia del T.S. (P. e.), SS. de 14 de octubre de 1968, 2 de marzo de 1975 y 24 de octubre de 1978), si bien fue emitido por los arbitradores designados, don P. P. y don M. V., ya que no puede negarse eficacia a la discusión en la Junta de la Comunidad de 4 de agosto de 1971 documentada en el libro de actas con el número 52 y cuyo testimonio obra en el rano separado de prueba de la propia actora (Folio 222) sobre el escrito de aquéllos declaratorio de que “el señor N. ha llevado a cabo en su totalidad las obras que se comprometió a realizar” y que firman “en prueba de conformidad con las citadas obras”; no menos cierto resulta que en la estipulación E) del contrato de 1971 referido no sólo se establece el mismo régimen (arbitrio de aprobación de los técnicos) que para el resto de las obras, sino también un dato objetivo generador de responsabilidad para el hoy demandado y no dependiente de la decisión de los técnicos arbitradores, cual el derivado de que en dicha cláusula se establece que “dicha obra estará garantizada durante el período de diez años”; de suerte que al haber ocurrido el daño dentro de tal período es obvio que la obligación de reparar no queda enervada ni por un arbitrio de aprobación no previsto por la misma objetividad de la garantía durante el plazo prestablecido ni por la inatendible alegación defensiva en orden a que quien tenía que prestar dicha garantía era la casa suministradora de la marca

de pintura acordada en el pacto, ya que a su estimación se opone la norma sobre relatividad de la eficacia contractual establecida en el párrafo primero del artículo 1.257 del CCiv. al modo proclamado reiteradamente por la jurisprudencia al declarar que "no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes" (SS., entre varias, de 23 de diciembre de 1969, 25 de abril de 1975, 15 de junio de 1978 y 6 de febrero de 1981); por lo que sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas procede, al igual que correctamente lo hizo el juzgador "a quo", rechazar este motivo defensivo.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener la oposición de la demandada a la segunda de las pretensiones reparatorias ejercitadas en la demanda inicial del proceso: reposición de las baldosas que falten y colocación conveniente de las que lo estén defectuosamente en la fachada principal del edificio; ya que en el pacto 4º del aludido contrato de 14 de noviembre de 1978 se establece textualmente que "si por cualquier circunstancia, salvo la de fuerza mayor, se desprendieran los ladrillos de la fachada del edificio, a su cargo, se obliga a reponerlos"; estipulación clara y no desvirtuable: a) Ni por la invocada obligación que las Ordenanzas municipales imponen a los propietarios en orden a la conservación de las fachadas de los edificios, que es obligación perteniente a la esfera administrativa y ajena consecuentemente al área o ámbito propio de la contratación civil.- b) Ni una supuesta novación extintiva del contrato dicho de 1968 por el también referido de 1971, pues sobre ser cuestión nueva no oportunamente opuesta y por ende ahora no examinable, es lo cierto que en manera alguna cabe deducir que el segundo contrato (el de 1971) haya tenido el postulado efecto novatorio total según a los efectos del artículo 1.281 y ss. del CCiv. se deduce del mismo y siendo por lo demás incongruente tal posición defensiva con lo invocado en el precedente motivo por la misma, al postular la vigencia del cronológicamente primer contrato para invocar la extinción de la acción por una sedicente renuncia de la misma.- c) Ni el transcurso del plazo decenal establecido en el art. 1.591 del CCiv., ya que la acción no se funda en la "obligatio ex lege" creada en dicho precepto, sino en una estipulación contractual, por lo que su extinción por prescripción vendría dada no por dicho plazo, sino por el de quince años fijado para la "actio ex stipulatu" genérica en el art. 1.964 del CCiv.- d) Ni la invocada causa del daño como proveniente de la falta de cuidados por parte de la comunidad ahora actora, ya que unánimemente los peritos informantes en autos (Folio 351) señalan como causas del desprendimiento de las plaquetas la falta de juntas de dilatación en el paramento exterior y en el encuentro del pavimento con el pretil de las terrazas de los distintos pisos y deficiencia en la colocación de las plaquetas; causas, pues, que al no ser la fuerza mayor prevista contractualmente como excluyente hacen obviamente decaer también este motivo de oposición a la demanda.

CONSIDERANDO: Que, por último, también ha de tener el recurso destino adverso en cuanto a la pretensión reparatoria de desperfectos que se dicen causados por el demandado-recurrente al efectuar el traslado de los enseres y utillaje de sus oficinas sitas en el edificio litigioso a otro inmueble, que la apelante base en una supuesta falta de acreditamiento de su causación por la misma, pues no sólo parte de los desperfectos han sido reconocidos al prestar confesión judicial (posición 11ª, al folio 346 vtº.) como causados por él, sino también los restantes cuya reparación se postula en la demanda acreditados por los calificados testimonios de la portera del edificio doña S. L. F. (Folio 336 vtº.) y del Secretario de la Comunidad, Sr. C., por lo que también en cuanto a este extremo debe ser estimada la demanda y desestimado el recurso.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación, dicese, que no se aprecia temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto

por el demandado don P. N. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

37

37. DECLARACION DE DOMINIO SOBRE BIENES INMUEBLES. Bienes de dominio Público. Bienes de dominio privado. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión esencial de esta litis es determinar el carácter que ostenta el terreno comprendido entre el límite interior señalado en los deslindes de la zona marítimo terrestre por la Jefatura de Costas y Puertos de Baleares, y el mar, en las playas "Des Codolar", "Mitjorn" o "Trincha" y "Es Cavallet" sitas en el término municipal de San José, de la Isla de Ibiza, pues mientras el Sr. Abogado del Estado, actor en este juicio, afirma que es bien demanial, las sociedades demandadas sostienen que es un enclave dentro de la zona de dominio público.

CONSIDERANDO: Que son antecedentes acreditados y reconocidos, fundamentales para el exámen y resolución de la cuestión litigiosa, los siguientes: A) El 16 de Agosto de 1871 se matriculó a favor del Estado en el Registro de la Propiedad de Ibiza, al folio 218 del libro 5 del Ayuntamiento de San José, la finca nº 391, consistente en "S." compuesta de "15 estanques separados por calzadas formando en junto una superficie de 353 hectáreas, 61 áreas y 82 centiáreas o metros cuadrados"; dicha finca lindaba por el Este, en parte con el mar, sucediendo lo mismo, en parte también, respecto a los linderos del Sur y del Oeste, y contiene varios edificios y dos cargadores de sal, el del Estanque Rojo, y el de la Canal, aquel de una extensión de 84 áreas, 30 centiáreas, 50 centímetros cuadrados, este, comprensivo de un edificio, tenía una superficie de 98 áreas, 34 centiáreas; en el mismo asiento se hace constar que el Jefe de la Administración económica de esta Provincia, certifica con referencia a los inventarios y demás documentos oficiales que obran en dicha Administración, que el Estado posee la expresada Salina. B) De conformidad con las leyes desamortizadoras, dicha finca fue sacada a pública subasta, publicándose el correspondiente edicto en el Boletín Oficial de la Provincia de las Baleares número 658, y celebrada la subasta el 22 de Junio de 1971, el Estado, vendió el 14 de Octubre del mismo año, en escritura pública a don J. A. y C., por el precio de 1.162.000 pesetas, la expresada finca, compuesta de la citada salina, así como de bosques y arenales —85 hectáreas, 4 áreas y 49 centiáreas—, de terreno pantanoso y rocas —67 hectáreas 31 áreas 45 centiáreas—, de eras para amontonar la sal inmediatas a la parroquia de San Francisco de Paula —12 hectáreas, 25 áreas, 38 centiáreas—, la casa de la Bandera contigua a dicha parroquia —125

metros cuadrados 36 decímetros cuadrados—, de otra casa llamada de la Revista —191 metros cuadrados 12 decímetros cuadrados—, del oratorio, almacenes y cuerdas, contiguo todo a la casa Revista —191 metros cuadrados, 92 decímetros cuadrados) y los inmuebles anexos, con los dos cargaderos de sal, el del Estanque Rojo y el de la Canal. C) Dicha compra fue inscrita en el citado Registro de la Propiedad, dando lugar a la inscripción 2ª de la finca registral nº 391, remitiéndose la descripción de la salina a la contenida en la inscripción 1ª; en el nuevo asiento registral se hizo constar que el Estado adquirió dicha finca por Real Cédula de 13 de Marzo de 1835. D) En la inscripción 3ª de la finca nº 391, no se mantiene la referencia a la descripción de la inscripción 1ª mencionada, pues se amplía el contenido del asiento, a todos bienes adquiridos por el señor A. en la expresada subasta, y se indica la intervención en la referida compra de la finca, de varias personas, con indicación de las cuotas de cada partícipe. D) Con posterioridad se agregan a la repetida finca nº 391, otras tres fincas rústicas y se hizo constar la titularidad de todo ello a favor de la Empresa de la F. S. I., sociedad constituida el 14 de Noviembre de 1878 en escritura pública y que 20 años más tarde cambió su denominación por la de S. E., S. A. F) por agrupación de la repetida finca registral nº 391 con otras rústicas, surge en el ámbito tabular la finca nº 1614, que por agrupación con otras verificada en 1963 en escritura pública, dio lugar al siguiente año, a la finca registral número 6730 y el mismo día de su inscripción, 3 de Febrero de 1964, nació en el Registro de la Propiedad de Ibiza, una nueva finca, la número 6731, que resultó de la segregación de la 6730, con simultánea venta de lo segregado realizada por S. E., S.A. a don M., don P., don S., doña C., doña A. y doña M. G. S. G., que se convirtieron en dueños de tal porción segregada en régimen de indivisión, por sextas partes; la nueva finca se reseñó como Rústica “porción de tierra sita en San Francisco de Paula, término de San José, de forma muy irregular y debidamente amojonada, que comprende la parte destinada a bosques, arenales, tierra de labor y algunas casitas situadas en la llamada “Torre de Ses Portes” en el Cap des Falcó, cargadero de la Sal y en el Caballet”, contando con una superficie de 549 hectáreas, 41 áreas, 40 centiáreas; mencionándose como linderos, en parte, los siguientes: estanques del Codolar, estanques concentradores y cristalizadores de la región pequeña y el mar, por el Norte; edificios del Cargadero de la Canal, camino del Caballet hasta la playa y el mar, por el Sur; el mar y las plazas para la sal de Can Gorra y el Pantano, por el Este; y los estanques concentradores de la región pequeña, la carretera de la canal, y también el mar, por el Oeste. H) El 29 de Noviembre de 1972 mediante escritura pública se constituyó la compañía mercantil I., S.A., cuyo objeto social estriba, entre otros, en la urbanización y parcelación de terrenos y construcción de toda clase de obras, amén del desenvolvimiento de actividades relacionadas con el turismo, a dicha sociedad, en el acto fundacional fue aportada por sus propietarios y por un valor de 277.300.000 pesetas la expresada finca registral nº 6731, en pago de sus haberes sociales. I) La Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, por orden ministerial delegada de 17 de Noviembre de 1970 aprobó el expediente de deslinde de la zona marítimo-terrestre de la costa y playas del término municipal de San José en la Isla de Ibiza, correspondiente al tramo comprendido entre La Canal y la Playa de's Codolar, con la oposición de S. E., S.A. y de los hermanos don M., don P., don S., doña C., doña A. y doña G. S. G. puntualizándose en dicha orden en cuanto a los terrenos “que aparecen inscritos en el Registro de la Propiedad, incluidos en el área demanial acotada por la operación delimitadora, no se ejercitará acto alguno posesorio”, en tanto la Dirección General de lo Contencioso del Estado no aportara las decisiones pertinentes para el ejercicio de las acciones relativas a tales terrenos, resolución aprobatoria del deslinde que fue mantenida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. J) Evolución similar tuvo el deslinde de la zona marítimo-terrestre del tramo de la costa del término de San José, de la Isla de Ibiza, que va desde la Playa de'n Bassa hasta La Canal, confluyente en este punto con el relativo al comprendido entre la Playa de's Codolar y La Canal.

CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, mantenida en la sentencia de 19 Diciembre 1977, en la que se reproducen la de 3 Junio 1974, 7 Mayo 1975 y 23 Abril 1976, la que viene a establecer: “a) que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como de bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos, probar los hechos obstativos a la misma, o en su caso los derechos que sobre los mismos aduzcan, b) que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si se

demuestra la desafectación de los bienes o que su alineabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puerto de 1880 (N. Dicc. 25389), c) que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público, "deben probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía" y d) que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad o inmunidad; habiendo especificado la sentencia de 26 abril 1969, que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere, no son los que provienen de un título de dominio o inscripción tabular de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano, en consecuencia para que el particular pueda invocar "un derecho legalmente adquirido", precisa es una decisión estatal que ordene la desafectación" (Sentencia 23 Junio 1981).

CONSIDERANDO: Que, consecuente con la expuesta doctrina jurisprudencial y reconociendo que normalmente ha de entenderse que el lindero "mar" es sinónimo de zona marítimo-terrestre, la parte demandada, hoy apelante, funda su tesis, que los referidos tramos de playa son bienes de dominio privado, en la "palmaría desafectación del dominio público" de dicha "zona ribereña con el mar" y "fundamentalmente en que su alineabilidad fue autorizada o decidida por acto propio de la Administración".

CONSIDERANDO: Que, al no admitirse en nuestro derecho patrio actos administrativos tácitos, excepción del supuesto del silencio administrativo, y al ser necesaria para la desafectación de un bien público, una resolución expresa, se ha de rechazar la afirmación de la parte recurrente, de la "palmaría desafectación del dominio público" de dicha zona ribereña del mar, al carecer tal aserto del más mínimo soporte o referencia documental. Mayor consistencia jurídica tiene la otra fundamentación de la parte apelante, la privatización de dichos terrenos por acto propio de la Administración, ya que se sacó a pública subasta y se vendió por el Estado no sólo la salina marina, —bien de dominio privado cuya naturaleza y titularidad no se discute—, sino también los arenales y las rocas de la finca, ya que, según la recurrente, en la finca vendida no hay mas arenales y rocas que las de la ribera del mar, y comprender también la referida venta, los cargadores de sal y los canales de toma de agua del mar que están necesariamente en dicha zona ribereña del mar. En la diligencia de reconocimiento judicial, obrante al folio 447 de los autos principales, no consta en el terreno litigioso, la existencia de rocas, sino de cantos rodados en la playa Es Codolar, en el lindero Es Cap Falcó y respecto a los arenales —suelos de arena movediza—, se apreció, según se consigna en dicha diligencia judicial, en la playa Es Cavallet "arena de la playa y arena cubierta de vegetación fuera de la zona marítimo-terrestre", por lo que esta última alegación, huérfana de prueba, no puede ser acogida; sin que tal decisión pueda cambiar por el hecho de que los cargadores de sal, comprados el año 1871 por el Sr. A. C. al Estado y hoy propiedad de una de las compañías demandadas-apelantes, estén en la zona marítimo-terrestre cuya naturaleza jurídica es objeto de este pleito, y que los distintos canales de toma de agua del mar para la salina y de salida de las aguas dulces procedentes de las lluvias, atraviesen dicha zona, ya que tales elementos, carecen de virtualidad para hacer cambiar la propia naturaleza y carácter del inmueble en que están insitos, al tener este el carácter de bien principal y demanial, ya que la Ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, vigente cuando el señor A. C. realizó la adquisición de que traen remota causa las compañías demandadas, calificaba en su artículo 1º, a las playas de dominio nacional y uso público y por ello inalienables; sin que ello signifique en modo alguno que el Estado pueda desconocer la existencia de tales elementos necesarios y complementarios para la actividad y debido funcionamiento de la salina por él vendida, ni obstaculizar su normal y legal utilización no obstante estar en terrenos de dominio público, ya que debe respetar estos antiguos derechos adquiridos legítima y onerosamente por terceros, a tenor de lo que proclaman el artículo primero de las Leyes de Puertos de 7 de Mayo de 1880 y de 19 de Enero de 1928 que "Son de dominio nacional y uso público, *sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares*: 1º) La zona

marítimo-terrestre...”, y el artículo primero de la Ley de Costas de 26 de Abril de 1969, que “Son bienes de dominio público *sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos*: Uno. Las playas... Dos. La zona marítimo-terrestre...”.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y toda vez que en los expedientes de la zona marítimo-terrestre tramitados por la Jefatura de Costas y Puertos de Baleares, referentes a los tramos de costa de la Isla de Ibiza, término municipal de San José, uno de ellos el comprendido entre la Playa “Des Codolar” y “La Canal” y el otro, el referente desde “La Canal” hasta la Playa “Den Bossa”, sólo se había promovido oposición a la calificación de bien público a las zonas marítimo-terrestres deslindadas en las tres playas antes expresadas —“Des Codolar”, “Mitjorn” o “Trincha” y “Es Cavallet”— y al ostentar dichos tramos de playa como se acaba de exponer, la cualidad demanial, es por lo que procede confirmar el fallo recaído, si bien subsanando en él, la omisión padecida al no declarar expresamente la desestimación de la pretensión reconvenicional formulada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por S. E., S.A. é I., S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, de fecha dieciocho de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, completando la parte dispositiva de la sentencia que se confirma, con la declaración de que se desestima en ella la reconvenicional formulada; sin hacer expresa condena de las costas devengadas en esta alzada. Notifíquese esta resolución a los demandados rebeldes, no comparecidos en esta segunda instancia, en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del plazo de tres días no se solicita su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

46

46. SERVIDUMBRE DE PASO ADQUIRIDA POR USUCAPION INMEMORIAL. *Sentencia de 12 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que de acuerdo con la norma contenida en el art.º 537 del Código Civil, las servidumbres discontinuas, como la de paso (Sentencias de 30 de octubre de 1939 y 16 de abril de 1969) sólo pueden adquirirse mediante título, si bien se ha admitido jurisprudencialmente (Sentencias, entre muchas de 11 de mayo de 1927, 19 de noviembre de 1949, 14 de noviembre de 1961 y 22 de diciembre de 1967), que al amparo de la disposición transitoria primera del Código Civil, pueda adquirirse por prescripción inmemorial,

conforme Ley XV del título XXXI de la Partida 3ª: “Mas las otras servidumbres de que se ayudan los omes para aprovechar e labrar sus heredades, o sus edificios, que *non ussam dellas cada dia*: mas a las vezes... e con fecho, assi como senda, o carrera, o via, que ouiesen en *heredad de su vezino*..., tales servidumbres como estas o las otras semejantes dellas non se podrian ganar por tiempo sobredicho, antes bien dezimos que quien las quisiere aver por esta razón ha menester que haya usado dellas, ellos o aquellos de quienes las ouieron, *tanto tiempo que non se pueden acordar los omes quanto ha que las començaron a usar*”, complementada con la norma probatoria de la Ley XLI de las de Toro: “Que los testigos sean de buena fama y digan que assi lo vieron pasar ellos por tiempo de quarenta años: y assi lo oyeron decir a sus mayores y ancianos”; normativa que veda la estimación de la demanda, en tanto que, como rectamente estimó el juzgador “a quo” en un meditado análisis de la prueba documental y testifical obrante en autos, no justifican en forma alguna que en el momento de promulgación del Código Civil (año 1889) se hubiese consumado la adquisición por usucapión en virtud de uso por tiempo inmemorial preindicado; procediendo en consecuencia la íntegra desestimación del recurso de apelación que se examina.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del artº. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y si hacer uso de la facultad otorgada por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, al no estimarse, dada la naturaleza del tema decisorio, temeraria la posición impugnativa del demandado-reconviniendo.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado-reconviniendo don J. V. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la referida resolución, sin hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

48

48. RENUNCIA Y CLAUSULA PENAL. Legitimación “ad causam”. *Sentencia de 13 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que procede inexcusablemente, “in limine litis”, centrar el auténtico sentido del último de los fundamentos jurídicos de la sentencia 113/1978, de 18 de octubre, dictada por esta misma Sala en anterior proceso seguido entre las mismas partes que el presente, ya que la actora hoy recurrente construye sobre el mismo la pretensión rectora de éste; y así debe señalarse no cabe en forma alguna atribuir sustancia decisoria a tal fundamento, en tanto que: a) El mismo cuida de advertir “ab initio” de que se trata de unas argumentaciones “obiter dicta”. b) Que en cualquier caso no trata ni podía tratar

obviamente de problemas del fondo del actual proceso, sino que se refiere únicamente a la legitimación "ad causam" concebida como afirmación de una determinada posición respecto al objeto litigioso, como lo muestra la inicial afirmación de que se refiere a "las graves dificultades de planteamiento suscitan pudieran originarse de elegir no el camino de la legitimación directa, sino, por el contrario, la inusual vía de la legitimación indirecta o de sustitución procesal", añadiéndose que en el campo de esa acción subrogatoria "*cabría*—desde el punto de vista de adecuación entre pretensión y sentencia— *discutir si cabe o no moderar*, pese a la previa renuncia, la cláusula penal comisoria" o "*determinar si es o no aplicable la norma de renuncia de derechos cuando incida en la esfera jurídica del tercero*"; afirmaciones orbitarias circunscritas, por lo tanto, simplemente al tema de legitimación "ad causam" y, por ello mismo, absolutamente no incidentes sobre el fondo de la pretensión, lo que por lo demás hubiera sido absoluta y totalmente descentrado.

CONSIDERANDO: Que al haberse consentido por la parte demandada la sentencia apelada queda firme el pronunciamiento desestimatorio efectuado por el juzgador "a quo" de la excepción de cosa juzgada opuesta por dicha parte al contestar a la demanda (por lo demás no atendible en virtud de la ágil y sobria fundamentación aceptada de la sentencia apelada), restando así como único tema decisorio en alzada el de la procedencia de las dos pretensiones ejercitadas en el escrito instaurador de la litis, cumulativamente articuladas sobre una legitimación indirecta, derivada o de sustitución procesal brifrontemente estructurada: como ejercicio de las acciones (subrogatoria y pauliana) contempladas por el art. 1.111 del CCiv. y como sucesión en la posición contractual (cesión de contrato) en virtud de la subasta de 21 de septiembre de 1979 (Folio 78); legitimación derivada que en virtud de la misma esencia del fenómeno sucesorio, sea a título universal o en una singular relación jurídica (supuestos de subrogación, cesión, etc.) no puede tener un contenido distinto al que originariamente tenía el que transmite o cede; de suerte que en uno u otro caso, como sanciona una reiterada doctrina jurisprudencial (S. de 27 de diciembre de 1974 y las en ella cts.), "en términos generales ha sido siempre admitida la posibilidad de operar la sucesión en un proceso en favor de quien no fue parte inicial del mismo ni trae causa directa en cuanto al derecho material que ejercita del anterior titular si se encuentra en una situación surgida "ope legis" con apoyo en la teoría del interés que podría resultar perjudicado en caso contrario"; de forma que en realidad el único tema decisorio radica en el reexamen del alcance y eficacia respecto a los hoy actores del pacto séptimo—en relación con el quinto— del contrato celebrado entre la hoy demandada-recurren y la entidad constructora de quienes los actores-apelantes derivan su eventual derecho frente a la primera, pacto, cláusula o estipulación expresiva de que "en caso de caducar el derecho de "Construcciones C., S.A." con arreglo al pacto quinto de este contrato o de ser resuelto con arreglo al pacto sexto, la finca objeto de este contrato volverá a D. M. P. en el estado en que se encuentre y totalmente libre de cargas y gravámenes, quedando especialmente pactado que todos los derechos de cualquier especie que la compañía pudiese tener derivados de este contrato están expresamente sujetos a esta condición resolutoria, a cuya moderación renuncia desde ahora de forma irrevocable".

CONSIDERANDO: Que, aunque ello pugne seguramente con la equidad, como también se estimó en el anterior proceso entre las mismas partes, es lo cierto que la moderación establecida por el art. 1.154 del CCiv. no es algo que se impone automáticamente al órgano jurisdiccional (Pese a una aislada S. de 1 de diciembre de 1965), sino que requiere imprescindiblemente la solicitud del interesado (SS. de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981); solicitud de aplicación que no resulta viable en los supuestos de renuncia: a) Ni para el renunciante, en virtud de la propia norma contenida en el art. 6-2 del CCiv. b) Ni para los causahabientes, sucesores a título particular, cesionarios o accionantes por sustitución procesal, no sólo en base a la propia esencia del fenómeno sucesorio, sino también porque, como se ha observado en autorizada exégesis a la reforma del título preliminar del CCiv. por Ley 3/1973, de 17 de marzo, y texto refundido, dícese articulado aprobado por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, no entra en juego el límite de la renuncia del perjuicio de tercero "cuando se sustituye la norma legal por otra convencional en la regulación del acto constitutivo de una relación jurídica, porque entonces aún no cabe hablar de tercero perjudicado, que sólo después podrá quedar afectado como tal tercero por la regulación de esa situación, y entonces, al entrar en contacto con esa relación jurídica pre-

via, podrá —o deberá haber podido— conocer las normas convencionales o legales que la disciplinan, y que por eso le afectan”; doctrina, pues, plenamente clara y aplicable al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional, ya que, de un lado la renuncia la “facultas moderandi” es anterior (8 de junio de 1972) a la entrada indirecta en la relación de los hoy actores (los contratos son de 11 de mayo y 23 de noviembre de 1973), lo que los excluye del concepto de “terceros interesados” previsto en el citado art. 6-2, y de otro, como con acierto recalcó el juzgador de primer grado, es lo cierto que en los contratos adquisitivos por parte de los hoy actores recurrentes se expresa en la parte expositiva que la legitimación del transmitente (“Construcciones C., S.A.”) deriva del contrato atípico (tan frecuente hoy: Cfr. S. del T.S. de 20 de junio de 1981) de edificación a cambio de pisos y locales suscrito entre aquél y la hoy demandada, contrato que ambos documentos manifiestan “que es conocido por la otra parte contratante y que se da por reproducido”; razones, pues, que sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían meras reiteraciones imponen la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la actora y consecuente confirmación íntegra de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que el no personamiento en alzada de la parte apelada evita cualquier pronunciamiento especial sobre las costas causadas en la misma.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don B. V. y M. C. y M. P. y P. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a la demandada no comparecida en este recurso si dentro de segundo día no se interesare la notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso de apelación—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

49

49. SEPARACION CAUSAL. Injurias e infidelidad. *Sentencia de 13 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que toda argumentación vertida “in voce” en el acto de la vista de este recurso ha ido dirigida a combatir el no pronunciamiento de la sentencia apelada sobre la causa de separación de adulterio (art. 105-1º de la anterior regulación en el CCiv.) y hoy simplemente estructurada como “la infidelidad conyugal (Art. 82-1º del mismo cuerpo legal según la redacción introducida por la Ley de 7 de julio de 1981), olvidando impugnar la apreciación realizada en dicha resolución en orden a la concurrencia de una

conducta injuriosa o vejatoria por parte del actor recurrente hacia su esposa, lo que conlleva la esterilidad de su pretensión impugnativa, en tanto que: a) De estimarse cierta la causa de separación de referencia, en nada alteraría la situación creada por la sentencia apelada al decretar la separación, al haberse estimado (pronunciamiento firme al no haberse interpuesto apelación la demandada-reconviniente) la causa de injurias graves por parte del esposo, ya que sobre no haberse formulado alegación alguna tendente a desvirtuar su estimación, ésta resulta procedente a la luz de la sobriamente correcta fundamentación de la sentencia apelada, en cuanto ya esta misma Sala ha declarado reiteradamente, con anterioridad a la Ley citada (SS. de 18 de abril y 30 de mayo de 1981), que la *causa de injurias* no puede ser reconducida al área penal, sino como sinónima de causación de daño o incomodidad grave para la convivencia, lo que determina que en el estado de desintegración de la comunidad conyugal la ruptura no venga propiciada por la crisis (separación o divorcio), sino que inversamente, ésta sea una consecuencia de aquélla: conclusión acertada del juzgador "a quo" a la vista del material litisdecisorio, muy singularmente a través del calificado testimonio de la testigo hija casada del matrimonio, A. J. J. (Folio 83 vtº.). b) Consecuentemente, la supuesta causa de adulterio o infidelidad en nada alteraría (caso de ser apreciada como existente, para lo que por lo demás faltan adecuados medios de prueba en los autos) la estimación de causación recíproca en la situación de crisis tan correctamente apreciada por la sentencia apelada; lo que impone la desestimación del recurso de apelación del actor-reconvenido.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en el recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante-reconvenido don J. J. B. contra la sentencia dictada por el Hmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de proceso incidental de separación matrimonial de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

50

50. RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA. Art. 1.591 C.c. Vicios de la construcción. *Sentencia de 15 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las mismas causas que se opusieron en primera instancia a la demanda, que propugna la reparación de los defectos de construcción en el piso del vuelo del edificio nº 10 de la Plaza Jaime II, de Ciudadela, se reiteran en esta alzada como

motivos del recurso, a saber: a) falta de legitimación pasiva, b) excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, c) falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada también la constructora benéfica P. V. M. T. y d) falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandados el aparejador y el arquitecto de la obra.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el demandado reconoce expresamente que fue él el que construyó el mencionado edificio, aunque por encargo de la constructora benéfica P. V. del M. T., propietaria del solar y de la obra, se ha de rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva, basada en que el demandado se entendió siempre y construyó única y exclusivamente para dicho Patronato benéfico, no sólo por cuanto no es cierta tal afirmación, ya que consta en autos contratos de obra suscritos en nombre propio por el demandado con diversos copropietarios de dicho inmueble (folios 29, 103/106) y varias letras de cambio libradas por aquel a cargo de los referidos copropietarios (folios 99/102 y 107/110), documentos cuya autenticidad ha sido reconocida en confesión judicial (posiciones 2ª, 3ª y 5ª), y ya que con la firma de estos contratos de obra ultimamente mencionados, se hubiera producido una novación extintiva tácita del anterior contrato, el firmado con el repetido Patronato benéfico, al ser incompatibles desde todo punto de vista (artículo 1.204 del Código Civil), sino esencialmente porque la acción que se ejercita en la presente litis no es la derivada de un contrato cuyos efectos y obligaciones queden circunscritos a las partes contratantes, sino que es obligación "*ex lege*" cuya clase se admite en el artículo 1.089, su régimen se determina en el 1.090 y su origen concreto y efectos se hallan indicados en el 1.591, todos ellos del Código Civil, precepto este último que menciona en primer lugar la responsabilidad del contratista: sujeto que, por contrato —de obra—, se obliga a la realización de una obra, definición que es de total y perfecta referencia al hoy recurrente.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de impugnación es la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (6ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al haberse infringido, según el apelante, el artículo 524 de la citada Ley procesal que dispone "... se fijará con claridad y precisión lo que se pide ..." y el párrafo primero del artículo 1.098 del Código Civil, "Si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa", ya que el suplico del actor contiene, según dicha parte, una auténtica condena de futuro incompatible con la seguridad jurídica que debe proclamar la sentencia. Tesis esta que no puede prosperar, ya que en la demanda se postula que "se condene al demandado a llevar a cabo la obra de reposición del piso del vuelo total de la citada finca, de acuerdo con las normas que se dicten por técnico arquitecto, y en caso de no hacerlo se haga a su costa, determinando el valor total en trámite de ejecución de sentencia y a los precios actuales", petición esta totalmente clara y precisa, que al recaer sobre una obligación de hacer, se ajusta su cumplimiento forzoso a lo dispuesto en el transcrito párrafo primero del artículo 1.098, precepto que está en línea con lo que ordena el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es congruente dada la índole técnica de la obra a realizar, ya que sólo un arquitecto, que será designado por el Juez que lleve a cabo la ejecución de la sentencia, y no el propio Juez, como se solicitó en el acto de la vista, es el que puede y debe dar las oportunas instrucciones técnicas para que el defecto de construcción, origen de este pleito, sea debidamente reparado; por lo que debe ser desestimado el segundo motivo de la apelación.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede ser acogida la tercera excepción esgrimida, falta de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido también demandada la entidad benéfica de construcción, P. V. de M. T., dueña del solar sobre el que se levantó el referido edificio y que vendió en escritura pública a diversas personas, ya que, aun calificando a dicho Patronato de promotor de la obra, su responsabilidad en cuanto a los defectos de construcción del repetido edificio, sea solidaria (Sentencias 11 y 14 de Octubre de 1974) con la del demandado —constructor de la finca—, y por ello estaría válidamente constituida la relación jurídico-procesal con el excepcionante, como único demandado, pues "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (párrafo primero del artículo 1.144 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que consecuente con el principio de imputabilidad, de no hacer soportar a cada uno más que el peso de su propia falta, el artículo 1.591 del Código Civil implanta el sistema que la doctrina científica denomina de la responsabilidad privativa y que constituye una de las más destacables originalidades del citado precepto en relación con sus precedentes, ya que divide la responsabilidad por ruina del edificio entre el contratista y el arquitecto, en razón de las causas de la ruina: aquel responde de los vicios de la construcción, este, de los vicios del suelo y de la dirección, y cuando concurren varias de dichas causas "y no sea posible discernir la proporción en que cada una haya influido en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que el precepto contiene, con la identidad de origen de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1.591, según declaró la sentencia de 5 Mayo 1961 y que ha sido reiterado por las de 17 Mayo 1867, 1 Febrero y 18 Noviembre de 1975" (Sentencia 31 Octubre 1979). De lo que se acaba de exponer se deduce la no prosperabilidad del último motivo de la apelación, falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandados el aparejador y el arquitecto de la obra, ya que si los defectos del piso del vuelo del edificio son debidos a vicios de la construcción, tesis que sustenta el actor-apelado y acoge el Juez de instancia, será acertado el criterio de haberse dirigido la acción sólo contra el demandado contratista, como único posible responsable, e igual solución desestimatoria se llega para el supuesto de que se reputaran responsables de tales defectos, además del demandado, al arquitecto y aparejador de la obra, ya que entonces, según la doctrina jurisprudencial mencionada, habría una responsabilidad solidaria entre ellos tres, con la consecuencia procesal de que el actor podría válidamente demandar a cualquiera de ellos o a todos ellos simultáneamente, como ya se expuso con anterioridad y expresamente lo declara el transcrito párrafo primero del artículo 1.144.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el fondo de la cuestión y acreditada la realidad de los defectos del piso del vuelo del edificio mencionado, probado por los informes técnicos emitidos que tales defectos son debidos a vicios de la construcción, concretamente a no haberse realizado adecuadamente las juntas de dilatación del indicado piso, y al haberse producido tales defectos dentro del plazo que señala el repetido artículo 1.591, es por lo que procede confirmar la sentencia recaída.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de este recurso.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don B. O. O. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por la Señora Juez de Primera Instancia de Mahón y su Partido, de fecha primero de Septiembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Los interlineados "es" y "solución", vale.

52. ARRENDAMIENTO DE APARTAMENTOS HOTELEROS. DESAHUCIO. Aplicabilidad de la LAU de 24-XII-1964. Arrendamiento de temporada. Art. 1.565 y 1.581 del C.c. Tácita reconducción. *Sentencia de 20 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la excepción dilatoria 2ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —falta de personalidad en la actora— opuesta por la sociedad demandada, ahora apelante, en la primera instancia y reiterada, sólo nominalmente, en esta alzada, se rechaza radicalmente por cuanto: A) El carácter de propietaria-arrendadora con el que Doña A. W., actora ahora apelada, comparece en este proceso pretendiendo la resolución del contrato de arrendamiento celebrado el 28 de mayo de 1976, lo tiene debidamente acreditado mediante la copia de las escrituras de manifestación, aceptación y posterior adición de herencia, obrante a los folios 15-31, y la manifestación escrita del contrato antedicho obrante al folio 10; y B) porque al haberse celebrado el contrato litigioso entre la actora, en la calidad mencionada, y H. y C., S.A., como arrendataria, ésta demandada no puede invocar con éxito la falta de personalidad en juicio de aquella, por tenerla expresamente reconocida en la contratación (SS. T.S. 25-10-62 y 21-12-63).

CONSIDERANDO: Que el tema de esta alzada es la determinación de la legislación aplicable al contrato de arrendamiento celebrado entre los litigantes, pues si se integra en los supuestos de la Legislación de Arrendamientos Urbanos será ésta la aplicable, o por el contrario, quedará sujeto a la normativa del Código Civil, y para examinar si el objeto arrendado —veinte apartamentos sitos en un complejo turístico residencial— reúne las notas de: edificación —habitabile— destinada a vivienda o a local de negocio, que exige el artº. 1º de la Ley de 24-12-1964, cruce obligado para penetrar en el campo de la legislación especial arrendataria, conviene precisar: A) Que las notas de edificación y habitabilidad —ésta tanto en la amplia significación referible al local de negocio como en la estricta correspondiente a la vivienda— están presentes en los apartamentos arrendados como resulta del propio texto literal del contrato; B) que el local de negocio está conceptualmente expresado en la propia Ley como edificación habitable cuyo destino primordial es el de ejercerse en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo; C) que la vivienda, concepto no definido en la Ley, es, como su propio nombre indica, el hogar, la casa, la morada de un individuo o de una familia donde estas desarrollan la intimidad de su existencia y constituye la sede de su vida doméstica (en este sentido SS. T.S. 17-5-1954 y 13-3-1970, entre otras) y D) Que el destino —uso a que haya de destinarse concretamente el edificio habitable— depende del factor subjetivo y jurídico que supone la voluntad declarada de los contratantes.

CONSIDERANDO: Que el destino dado por los litigantes al conjunto de los veinte apartamentos cedidos en arrendamiento no se corresponde con alguno de los exigidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, es una deducción que nace necesariamente de la lectura de la cláusula B, del pacto 1º, del contrato de 28 de mayo de 1976, coincidente con la que obra en el extinguido contrato que se celebró el 23 de noviembre de 1970 con la anterior propietaria, hermana de la actora: "La entidad arrendataria tendrá derecho a ocuparlos de la manera que considere conveniente" y de la cláusula C, del mismo pacto = "El período de tiempo durante el cual la entidad arrendataria podrá cesar de los apartamentos, haciendo suyas las cantidades que la explotación produzca..." y del pacto tercero "se hace constar que los apartamentos se hallan en perfecto estado de conservación y conteniendo la totalidad de los muebles y elementos necesarios para su explotación...", pues

la indeterminación de destino bilateralmente acordada que tal clausulado contiene no se corresponde con la precisión y fijación normativas antes analizadas, ni la propia configuración del objeto arrendaticio autoriza a entender que en él se va a ejercer una actividad lucrativa con apertura pública; conclusión que, nacida del contrato, no ha sido positivamente desvirtuada por la actividad ejercitada durante la progresiva consumación del mismo.

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior, el contrato de arrendamiento debatido queda excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sujeto a la normativa que el Código Civil contiene para los arrendamientos de cosas en su modalidad de fincas urbanas; exclusión que igualmente operaría, por la vía del artº. 2º del Texto refundido de 24-12-1964, si, a efectos puramente argumentativos, se entendiera que las edificaciones habitables arrendadas fueron destinadas a local de negocio, pues los contratantes manifestaron claramente su voluntad de concertar un arrendamiento de temporada al convenir en el pacto segundo, C.: "El periodo de tiempo durante el cual la entidad arrendataria podrá usar de los apartamentos... es de día 1 de abril a día 31 de octubre, de 1967 y 1977 respectivamente. Debiendo de poner los precitados días 31 de octubre a disposición de la Sta. A. W. o de quien la represente los apartamentos en perfecto estado de conservación", y en el mismo pacto, letra D: "Es precio del presente contrato la suma de veinticinco mil pesetas (25.000 pts.) por cada apartamento y temporada turística...", sin que frente a ello tenga relevancia el pago que la sociedad arrendataria ha realizado de las cuotas de la Seguridad Social y de los salarios de alguno de sus empleados durante los meses de invierno, ya que siendo que también explota apartamentos distintos de los arrendados, debió de acreditar, y no lo ha hecho, que éstos eran el lugar de trabajo de aquellos, ni la contratación con una agencia de viajes para ocupar apartamentos, tampoco identificados, durante noviembre de 1978 hasta marzo de 1979, pues no significaría cosa distinta a un acto aislado carente de fuerza modificadora de lo estipulado.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo previsto en el artº. 1.565 del Código Civil el arrendamiento concertado y discutido concluyó el día 31 de octubre de 1977, por ser el prefijado contractualmente, y si bien nacieron posteriormente, por sucesivas reconducciones tácitas, tres nuevos contratos de arrendamiento que por regulación del artº. 1.581 del citado cuerpo legal tenían, cada uno de ellos, como plazo la temporada turística de cada año, de igual duración a la convenida en el contrato concluido pues el alquiler se había fijado por temporada, —cláusula D del pacto segundo—, el último de estos contratos correspondientes a la temporada turística 1979-1980 concluyó el día 31 de octubre de 1980, sin que haya lugar a nueva reconducción pues la falta de aquiescencia de la arrendadora, su voluntad de dar por finalizado el contrato, se manifestó expresamente cuando el 4 de julio de 1980 requirió a Don L. E. J., Administrador de la Compañía arrendataria Mercantil H. y C. para que el 31 de octubre de 1980 dejara libres los apartamentos arrendados y entregara su posesión, y que tal requerimiento se ha formulado a su correcto destinatario —en contra de la parcial opinión de la demandada— es claro, pues Don J. E. J. fue la misma persona física que en representación de la Sociedad apelante celebró el contrato de arrendamiento cuya declaración resolutoria se confirma íntegramente.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia causa para hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas de esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Mercantil H. y C., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos, el tres de junio de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de desahucio de que este rollo trae causa, debemos de confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento en orden al pago de las costas de esta segunda instancia.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

53

53. DESAHUCIO. Aplicabilidad LAU de 24-XII-64. Arrendamiento de industria o de un local de negocio. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente ha combatido en primer término la sentencia apelada reiterando el argumento expuesto en el escrito de contestación a la demanda en orden a que el objeto arrendado no era constitutivo de un arrendamiento de industria o empresa industrial, como tal sometido a la legislación civil común, sino de un local de negocio regido por la legislación especial arrendaticia; argumento impugnativo sólidamente rechazado por el juzgador "a quo" a través de una bien matizada fundamentación ahora compartida por esta Sala, a la que, a título sólo corroborativo, ha de añadirse que la doctrina legal reiterada viene afirmando, de un lado, que los contratos son lo que son y no se definen por la denominada, como declaran, p. ej., las SS. de 30 de noviembre de 1978, 20 de febrero de 1980 y 30 de enero de 1981, y de otro que, sin embargo, si los propios términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (SS., entre muchas, de 25 de noviembre de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 15 de marzo de 1976) siendo en esta materia relevante de modo singular la interpretación sistemática o contextual de las distintas cláusulas del contrato (SS. de 15 de noviembre de 1972 y 24 de noviembre de 1975); doctrina que elimina este primer argumento impugnativo, en tanto que si lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (SS., por todas, de 12 de junio de 1967, 10 y 17 de marzo de 1970 y 29 de diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados sean suficientes para el funcionamiento del negocio (SS. de 25 de noviembre de 1972, 25 de mayo de 1973 y 8 de junio de 1979), a tal calificación no obsta ni: a) La importancia de la empresa ni el número de elementos de que conste (SS. de 15 de marzo de 1976 y 25 de marzo de 1978, entre varias). b) Que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (SS. de 19 de junio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 8 de noviembre de 1974 y 9 de julio de 1979). c) Que con la industria no se entregue licencia de apertura y demás documentación administrativa y fiscal, ya que precisamente la norma (Art. 3-1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) contempla el supuesto como no excluyente de la calificación de empresa industrial a estos efectos; y como tales datos esterilizan todos y cada uno de los argumentos utilizados al respecto por la demandada ahora apelante, llano es que ha de decaer este primer motivo impugnativo de la sentencia sometida a recurso.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de sufrir el segundo, tratado de fundar en una supuesta prórroga contractual pretendidamente derivada de la carta de 6 de noviembre de 1976 acompañada por fotocopia por la demandada hoy recurrente a su escrito de proposición de prueba (Folio 38), supuestamente suscrita por don M. D. y expresiva de que "por nuestra parte no existirá inconveniente alguno prorrogar el período de cinco años establecido en el apartado segundo de los acuerdos del contrato por cinco años más, una vez vencidos los cinco primeros"; argumentación que no resulta de recibo, ya que sobre no estar autenticada la firma obrante en la carta de referencia y no ser tampoco su contenido expresivo de una clara oferta contractual, es lo cierto que una concesión de prórroga, en cuanto novación modificativa del contrato, requeriría un consentimiento bilateral, manifestado, como requiere el básico artículo 1.262 del CCiv., "por el concurso de la oferta y de la aceptación"; en este caso imposible no sólo por que aún dialécticamente reputada como oferta la carta de referencia sólo hace referencia a un consenso posterior

("una vez vencidos" y "no existirá inconveniente alguno"), sino también porque en forma alguna consta aceptación alguna de esa hipotética oferta de prórroga contractual, por lo demás incompatible con la base de la oposición a la demanda; todo lo que hace decaer sin necesidad de insistencias fundamentadoras, que serían simples reiteraciones, este segundo fundamento impugnativo de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad ni mala fe en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando integralmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don J. M. V. contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio de desahucio de industria de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este recurso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de Sala—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

54

54. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Oposición. Provisión de fondos: insita en el pacto renovador. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el específico crédito documentado en la cambial entre librador/librado, la provisión de fondos concebida normativamente (Arts. 456 y ss. de CCom.) como obligación del primero, ha sido articulada por una reiterada doctrina jurisprudencial (SS., p. ej., de 17 de enero de 1970, las anteriores a ésta que cita, y las de 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1972, dícese, 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1976 y 4 de octubre de 1978) en el sentido de configurar en todo caso como eficazmente aducible su falta cuando el proceso, sea acción ejecutiva o acción cambiaria ordinaria, se desenvuelva entre los citados elementos subjetivos intervinientes en la cambial, aunque ello, obviamente, deba ser matizado, al modo proclamado en la clásica S. del T.S. de 9 de febrero de 1977, tantas veces invocada por esta Sala, cuando declara que "el juicio ejecutivo y como tal sumario, no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente".

CONSIDERANDO: Que, recordada la elemental línea de partida que antecede, obvio es también que la *llamada provisión por deuda del art. 457 del CCom. (deuda igual o mayor en el momento del vencimiento) existe si las letras cuyo pago se pretende en la vía ejecutiva por el librador responde a un pacto de renovación*, que, como ya declaró la antigua S. del T.S. de 4 de marzo de 1910, es “acto perfectamente lícito y de uso constante, no sólo entre comerciantes, sino también entre los que no tienen esa condición”; de forma que sea cuál sea la opinión doctrinal que se acepte en orden a la naturaleza jurídica de la *renovación cambiaria*: se estime la misma como una modalidad del pago a través de lo que se ha llamado “pago de letra con letra”; ya como prórroga del pago o, por mejor decir, como prórroga del vencimiento, de tan rancio abolengo, lo cierto es que —a los efectos que ahora interesan— si la emisión de una nueva letra (de renovación) en sustitución de otra (renovada o renovadas) consta, la provisión está insita en el pacto renovador, en tanto que la letra renovadora vale no *como prórroga*, sino como nueva, al modo ya afirmado hace dos siglos: “*si vero animo prolongandi animo novas... legitimis litteras dederit debitor, valebunt istae, abs qui omni dubio non ut prolongatae, sed ut novae*”; de manera que no se trata de una “*renovatio contractus*”, de una reproducción negocial, sino de un acto causal nuevo, en el que la prórroga de la obligación causal de que la primera/as letra es simple instrumento opera en función de causa/provisión mediante los usuales incrementos (intereses, gastos de descuento, etc.).

CONSIDERANDO: que, reconocido en el escrito formalizando la oposición y en la redacción del pliego de posiciones para la confesión del ejecutante (Folio 125) la existencia del pacto de renovación, llano es que concurre la provisión específica de la renovación cambiaria y que por ello devienen improprias del reducido y sumario ámbito de este proceso ejecutivo las cuestiones agitadas sin demasiada convicción por la hoy ejecutada—apelante en orden a una supuesta usura, que en todo caso, como rectamente estimó el juzgador “*a quo*”, tendrían más adecuado cauce eventual en un juicio plenario o declarativo ordinario; por todo lo cual procede rechazar en todas sus partes el recurso de apelación que se examina.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en la parte recurrente, por lo que procede condenar a la misma al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado don J. B. B. contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; condenando al recurrente al pago de las costas de este recurso.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a la demandada declarada en rebeldía doña M. B. M., si dentro de segundo día no se interesare la notificación personal a la misma.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

59. SOCIEDAD RURAL MENORQUINA. LIQUIDACION. Art. 64 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares. *Sentencia de 24 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la aparcería pecuaria de la Isla de Menorca, conocida en su medio rural como "Ses amitjes" y denominada, siguiendo la nomenclatura del proyecto de Apendice de 1949, en artículo 64 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares aprobada por la Ley 5/1961, de 19 de Abril, Sociedad Rural, es una institución cuya finalidad es la explotación agropecuaria del campo menorquín, mediante un sistema económico, laboral y financiero que, fuertemente arraigado en dicha isla, se ha caracterizado por su buen funcionamiento y carencia, durante muchos años, de litigios entre propietarios y cultivadores; institución que se ha de regir en lo no previsto en el citado artículo ni expresamente establecido en el contrato constitutivo, *exclusivamente* por los usos y costumbres, con lo que se excluye expresamente la aplicación de otras fuentes de derecho además de las mencionadas, como ya señaló esta Sala en su sentencia n.º. 100 de 6 de Junio de 1979.

CONSIDERANDO: Que esta segunda instancia dimana de un juicio que recae sobre la liquidación de una sociedad rural menorquina, hecho éste insólito por su excepcionalidad y que revela una cierta relajación de las buenas relaciones que siempre han existido entre el dueño de la finca y "l'amo" —cultivador del predio—, tal vez como resultado de los cambios tan importantes como profundos que se están produciendo en el agro balear, tanto desde un punto de vista económico como social y laboral.

CONSIDERANDO: Que la actora, única parte recurrente, impugna la sentencia recaída por los siguientes motivos: I) Por no haberse reconocido en la resolución apelada, las siguientes partidas a su favor: a) las correspondientes a varios documentos averdados; b) la mitad del valor del tractor matrícula XXX, marca Ebro y de sus elementos complementarios; c) la mitad del valor del ganado vendido por "l'amo", el hoy apelado, después del "desdir" —denuncia de la aparcería—; d) 62.500 pesetas por cuentas pendientes de justificar durante el periodo Abril a Julio 1979. II) Por no haberse aceptado el monto del "estim" fijado por su "estimador", y III) Por no haber declarado el fallo dictado, ser el demandado incumplidor de sus obligaciones como aparcerero menorquín.

CONSIDERANDO: Que la tesis de la parte apelante de que al haber sido averdados los documentos números 10 bis, 15, 16, 25 y 26 de los acompañados a la demanda, que son los que obran en los folios números 19, 25, 26, 49 y 50 de los autos principales respectivamente, sus importes deben ser contabilizados a su favor en la liquidación pendiente con la contraparte no puede ser aceptada, ya que algunos de dichos documentos son de fecha posterior a la de la resolución de la referida sociedad rural, otro es un mero aviso de pago y el último fué abonado su importe por el marido de la demandante, entre los cuales impera el régimen matrimonial de separación de bienes, según confesión de la actora (posición 1ª), por lo que procede rechazar el primer motivo de impugnación.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recaer sobre la segunda causa de apelación, ya que se pretende que el tractor matrícula XXX marca Ebro, con sus elementos complementarios y que con anterioridad a la celebración de la citada aparcería era propiedad del demandado, quede en el predio como elemento de la explotación agro-pecuaria por haber pagado la actora, hoy apelante, 83.000 pesetas, mitad del valor de dicho

vehículo de motor con dichos elementos, afirmación esta que no ha sido probada, como le correspondía a tenor del artículo 1214 del Código Civil. En efecto, en la condición 4ª del contrato de aparcería suscrito por los hoy litigantes (folio 6), se declara respecto a la maquinaria agrícola (tractor, remolque, fresa, etc.) que "el propietario pagará al aparcerero la mitad de este valor —166.000 pesetas—, o sea 83.000 pesetas y por esto esta maquinaria está a medias así como las averías y el consumo" y no consta en autos su pago al aparcerero, hoy apelado, ni tampoco que la demandante abonase las 83.000 pesetas al payés saliente de la finca, como afirma el testigo y administrador de la actora, don R. B. M., ya que tan importante como decisivo hecho no fué confirmado por el expresado payés, don G. R. R., al contestar a la pregunta a la undécima (folio 162).

CONSIDERANDO: Que rige en la Isla de Menorca respecto a "Ses amitjes", sociedad rural, según la terminología legal, la costumbre que prohíbe, tanto al dueño de la finca como al "amo", vender bienes y elementos objeto de la aparcería, con el fin de poder realizar una total y perfecta evaluación del monto de la explotación pecuaria, objeto del contrato, y si bien se ha probado que "l'amo" vendió en el año 1979 a don G. V. S., siete terneros, un toro y otras cabezas de ganado (folio 135), no se ha acreditado que tal venta se hiciera después del día 1º de Mayo de dicho año, fecha que se fija en la condición segunda del referido contrato (folio 6) para denunciar la aparcería concertada, por lo que tampoco puede triunfar el cuarto motivo de la apelación.

CONSIDERANDO: Que la suma de 62.500 pesetas, cuya reclamación se reitera en esta alzada, a efectos de cómputo en la liquidación pendiente entre los hoy contendientes, no puede ser acogida ya que no ha sido aprobada la existencia de tal deuda ni mucho menos su importe (artículo 1214 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que una de las especialidades más características de la denominada sociedad rural menorquina, es la de "els estims", que tiene lugar cuando se procede a la liquidación económica de la relación entre el propietario y "l'amo", lo que se lleva a cabo el día convenido o determinado al efecto en la propia finca, no por los interesados sino por dos "estimadors", peritos prácticos, designados, uno, por el cultivador saliente y el otro, por el entrante o en su caso por el dueño de la finca cuando este asuma el papel de "l'amo" entrante, procediendo al recuento de sus elementos y su estimación en número y peso-volumen, dando a cada elemento el precio convenido entre los "estimadors" y cuando estos no se ponen de acuerdo, cosa excepcional según la doctrina foralista, los interesados deben acudir al Juez de Paz o a un tercer dirimente para que de modo inapelable resuelva la discordia. Consta reconocido por la actora, hoy apelante, en su escrito R. B. de contestación a la reconvencción, que su "estimador" don R. B. se negó a pasar el estim por cuanto la finca no estaba en condiciones de pasar un estim como es normal, ya que no estaban en la finca presentes todos los elementos de explotación, y en concreto señalar que el tractor no estaba, ni parte del ganado, además de una serie de desperfectos materiales y de ausencias de materiales propios de la finca y del propietario. Por ello, el estimador no aceptó la presentación de la finca procediendo a estimar los elementos que había por su propia cuenta... (folio 102); lo que constituyó un incumplimiento por parte de dicho perito de su obligación de realizar, según su leal saber y entender, la correspondiente valoración al no verificarla el día señalado al efecto: el 10 de Agosto de 1979, y en el lugar que procedía: en la finca de la aparcería; siendo de destacar que no obstante las razones expuestas por la actora para justificar la actuación de su "estimador", en el "estim" de este no se hace referencia alguna al ganado ni materiales que faltaban en la finca, ni los defectos materiales causados en el predio según él, y en su encabezamiento se dice textualmente: "Relación del ganado y demás efectos pertenecientes a la finca "T. S." del término de XXX que tenía que ser justipreciada el día 10 de Agosto de 1979" (folio 12), de donde se desprende que él no efectuó la valoración el día mencionado, mientras que en el otro estim, el del demandado hoy apelado, se encabeza de la siguiente manera: "Relación del ganado y demás efectos pertenecientes a la finca T. S., justipreciados el 10 de Agosto 1979 (folios 13 Y 96). El incumplimiento por parte del estimador de la actora al no realizar la valoración el día y lugar que determina la costumbre menorquina, lleva consigo el no aceptar el monto de valoración fijado por el estimador señor R. B. y rechazar el sexto motivo de impugnación, sin que se pueda aceptar en esta litis el monto fijado en "el estim"

del "amo", hoy apelado, ya que ello hubiera constituido una "reformatio in peius" respecto a la recurrente.

CONSIDERANDO: Que al desprenderse de lo actuado, incumplimiento por parte del demandado, se ha de rechazar el último motivo del presente recurso, tendente a que se declare al demandado incumplidor de sus obligaciones como aparcerero menorquín.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que dado el gran número y complejidad de las cuestiones litigiosas planteadas y las peculiaridades de su régimen jurídico, este Tribunal, no obstante lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil, hace uso de la facultad que el concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio, y no hace condena de costas a la apelante.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimado el recurso de apelación formulado por doña E. O. U. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cinco de Septiembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la señora Juez de Primera Instancia de Mahón y su Partido en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

61

61. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR UNA CONSTRUCCION RUINOSA. Posible existencia de fuerza mayor. Arts. 391 y 1.907 C.c. *Sentencia de 26 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presente apelación se circunscribe en determinar si se ha probado o no que fue por fuerza mayor, totalmente imprevisible, que sobre las 11 horas del día 25 de Octubre de 1980 se desplomase unos 10,50 metros de la pared de cierre del solar señalado con el número 14 de la calle Padre Cerdá, de esta ciudad, y que causó desperfectos valorados en 118.544 pesetas, en el vehículo turismo matriculo PM, marca SEAT, modelo 127, propiedad del actor, que estaba estacionado en la calzada delante de la pared que se derrumbó.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia del artículo 389 que impone al propietario de un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción que amenazase ruina, la

obligación de su demolición o de ejecutar las obras necesarias para evitar su caída, el artículo 391 ordena que si la caída se produce se esté a lo dispuesto en el artículo 1907, todos ellos del Código Civil, y dados los términos en que está redactado este último precepto se desprende que al actor perjudicado le basta para demandar la indemnización, probar el derrumbamiento, el daño y el nexo causal entre uno y otro, extremos todos ellos acreditados en autos, y compitiendo al propietario del inmueble, para poder enervar con éxito la acción indemnizatoria ejercitada por la contraparte, probar que el derrumbe se produjo por fuerza mayor totalmente imprevisible o haber actuado con la debida diligencia para evitar tal desplome, al existir una presunción "iuris tantum", de que la caída se produjo por su culpa o negligencia —lo que preoportunamente implica una inversión de la carga de la prueba—, aunque también cabe su exoneración demostrando que el daño procede de vicio de construcción (artículo 1591 del citado Código), alegación esta no invocada en esta litis.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que el día 25 de Octubre de 1980 soplase en esta ciudad un viento fuerte con rachas frecuentes de 54 a 72 kilómetros hora (folio 68), no es algo excepcional o insólito en esta localidad, ya que tal fenómeno meteorológico se suele producir varias veces al año —la racha máxima de 94 kilómetros hora que sopló el mencionado día, tuvo lugar a las 11,55 hora oficial, cuando ya se había producido el desplome de la referida pared—; por lo que tal meteoro no se puede considerar en puridad, causa del derrumbamiento expresado, sino más bien, como afirma el juez de instancia a que la pared no reunía las condiciones de consistencia o resistencia suficientes para soportar la fuerza de un viento ciertamente fuerte pero no excepcional en esta localidad.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse el único motivo de apelación y por los propios y aceptados fundamentos de la sentencia recurrida, procede la confirmación del fallo dictado.

CONSIDERANDO: Que al recaer la cuestión litigiosa fundamentalmente sobre la delicada y difícil apreciación de ciertas pruebas periciales, este Tribunal hace uso de la facultad que le concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio y no impone condena de costas a la apelante.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por doña A. S. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha trece de Julio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital, en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

66. POSIBILIDAD DE ADMITIR LA ACCION DE RETRACTO DE COMUNEROS DE UNA CESION DE BIENES. Plazo de dicha acción. arts. 1.524 C.c. y 1.618 Lec. *Sentencia de 6 de abril de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presente apelación ha quedado circunscrita a dos cuestiones fundamentales, a saber: a) si la acción de retracto de comunero ejercitada, ha sido formulada dentro de plazo —el fallo impugnado desestima la demanda “en base a que no se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado en el párrafo 1º del artículo 1618”— y b) en caso afirmativo, si procede el citado retracto ya que racae en una “cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión”.

CONSIDERANDO: Que el párrafo primero del artículo 1524 del Código Civil dispone respecto al retracto legal de comuneros y colindantes que “No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta”, precepto este derogatorio del artículo 1618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que señala un plazo de caducidad que es breve “por exigencia de la índole de este derecho, si ha de evitarse una prolongación indefinida de la inseguridad de las transacciones inmobiliarias, así como por tratarse de una acción limitativa, a la que, como declaró la sentencia de 14 de Diciembre de 1905, debe atribuirse un sentido restrictivo...” (Sentencia 11 de Febrero de 1959). Como el transcrito precepto “no exige la previa notificación de la venta, sino el hecho del conocimiento de la misma, por parte del retrayente, tal hecho, como elemento fáctico del proceso esencial en el mismo, habrá de inferirse del resultado que ofrezca la prueba practicada, cuya apreciación compete al Tribunal de instancia...” (Sentencia 30 de Noviembre de 1927), si bien hay que tener presente, a los efectos que ahora interesan, que no solo es eficaz el conocimiento de la enajenación en el caso de no haberse inscrito en el Registro, como podría resultar de una interpretación literal del artículo 1524, sino que la doctrina del Tribunal Supremo considera a dicho conocimiento como el punto de partida del plazo de caducidad del retracto cuando se ha tenido antes de haberse practicado dicha inscripción (Sentencias 5 Mayo 1972 y 29 de Noviembre de 1958, entre otras), no bastando que el retrayente tenga conocimiento del hecho de que la enajenación ha sido ejercitada, pues si el retrayente ha de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, es preciso que las conozca exactamente para que el ejercicio del derecho responda a un juicio exacto sobre su conveniencia (Sentencia 18 de Noviembre 1971, 6 de Mayo de 1961 y 30 de Octubre de 1953); y sobre este último particular, el referente al momento en que el retrayente tuvo exacto conocimiento de la enajenación llevada a cabo por su hermana, hoy apelada rebelde, surgen fundamentales discrepancias entre las partes litigantes, pues mientras el demandante sostiene que fué cuando la escritura pública fué presentada en el Registro de la Propiedad de Mahón, el 7 de Junio de 1980 (folio 194), la demandada personada afirma que fué mucho antes, como se desprende, según ella, del hecho de tener el actor en su poder y acompañar a su escrito de demanda, como documento n.º 2, una fotocopia de la primera copia expedida a utilidad de la cesionaria, hoy apelada demandada, y que obra en la Delegación de Hacienda de esta capital desde el día 13 de Febrero de 1980 (folio 213) —la presentada en el citado Registro es la segunda copia—. Compete a la parte demandada probar, a tenor del artículo 1214 del repetido Cuerpo legal, por ser hecho extintivo de la pretensión del actor, que este tenía exacto conocimiento antes del día 6 de Julio de 1980 de la cesión de los bienes realizada por la co-demandada, hoy rebelde, ya que la demanda origen de este proceso, fué presentada el día 14 del mes y año últimamente citados; y hay que reconocer que tan importante particular no se ha acreditado ni se puede en

puridad deducir, en perfecta y rigurosa lógica, de lo actuado en esta litis, pues para la admisibilidad de la prueba de presunciones, el Código Civil exige: 1º) Que el hecho de que ha de deducirse la presunción esté completamente acreditado (artículo 1249) y 2º) Que entre él y el que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según reglas del criterio humano (artículo 1253), y si bien consta reconocido y plenamente acreditado el hecho de que el demandante tenía en su poder la referida fotocopia el 14 de Junio en 1980, fecha en que la adjuntó a su demanda de retracto, no se llega necesariamente, partiendo de tal premisa, a la conclusión de que dicho documento estuviera en poder del actor nueve días antes de la data ultimamente mencionada, ya que resulta también lógico lo declarado por la cedente en su confesión, practicada en esta segunda instancia, de que la expresada fotocopia se la dió la cesionaria (posición 1ª) y ella se la entregó a su hermano, el hoy apelante-actor, cuando regresó a Ciudadela (posición 2ª); por lo que al no haberse probado que el ejercicio de la acción retractual promovida fuese extemporáneo, procede entrar, en contra de lo resuelto por el Juez de instancia, en el estudio de la segunda cuestión, la relativa a si cabe el retracto de comuneros en el negocio jurídico que celebraron las hoy co-demandadas.

CONSIDERANDO: Que el concepto de retracto legal contenido en el artículo 1521 del Código Civil, está configurado por tres elementos, el genérico de la subrogación o sustitución de un tercero en lugar del adquirente, y los específicos de haber de ser la subrogación por título de compraventa o dación en pago, y con las mismas bases estipuladas en el contrato; y al disponer el apartado primero del artículo 1522 del mismo Cuerpo legal que "El propietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de algunos de ellos", surge la cuestión de si en el retracto legal de comuneros se ha ampliado su base operativa al sustituir los términos específicos de "compra o dación en pago" por el genérico y mas extenso de enajenación. Unánime es el criterio, sobre esta materia, de que están excluidas las transmisiones a título gratuito, pues el artículo 1522 es una aplicación concreta del concepto de retracto legal, no dándose tal unanimidad respecto a si ha de considerarse equivalente la enajenación de que habla el repetido artículo 1522, a toda transmisión a título oneroso, pues por un lado está el propio fundamento del retracto legal de comuneros: la conveniencia de que cese el estado de indivisión, por ser propicia o provocar discordias entre los comuneros y responde a la misma finalidad que la norma que proclama que es imprescriptible la acción para la división de la cosa común (artículo 1965 del repetido Código), y por otro lado se halla la delimitación de que es imprescindible que pueda producirse la "subrogación" en el negocio jurídico traslativo celebrado, y que tal sustitución subjetiva ha de ser con las mismas condiciones estipuladas en el contrato; y por esta última circunstancia no procede el mencionado retracto en la permuta, ya que el retrayente no podrá dar la misma cosa que daba en permuta el primer adquirente, y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo, en un caso de retracto de colindantes, en sentencia de 16 de Mayo de 1960, y sin embargo sí lo admitió —sentencia 11 de Junio de 1902— en un caso de censo reservativo, porque tal gravamen "participa de los caracteres sustanciales de la compraventa" y "porque las obligaciones del censatario son transmisibles con la cosa censada por el mero hecho de la transmisión a la misma y sin contemplación a las calidades personales del poseedor, a cuya voluntad queda la elección del momento en que para redimir el censo ha de entregar el valor dado al inmueble al tiempo de su constitución". Concretando ya el estudio, el negocio jurídico celebrado por las hoy codemandadas y en el que se apoya la demanda, negocio titulado en la propia escritura pública de "cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión" y también denominado en el mismo documento de "contrato de cesión de bienes por prestación o pensión alternativa", puede calificarse, a los efectos de esta litis, y a la vista del artículo 1802 del Código Civil, de contrato de renta vitalicia, toda vez que por la cesión de la plena propiedad de la mitad indivisa de cuatro fincas rústicas y una urbana, todas ellas sitas en el término municipal de Ciudadela, la cesionaria se obligó a satisfacer a la cedente, de 69 años de edad y soltera, prestación alimenticia, en el amplio sentido previsto en el Código Civil, prestación médica —servicios a cargo de facultativos y medicamentos correspondientes—, internamiento en Clínica o casa de salud o residencia, de acuerdo con la condición y hábitos de la pensionista y en general toda la atención que precise la cedente en orden a su vida y salud dentro del nivel de vivencia que le es propio, valorándose la pensión a satisfacer en la suma de 70.000 pesetas mensuales, revisable según las necesidades de la cedente y el aumento de los costos o de las prestaciones a perci-

bir; contrato de naturaleza aleatoria, ya que el equivalente de lo que una de las partes, concretamente la cesionaria, ha de dar, no está bien determinado como ocurre con los contratos conmutativos que menciona el legislador en el artículo 1521 del Código Civil —compraventa y dación en pago—, desde el momento mismo de su celebración, y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Diciembre de 1964, que declaró, por tal causa, improsperable la acción retractual arrendaticia basada en un contrato de renta vitalicia; amén que el “contrato de cesión de bienes por prestación o pensión alternativa” mencionado, se otorgó teniendo bien presente las cualidades, tanto personales como de solvencia moral y material, de la cesionaria —“intuitus personae”—, todo lo cual impide la subrogación que postula el retrayente, aún siendo hermano de la cedente, y por ende procede desestimar el recurso interpuesto en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa del presente pleito.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fè a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por don B. O. B. debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha treinta de Marzo de mil novecientos ochenta y uno dictada por la señora Juez de Primera Instancia de la ciudad de Mahón y su Partido, en el juicio de retracto de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto a la declaración siguiente: “en base a que no se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado en el párrafo 1º. del artículo 1618”, confirmando, como confirmamos, todos los demás particulares de dicho fallo, si bien completándolo con la declaración de que se absuelven a las demandadas de la demanda contra ellas formulada; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. Dada la incomparecencia en esta segunda instancia de la codemandada declarada rebelde, notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del plazo de tres días no se insta su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

67

67. ARRENDAMIENTO DE LOCAL. Art. 1.543 C.c. *Sentencia de 6 de abril de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el acatamiento de la parte recurrente al pronunciamiento desestimatorio de la excepción invocada en la instancia primera, reduce el tema que hay que decidir en esta alzada al análisis de si el contrato litigioso ha concluido por transcurso del tiempo de duración pactado —pretensión actora—, lo que exige, con carácter previo por razón de la posible aplicación de la normativa arrendaticia especial —tesis de la demanda—, determinar si a dicho contrato, celebrado entre la Entidad C. S.A., anterior propietaria del establecimiento mercantil y de la que trae causa la actora, ahora recurren-

te, y D^a. M. D. W., demandada, ahora apelada, le corresponde la calificación de arrendamiento, y siendo que del mismo resulta que D^a. M. D. W. recibió un local situado en el interior del establecimiento mencionado para destinarlo a industria o comercio turístico o actividad distinta durante cinco años prorrogables por dos más, ninguna objeción existe para estimar cumplidas las exigencias legales contenidas en el artículo 1543 del Código Civil relativas a la entrega del uso o disfrute de una cosa y a la fijación de un tiempo determinado.

CONSIDERANDO: Que el requisito de certeza, precisión, fijeza o determinación que el precio debe tener por imperativo del artículo 1543 del Código Civil, no aparece cumplido en el bilateralmente estipulado que al consistir en un "10% de la venta superior a cincuenta mil mensuales, cantidad que cubre los gastos de sueldos y mantenimiento" —condición especial convenida en sustitución de la general a) obrante en el impreso utilizado, folios 73 y 74,— queda configurado por las notas de variabilidad e inseguridad, extrañas a la figura arrendaticia, pues hacen que la retribución que debe pagarse al cedente del uso o goce dependa íntegramente de los rendimientos económicos que obtenga el cesionario, asumiendo aquél el riesgo derivado de un posible fracaso —riesgo que en el caso litigioso se convirtió en una falta total de percepción retributiva por insuficiencia de ventas— que no es inherente ni conviene el arrendamiento cuyo carácter conmutativo exige una ventaja patrimonial cierta para cada uno de los contratantes.

CONSIDERANDO: Que excluida la posibilidad de aplicación de la prórroga forzosa por no corresponder al contrato litigioso la naturaleza arrendaticia, resta por examinar si éste contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento civil exige para la validez y producción de efectos (artículo 1261 del C. Civil), pues como tiene declarado el T.S. en Ss. de 18-II-1980 y 7-I-1981 "no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del método dogmático e intentar encajar, más o menos, "afortiori" el pacto o convenio en cuestión en los tipos contractuales civiles perfilados en las Leyes, ya que (salvo que proceda la analogía ex artículo 4º C. Civil, como función integradora del Juez), sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia asimiladora, bastará con que el intérprete y juzgador se atenga a lo estipulado —si ello es lícito conforme al artículo 1255 del Código Civil—, y sancionar "ex officio iudex" sus naturales consecuencias en orden a la eficacia y efectos (artículo 1258 del Código Civil) de lo acordado libremente por obra de la autonomía de la voluntad, ya que lo que importa no es el "nomeniuris" sino la licitud, validez y eficacia del contrato —en conjunción con los intereses en juego— sea más o menos típico, atípico, simple o complejo" (en el caso litigioso de naturaleza parciaria o asociativa) "y siempre naturalmente, que sus cláusulas contengan las suficientes especificaciones para su cumplimiento".

CONSIDERANDO: Que examinado el contrato litigioso ningún impedimento existe, ni ha sido siquiera alegado por los litigantes, para estimar cumplidos los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, pues los contratantes emitieron su consentimiento sobre un objeto —local sito en un establecimiento mercantil— del que son predicables las exigencias institucionales de posibilidad, licitud y certeza o determinación, y esta misma adecuación normativa presenta la causa negocial por cuanto los contratantes quisieron operar una transmisión del uso del objeto contractual mediante una indeterminada contraprestación o participación en beneficios —en cualquier caso válida—.

CONSIDERANDO: Que la estipulación que sobre el tiempo de duración del contrato convinieron los litigantes "Cinco años necesarios, contados a partir del día en que el local objeto del uso sea puesto a disposición del titular, según documento de entrega que se suscribirá directamente por C., S.A. La duración del presente contrato quedará automáticamente prorrogada por dos anualidades más...", es lícita conforme al artículo 1255 del Código Civil, y habiendo transcurrido más de siete años desde el momento en que la demandada recibió el local —30 de junio de 1968, como resulta del hecho 3º del escrito de contestación a la demanda— hasta la fecha en que se dedujo la pretensión actora —11 de octubre de 1979—, forzoso es sancionar su consecuencia natural mediante la resolución del contrato litigioso por expiración del plazo contractualmente establecido, con el consiguiente desalojo del local objeto de aquel.

CONSIDERANDO: Que no existe motivo para hacer declaración alguna sobre el pago de las costas causadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la C. M. y M. P. de Baleares, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de mayor cuantía del que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución y debemos declarar y declaramos resuelto el contrato celebrado entre C. S.A. y D^a. M.D.W. el treinta de junio de mil novecientos sesenta y ocho, obrante a los folios 6 y 7 de los autos, condenando a la demandada Doña M. D. W. a que desocupe el local objeto del mismo, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en las dos instancias.

C. INDICE ANALITICO

- Acción
 - Prescripción, 20, 71
 - Resarcimiento, 80
 - Retracto de comuneros, 66
- Aguas públicas
 - Adquisición por usucapión, 44
- Alimentos provisionales, 31
- Arrendamiento
 - Apartamento hotelero, 52
 - Industria, 4, 28
 - Local, 67
 - Obra, 55
 - Retracto, 11
 - Temporada, 52
 - Urbano, 23
- Bienes
 - Cesión, 66
 - Dominio privado, 37
 - Dominio público, 37
- Cláusula Penal, 48
- Compraventa
 - Consignación de precio, 65
 - Cuota participación en explotación negocial, 51
 - Mercantil, 60
 - Resolución de contrato, 84
- Contrato
 - Arrendamiento
 - Industria, 4
 - Local, 11, 24, 82
 - Subrogación, 64
 - Urbano, 23
 - Vivienda, 24
 - Compraventa, 51, 65, 84
 - Obra, 8, 16, 32, 50
 - Prueba, 45
 - Reserva de plaza hotelera, 75
 - Seguro, 1, 2, 18, 19, 20, 38
 - Sociedad
 - Documento privado, 26
 - Pre-contrato, 56
 - Culpa
 - Compensación, 19
 - Concurrencia, 20
 - Contrato de seguro, 18, 19
 - Extracontractual, 9
 - Daños
 - Accidente de tráfico, 29
 - Desahucio
 - Apartamento hotelero, 52
 - Industria, 28, 53
 - Local de negocio, 53
 - Deuda
 - Realización de obra, 56
 - Dominio
 - Declaración, 37
 - Fuerza mayor, 61
 - Herencia yacente, 43
 - Indemnización
 - Accidente, 15, 20
 - Daños y perjuicios, 40, 61
 - Lesiones, 20
 - Juicio ejecutivo cambiario
 - Oposición
 - Compensación de crédito líquido, 21
 - Falta de personalidad, 83
 - Iliquidez en la deuda, 78
 - Librado no aceptante, 42
 - Nulidad de título, 7, 12, 69, 78
 - Plus petición, 7, 21, 47, 83

- Protesto defectuoso, 58
- Provisión de fondos, 54, 57, 69, 79
- Recurso de apelación
- Incomparecencia, 22, 35
- Tercero tenedor de mala fe, 69, 79
- Legitimación
 - Activa, 27
 - Ad causam, 48
 - Pasiva, 36, 81
- Letra de cambio
 - (véase voz "juicio ejecutivo cambiario")
 - Cesión del efecto cambiario, 42
- Litisconsorcio pasivo necesario
 - Apreciación de oficio, 74, 81
 - Existencia, 16, 63
 - Improcedencia, 3, 9, 10
- Novación
 - Alegación, 30
- Póliza de seguro
 - Cobertura, 19
- Prescripción
 - Acción, 20, 71, 80
- Préstamo, 30
- Prórroga forzosa
 - Arrendamiento urbano, 23
- Reclamación de cantidad
 - Arrendamiento de obra, 55
 - Contrato de sociedad, 26
 - Ejecución de obra, 32
 - Impago de mercancía, 45
 - Personalidad, 34
 - Préstamo, 30
 - Prueba del pago, 73
 - Reserva de plaza hotelera, 75
- Reconvención, 6
- Resolución
 - Arrendamiento
 - Industria, 4
 - Local de negocio, 82
 - Urbano, 23, 24
 - Compraventa, 84
- Responsabilidad
 - Contrato de obra, 8, 50
 - Contrato de seguro, 2, 18, 19, 20, 29
 - Daños, 3
 - Extracontractual, 15, 20
 - Herencia yacente, 43
- Retracto
 - Arrendamiento de local, 11
 - Comuneros, 66
- Sentencia
 - Incongruencia, 44
- Separación matrimonial
 - Causas de separación
 - Abandono de hogar, 13
 - Cese efectivo de convivencia, 62, 68
 - Infidelidad, 49
 - Injurias, 49
 - Malos tratos, 13, 14
 - Estipulaciones matrimoniales, 76
 - Medidas provisionales, 5
 - Nulidad, 76
- Servidumbre de paso, 46
- Sociedad
 - Disolución, 26
 - Gananciales, 27
 - Rural menorquina, 59
- Subarriendo
 - Local de negocio, 26
 - Vivienda, 24
- Subrogación
 - Contrato de arrendamiento, 64
- Tercería de dominio, 25, 70
- Testamento olografo, 39

Uso y circulación de vehículos a motor

Auto ejecutivo, 7

Usucapión

Aguas públicas, 44

Servidumbre de paso, 46

III. SALAS 1ª Y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Delito contra la salud pública.** Cultivo de "Cannabis sativa". No se realiza tráfico alguno. *Sentencia de 14 de Enero de 1982.*
2. **Falsedad en documento privado.** Art. 306 del Código Penal.- **Delito de uso de documento de identidad ajeno.** Art. 310 del Código Penal. Circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 14 de Enero de 1982.*
3. **Homicidio en riña tumultuaria.** Art. 408 del Código Penal. Requisitos. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 15 de Enero de 1982 (2ª).*
4. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Enero de 1982 (2ª).*
5. **Corrupción de menores.** No se aprecia la teoría de unidad delictual. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Enero de 1982 (2ª).*
6. **Apropiación indebida.** La existencia de un préstamo y el no negar haberlo recibido excluye la antijuricidad de la acción del delito de apropiación indebida. *Sentencia de 15 de Enero de 1982*.*
7. **Robo con fuerza en las cosas.** Lugar destinado al culto. Autoría y encubrimiento. Concurrencia de la embriaguez no habitual como circunstancia atenuante, y no como eximente. La Sala hace uso de la

(1) La selección jurisprudencial de esta sección la han realizado los Letrados del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, J. Blascos Serra y J. Suau Morey. La preparación y presentación ha corrido a cargo del Profesor G. Garcías Planas, del Departamento de Derecho Penal.

facultad que se le concede en el artículo 2º del Código Penal. *Sentencia de 16 de Enero de 1982**.

8. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Enero de 1982 (2ª)*.
9. **Robo con fuerza en las cosas. Uso de documento mercantil falso y estafa frustrada.** *Sentencia de 18 de Enero de 1982 (2ª)*.
10. **Estafa.** Ausencia de conducta típica, inexistencia de engaño. *Sentencia de 18 de Enero de 1982 (2ª)*.
11. **Lesiones graves.** Deformación estética de la cara del ofendido. *Sentencia de 19 de Enero de 1982*.
12. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Encubrimiento, con la no exigibilidad contenida en el art. 18 del Código Penal. **Receptación.** Ausencia del elemento esencial consistente en el conocimiento del delito e inexistencia de enriquecimiento. **Falta de apropiación indebida.** *Sentencia de 21 de Enero de 1982 (2ª)*.
13. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. Carácter vinculante no absoluto. *Sentencia de 22 de Enero de 1982*.
14. **Daños.** Ausencia de conducta típica por falta del elemento intelectual del dolo. *Sentencia de 22 de Enero de 1982*.
15. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Hurto.** *Sentencia de 22 de Enero de 1982*.
16. **Allanamiento de morada.** Requisitos. Existencia de violencia. *Sentencia de 25 de Enero de 1982 (2ª)*.
17. **Falta de hurto.** Inexistencia de violencia, intimidación ni fuerza en las cosas. *Sentencia de 25 de Enero de 1982 (2ª)*.
18. **Falsedad en documento mercantil.** Firma propia en talón ajeno. Ausencia de reiteración por rehabilitación según lo establecido por Ley 81/78 (BOE 12-1-1979). *Sentencia de 25 de Enero de 1982* (2ª)*.
19. **Escándalo público.** Delito continuado. *Sentencia de 25 de Enero de 1982 (2ª)*.

20. **Delito de hurto. Receptación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Enero de 1982 (2ª).*
21. **Delito de cheque en descubierto.** Diferencias con el delito de Estafa. *Sentencia de 26 de Enero de 1982.*
22. **Insultos a agente de la autoridad. Falta de lesiones.** *Sentencia de 26 de Enero de 1982 (2ª).*
23. **Infracción a los derechos de la propiedad industrial.** Requisitos. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 26 de Enero de 1982 (2ª).*
24. **Robo con violencia.** “Tirón de bolso”, existencia de fuerza. *Sentencia de 26 de Enero de 1982.*
25. **Abusos deshonestos.** No concurren los elementos del tipo de injusto al faltar el elemento subjetivo —propósito libidinoso— y empleo de violencia. Falta de vejación injusta de carácter leve —art. 585 del Código Penal—. *Sentencia de 26 de Enero de 1982.*
26. **Escándalo público. Atentado. Lesiones. Falta de lesiones.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de enajenación mental. *Sentencia de 27 de Enero de 1982 (2ª).*
27. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Enero de 1982 (2ª).*
28. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Enero de 1982 (2ª).*
29. **Robo. Robo en casa habitada.** Multirreincidencia. Eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 28 de Enero de 1982.*
30. **Robo con fuerza en las cosas. Receptación:** presunción vehemente de la ilícita procedencia. *Sentencia de 28 de Enero de 1982.*
31. **Robo con violencia.** Fuerza física con apoyo de la velocidad de un vehículo “tirón”. Atenuante de menor edad en uno de los procesa-

dos. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*

32. **Robo con fuerza de las cosas.** Delito continuado: unidad de acción delictiva y pluralidad de actos de ejecución conectados a un fin común. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*
33. **Robo con fuerza en las cosas. Recepción.** *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*
34. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de la ventana de un vehículo. Concurrencia en uno de los procesados en la agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*
35. **Cheque en descubierto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*
36. **Hurto.** Delito continuado, requisitos. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1982 (2ª).*
37. **Falsedad en documento mercantil. Falta de estafa.** *Sentencia de 30 de Enero de 1982 (2ª).*
38. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Existencia de droga en vehículo de motor ajeno. *Sentencia de 1 de Febrero de 1982 (2ª).*
39. **Falsificación de documento de identidad.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Febrero de 1982.*
40. **Encubrimiento.** Ausencia de conducta típica por actuar bajo la concurrencia de la circunstancia eximente de miedo insuperable. *Sentencia de 3 de Febrero de 1982.*
41. **Robo con fuerza en las cosas. Robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de semienajación mental. Conformidad. *Sentencia de 3 de Febrero de 1982.*
42. **Delito contra la salud pública.** La mera tenencia de droga para el propio consumo no integra la figura delictiva en el artículo 344 del Código Penal. *Sentencia de 4 de Febrero de 1982.*
43. **Realización arbitraria del propio derecho.** Existencia de violencia

- para obtener un pago. **Falta de lesiones.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración en uno de los procesados. *Sentencia de 5 de Febrero de 1982.*
44. **Robo con violencia en las personas. Lesiones leves.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de trastorno mental transitorio. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 6 de Febrero de 1982 (2ª).*
45. **Salud pública.** Existencia de tráfico de estupefacientes. Conformidad. *Sentencia de 6 de Febrero de 1982 (2ª).*
46. **Receptación.** Conocimiento de la existencia de delito. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982 (2ª).*
47. **Conducción ilegal. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Delitos continuados, requisitos. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982(2ª).*
48. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la atenuante cualificada de minoría de edad. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982 (2ª).*
49. **Falsedad en documento público.** Requisitos: objeto, sujeto, acción, elemento subjetivo. Diferencias con el delito de Estafa. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982 (2ª).*
50. **Falsedad en documento mercantil.** Imitación de firma en letra de cambio. Ausencia de ánimo de defraudar sino de diferir el pago de las cambiales. Agravante de reiteración. Uso por parte del Tribunal de la facultad conferida en el artículo 318 bajando la pena en un grado. **Estafa.** No concurren los elementos del tipo, al faltar el perjuicio económico y el ánimo de lucro. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*
51. **Falsificación del documento nacional de identidad. Falsificación en documento mercantil.** Estafa. Consumación y frustración. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982*.*
52. **Calumnia. Honor y libertad de expresión.** Carácter circunstancial del delito. Ausencia de ánimo difamatorio. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982*.*

53. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. No queda probada la connivencia entre los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982**.
54. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*
55. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** Concurrencia de los elementos constitutivos del delito: Apoderamiento, ánimo de lucro, en morada ajena, mediante escalamiento. Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual, como muy cualificada en los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*
56. **Hurto doméstico.** *Sentencia de 13 de Febrero de 1982 (2ª).*
57. **Robo con intimidación con empleo de arma.** Circunstancia atenuante muy cualificada de embriaguez. *Sentencia de 13 de Febrero de 1982 (2ª).*
58. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Febrero de 1982 (2ª).*
59. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Febrero de 1982 (2ª).*
60. **Salud pública.** Consumo propio. Alcance del término "invitación". *Sentencia de 13 de Febrero de 1982 (2ª).*
61. **Hurto.** Encubrimiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982.*
62. **Hurto doméstico.** Delito continuado. Abuso de confianza. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982 (2ª).*
63. **Salud pública.** Desconocimiento de la existencia de la droga. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982 (2ª).*
64. **Robo con fuerza en las cosas. Conducción ilegal.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Establecimiento hotelero, imposibilidad de aplicación analógica del precepto establecido para oficinas bancarias. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982 (2ª).*
65. **Robo.** Falta de pruebas. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982 (2ª).*

66. **Robo.** Circunstancia atenuante nº 3 del art. 9. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982 (2ª).*
67. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982 (2ª).*
68. **Salud pública.** Venta. Uso por parte del Tribunal de la facultad que le confiere el párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*
69. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. **Robo con fuerza en las cosas.** Consumación. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*
70. **Desórdenes públicos.** Destrozos en locales pertenecientes a Sindicatos legalmente establecidos y en la sede de un partido político. Existencia de ánimo de perturbar la paz pública. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*
71. **Lesiones.** "Animus laedendi". Desestimación de la circunstancia eximente de legítima defensa. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*
72. **Encubrimiento de delito de robo.** Auxilio a los delincuentes para aprovecharse de los efectos del delito. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*
73. **Lesiones.** Delito cualificado por el resultado. *Sentencia de 18 de Febrero de 1982 (2ª).*
74. **Robo.** Falta de pruebas. *Sentencia de 18 de Febrero de 1982.*
75. **Salud pública.** Venta de sustancia tóxica. *Sentencia de 19 de Febrero de 1982.*
76. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982 (2ª).*
77. **Robo con violencia.** Casa habitada. Ausencia de participación del procesado. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982 (2ª).*

78. **Lesiones.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de embriaguez. Conformidad. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982 (2ª).*
79. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Contra la seguridad del tráfico o conducción ilegal.** Empleo de fuerza. Concurrencia de la circunstancia atenuante nº 3 del art. 9. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982 (2ª).*
80. **Robo con fuerza en las cosas. Falsedad en documento mercantil. Estafa en grado de frustración.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Concurrencia de la circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982 (2ª).*
81. **Falta de hurto.** *Sentencia de 22 de Febrero de 1982 (2ª).*
82. **Faltas de hurto.** Definición del delito continuado. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982 (2ª).*
83. **Estafa.** Delito continuado. Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y reiteración. Conformidad. *Sentencia de 23 de Febrero de 1982 (2ª).*
84. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 23 de Febrero de 1982 (2ª).*
85. **Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 23 de Febrero de 1982.*
86. **Apropiación indebida.** Sustitución de placas de matrícula. Conformidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1982 (2ª).*
87. **Alentado contra agentes de la autoridad.** Concorre el elemento característico del delito, es decir, el acometimiento violento o intimidación grave. **Lesiones.** *Sentencia de 24 de Febrero de 1982 (2ª).*
88. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982 (2ª).*
89. **Lesiones.** Pérdida de pieza dentaria. Deformidad. Concurrencia de

- la circunstancia atenuante muy cualificada de embriaguez. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982 (2ª)*.
90. **Hurto**. No aparece acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982 (2ª)*.
91. **Robo con fuerza en las cosas**. No aparece acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982 (2ª)*.
92. **Cheque en descubierto**. Concurrencia de las circunstancias modificativas de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982 (2ª)*.
93. **Abusos deshonestos violentos y de prevalimiento**. Concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, como agravante; y la circunstancia de embriaguez no habitual, como atenuante. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982*.
94. **Parricidio**. Concurrencia de la circunstancia. Eximente de enajenación mental. El Tribunal ordena su internamiento en el Hospital Psiquiátrico. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982 (2ª)*.
95. **Salud pública**. Tenencia para el propio consumo. Inexistencia de conducta típica. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982 (2ª)*.
96. **Robo con intimidación**. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982 (2ª)*.
97. **Atentado contra agente de la autoridad. Lesiones**. Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982 (2ª)*.
98. **Uso de documento de identidad falso. Delito continuado. Uso de documento mercantil falso. Delito continuado. Estafa**. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982 (2ª)*.
99. **Salud pública. Venta. Conformidad**. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982 (2ª)*.
100. **Robo**. Delito continuado. Concurrencia de la eximente incompleta del art. 9 nº 1 en relación con el art. 8 nº 1. Concurrencia de las cir-

circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982 (2ª)*.

101. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** Escalamiento de ventana. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982.*
102. **Delito de tenencia ilícita de armas de fuego. Falta de amenazas y de lesiones.** Concurrencia de circunstancia agravante de reiteración. Conformidad. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982.*
103. **Robo. Delito continuado.** Casa habitada. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982.*
104. **Salud pública.** Venta de drogas. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*
105. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por falta del elemento subjetivo del injusto que exige obrar "maliciosamente". *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*
106. **Estupro de prevalimiento.** Requisitos: cópula carnal, sujeto pasivo de edad comprendidas entre los doce y los dieciocho años, relación de superioridad. **Corrupción de menores.** Inexistencia de delito. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*
107. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*
108. **Robo.** Frustración. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982 (2ª).*
109. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982 (2ª).*
110. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982.*
111. **Robo.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982 (2ª).*
112. **Salud pública.** Venta de haschisch. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*
113. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

114. **Robo con fuerza en las cosas.** El concepto de casa habitada no se da cuando al procesado le consta la ausencia de sus moradores. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982**.
115. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia para el primer delito y multirreincidencia para el de Estafa. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*
116. **Falsificación de documento oficial. Estafa.** *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*
117. **Salud pública.** Tenencia de drogas destinadas al tráfico. *Sentencia de 10 de Marzo de 1982.*
118. **Salud pública. Venta.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 10 de Marzo de 1982 (2ª).*
119. **Estafa. Falsedad en documento mercantil.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982 (2ª).*
120. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982 (2ª).*
121. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982 (2ª).*
122. **Estafa.** Diferencias con el delito de cheque en descubierto. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982 (2ª).*
123. **Robo con homicidio.** No apreciación de trastorno mental transitorio ni de oligofrenia. Concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982.*
124. **Tenencia ilícita de armas.** Delito formal. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 256 del Código Penal. *Sentencia de 15 de Marzo de 1982.*
125. **Receptación.** No resulta probada la participación del procesado. *Sentencia de 15 de Marzo de 1982 (2ª).*

126. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1982 (2ª).*
127. **Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y doble reincidencia. *Sentencia de 18 de Marzo de 1982 (2ª).*
128. **Robo con fuerza en las cosas. Falta de hurto.** *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*
129. **Uso de documento de identidad falso. Falsificación de documento de identidad.** *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*
130. **Robo con fuerza en las cosas.** Imposibilidad de estimar la circunstancia de estado de necesidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*
131. **Quebrantamiento de condena.** Requisitos: fuga del preso y ánimo de eludir el mandato judicial. *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*
132. **Tenencia ilícita de armas.** Exámen de los requisitos constitutivos del tipo. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 256 del Código Penal. *Sentencia de 22 de Marzo de 1982 (2ª).*
133. **Robo.** Frustración. Escalamiento. *Sentencia de 22 de Marzo de 1982 (2ª).*
134. **Hurto.** Medio necesario para cometer Amenazas. Concurso ideal. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 22 de Marzo de 1982 (2ª).*
135. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. El Tribunal expresa en el fallo la fecha en que la pena impuesta quedará cumplida. *Sentencia de 23 de Marzo de 1982 (2ª).*
136. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** *Sentencia de 23 de Marzo de 1982.*
137. **Recepción.** Conocimiento no coetáneo sino posterior a la realización del hecho delictivo. *Sentencia de 24 de Marzo de 1982.*
138. **Escándalo público.** Concurrencia. *Sentencia de 24 de Marzo de 1982 (2ª).*
139. **Uso de documento oficial falso; "empleo de receta médica en far-**

- macia constándole su falsedad". **Falta de Estafa.** *Sentencia de 25 de Marzo de 1982 (2ª).*
140. **Estafa.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y reiteración. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982 (2ª).*
141. **Robo con fuerza en las cosas** —rotura de cristal—. Frustración. Concurrencia de las circunstancias agravantes de doble reincidencia y reiteración. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982 (2ª).*
142. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982 (2ª).*
143. **Robo con fuerza en las cosas.** Mutuo acuerdo. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982.*
144. **Resistencia a la autoridad. Atentado a la autoridad. Desórdenes públicos. Daños. Falta de lesiones.** Circunstancias atenuantes de embriaguez no habitual y minoría de edad. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982.*
145. **Robo con fuerza en las cosas.** Reincidencia. *Sentencia de 26 de Marzo de 1982.*
146. **Hurto.** Apoderamiento de objetos que creyeron perdidos —art. 514 nº 2 del Código Penal—. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 26 de Marzo de 1982 (2ª).*
147. **Tenencia ilícita de arma.** Manipulación de escopeta de caza, —cañones recortados—. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 27 de Marzo de 1982 (2ª).*
148. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia 27 de Marzo de 1982 (2ª).*
149. **Robo con violencia en las personas.** Consumación por aplicación del art. 512 del Código Penal. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 27 de Marzo de 1982 (2ª).*
150. **Atentado a agentes de la autoridad. Falta de lesiones. Falta de per-**

turbación del orden público. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 27 de Marzo de 1982.*

151. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982 (2ª).*
152. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencias de 29 de Marzo de 1982 (2ª).*
153. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Consumación. El Tribunal hizo uso del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982 (2ª).*
154. **Robo con fuerza en las cosas. Robo con intimidación y empleo de armas. Falsificación de placas de matrícula. Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Contra la seguridad del tráfico. Faltas de hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982 (2ª).*
155. **Receptación.** Ausencia del elemento esencial del tipo, cual es el conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982 (2ª).*
156. **Salud pública.** Inexistencia de delito. Tenencia de droga para consumo propio. *Sentencia de 30 de Marzo de 1982.*
157. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. Falta de pruebas sobre la posibilidad por parte del denunciado de cumplir con los deberes conyugales. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982*.*
158. **Robo.** Delito continuado, agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*
159. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Omisión de placas de matrícula.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982 (2ª).*
160. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*
161. **Estafa. Falsificación de documento de identidad.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

162. **Falta de imprudencia en vehículo de motor.** *Sentencia de 1 de Abril de 1982 (2ª).*
163. **Robo con intimidación.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta del art. 9 nº 1 en relación con el art. 8, nº 1. *Sentencia de 1 de Abril de 1982 (2ª).*
164. **Robo con violencia e intimidación. Frustración. Tenencia ilícita de armas. Uso público de nombre supuesto.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 1 de Abril de 1982 (2ª).*
165. **Receptación.** Concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 1 de Abril de 1982 (2ª).*
166. **Estafa.** Ausencia de conducta típica por falta de engaño. *Sentencia de 2 de Abril de 1982 (2ª).*
167. **Apropiación indebida.** Existencia de "animus rem sibi habendi". Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 2 de Abril de 1982*.*
168. **Violación.** Inexistencia de delito. La fuerza o grave intimidación y el acceso carnal, no resultaron adverbados. *Sentencia de 2 de Abril de 1982.*
169. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Abril de 1982.*
170. **Receptación.** Desconocimiento de la procedencia ilícita; precio normal de compra. *Sentencia de 3 de Abril de 1982*.*
171. **Estafa. Falsificación de documento mercantil. Uso de nombre supuesto.** Apreciación de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 3 de Abril de 1982*.*
172. **Falta de hurto.** *Sentencia de 3 de Abril de 1982 (2ª).*
173. **Robo.** Tentativa. Circunstancia agravante de multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 19 de Abril de 1982 (2ª).*
174. **Estafa. Malversación de caudales públicos. Falsificación de docu-**

mento privado. Inexistencia de delitos, faltan los elementos constitutivos del tipo. *Sentencia de 22 de Abril de 1982 (2ª).*

175. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 22 de Abril de 1982.*
176. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 24 de Abril de 1982 (2ª).*
177. **Falta de hurto,** —tiron de bolso—. Se absolvió por el delito de robo por faltar la violencia exigida. *Sentencia de 24 de Abril de 1982 (2ª).*
178. **Falsificación de documento oficial.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Abril de 1982.*
179. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 26 de Abril de 1982 (2ª).*
180. **Delito contra la seguridad del tráfico:** a) Conducción sin permiso; b) Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Concurrencias de las circunstancias agravantes de doble reincidencia y reiteración. *Sentencia de 26 de Abril de 1982 (2ª).*
181. **Robo.** Consumación, aún cuando el procesado no consiguiera su propósito, por existir lesiones, —art. 512 del Código Penal—. Concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 9, nº 1 en relación con el art. 8, nº 1. *Sentencia de 26 de Abril de 1982 (2ª).*
182. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 26 de Abril de 1982 (2ª).*
183. **Aborto.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 27 de Abril de 1982 (2ª).*
184. **Lesiones.** Tipo agravado por parentesco. *Sentencia de 27 de Abril de 1982 (2ª).*
185. **Falta de perturbación del orden público.** *Sentencia de 27 de Abril de 1982.*
186. **Falsificación de documento de identidad. Falsificación de documen-**

- to oficial. Uso de nombre supuesto.** Circunstancia modificativa agravante de reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el artículo 318 del Código Penal. *Sentencia de 27 de Abril de 1982.*
187. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia en el primer delito y la de disfraz en el segundo. *Sentencia de 28 de Abril de 1982.*
188. **Robo con intimidación. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Abril de 1982.*
189. **Abandono de familia.** Inexistencia de delito al faltar la maliciosidad que la culpabilidad exige. *Sentencia de 29 de Abril de 1982.*
190. **Robo con fuerza en las cosas. Delito continuado.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Abril de 1982.*
191. **Lesiones graves.** Incapacidad laboral permanente. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 30 de Abril de 1982.*
192. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1982.*
193. **Intrusismo.** Acusación por delito y condena por falta del Artículo 572-1º del Código Penal. *Sentencia de 30 de Abril de 1982*.*
194. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 30 de Abril de 1982 (2ª).*
195. **Robo.** Ausencia de participación del procesado. *Sentencia de 30 de Abril de 1982 (2ª).*
196. **Hurto.** Ausencia de participación de la procesada. *Sentencia de 30 de Abril de 1982 (2ª).*
197. **Lesiones.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1982 (2ª).*
198. **Robo.** Ausencia de participación de los procesados. *Sentencia de 30 de Abril de 1982 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

6

6. APROPIACION INDEBIDA. La existencia de un préstamo y el no negar haberlo recibido excluye la antijuricidad de la acción del delito de apropiación indebida. *Sentencia de 15 de Enero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que el procesado A. S. S. ejecutoriamente condenado por delito de estafa en sentencia de fecha 8 de febrero de 1977, por delito de homicidio, en sentencia de 3 de diciembre de 1976 y por un delito de robo y dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor en sentencia de 14-2-76, el día 9 de octubre de 1980, encontrándose cumpliendo condena en la prisión provincial de esta ciudad, en régimen que le permitía la salida diurna, pues sólo pernoctaba en la cárcel, obtuvo del también recluso J. J. M. R. autorización escrita dirigida a D. M. G. O. subdirector del Banco de Bilbao en Palma de Mallorca para que hiciera entrega al procesado S. G. "el importe de un millón de pesetas del reintegro que contra la libreta de ahorros n° 93.364 de la agencia del Banco de Bilbao de Zabalburu" documento que suscribió el titular de la cuenta y conforme a sus expresas instrucciones la indicada suma fue entregada al procesado y sin que haya sido posible determinar la finalidad pretendida por las partes con la operación, ya que en aquellas fechas los padres de J. I. M. estuvieran en Palma, y éste fue puesto en libertad el día 24 de Diciembre de 1980 y en el aeropuerto aquél día le fueron entregadas por el S. G. cincuenta mil pesetas, en cambio si está acreditado que el resto de la suma recibida igual que un aparato tocadiscos y unas ropas valoradas en 271.700 pesetas de las que dispuso en provecho propio previo permiso sin que hasta la fecha las haya restituido, siquiera en documento privado de fecha 14 de agosto de 1981 suscrito por ambos se consigna que la cifra del millón fue entregada a título de préstamo y en ningún momento el deudor ha negado haberla recibido el metálico y los efectos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, con otra en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535 en relación con el artículo 528-1° del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. S. G. con la concurrencia de las circunstancias modificativas agravantes 14 y 15 de reiteración y reincidencia del artículo 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquél la pena de doce años de presidio mayor accesorias del artículo correspondiente e indemnización en las cifras que resulten al perjudicado J. I. M. R. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite sostuvo que las entregas del metálico y efectos fue incondicionado y a título de préstamo, por lo que queda desnaturalizado el delito de apropiación indebida y procede la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de apropiación indebida del artículo 535 en relación con el artículo 528-1º ambos del código penal, ya que del hecho de la denuncia formulada por el presunto perjudicado que señalaba el título concreto por el que había hecho entrega del metálico y la custodia de los efectos, en el curso del procedimiento se advierte una serie compleja de relaciones con el procesado que en ningún momento niega haber recibido el dinero y los efectos, pero si que la entrega fuera distinta a la de un préstamo con obligación de subvenir al pago de un fianza y un letrado al denunciante si a ello era requerido y al no haberse dado este supuesto, por una parte y por otra haber firmado con fecha de agosto de 1981 un documento privado que ambas han reconocido, en el que se contiene la afirmación rotunda que la idea del préstamo es la que presidió la entrega del dinero, es evidente que decae la antijuricidad de la acción y por ello procede la libre absolución del procesado.

CONSIDERANDO: Que los no responsables criminalmente de delito, no lo son civilmente y no vienen obligados al pago de las costas.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª. 142-239-240-272-741-742- de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos *ABSOLVER Y ABSOLVEMOS* al procesado A. S. G. en concepto de autor responsable del delito de apropiación indebida que venía acusado con declaración de oficio de las costas causadas. Póngase al procesado inmediatamente en libertad.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

7

7. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. Lugar destinado al culto. Autoría y encubrimiento. Concurrencia de la embriaguez no habitual como circunstancia atenuante, y no como eximente. La Sala hace uso de la facultad que se le concede en el artículo 2º del Código Penal. *Sentencia de 16 de Enero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que D. M. C. a la sazón de diecisiete años de edad y A. J. P. V., mayor de edad, ambos sin antecedentes penales, puestos de acuerdo en la noche del 8 de febrero de 1981, tras haber ingerido gran cantidad de bebidas alcohólicas que les llevaron a una alcoholemia no corriente en ellos ni buscada voluntariamente, se dirigieron a la casa del cura-párroco de B. y del zaguán de entrada cogieron las llaves de la Iglesia que se encontraban junto a los contadores, encaminándose a continuación hacia el templo y, penetrando en él con ayuda de las referidas llaves, se apoderaron de cálices, copones, candelabros y otros objetos destinados al culto y que fueron valorados en 1.656.000 pesetas, envolviendolo todo en una manta y dejandolo en un des-

campado escondido; seguidamente, procedieron a despertar a F. J. M. C., hermano de D., mayor de edad y condenado el 19 de Septiembre de 1980 por robos, utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, receptación y falta de hurto, así como a A. S. G. B., hermanastro de A. J., también mayor de edad y condenado en 1969 por delito contra la seguridad del tráfico y el 19 de Septiembre de 1980 por robo, a quienes relataron todo lo sucedido; los cuatro procesados decidieron entonces ocultar los efectos a fin de evitar el descubrimiento del hecho y por mediación del último citado entraron en contacto con A. M. S. mayor de edad, condenado en 1966 por conducción ilegal, en 1975 por abusos deshonestos y en 1976 por escándalo público, quien, puesto en antecedentes de lo acaecido y con aquella finalidad, trasladó todo lo sustraído a una finca sita en Cuarteradas 2 de Palma, donde posteriormente se recuperó en su original estado.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artículos 500, 504-4º, 510-2º, 505-3º y 506-2º y otro de receptación del 546 bis a), todos del Código penal, conceptuando autores del primero a D. M. C. y A. S. P. y del segundo a los tres procesados restantes, concurriendo en D. M. la atenuante 2º del artículo 9º, en F. J. M. y A. S. G. la agravante de reincidencia simple y en A. M. la de reiteración, por lo que solicitó contra el primero la pena de cinco años de presidio menor, para A. S. P. la de 10 años y un día de presidio mayor y para los tres restantes iguales penas de 4 años, 2 meses y 1 día de presidio menor y multa de 150.000 pesetas con arresto sustitutorio de 150 días en su caso; accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa de los procesados D. y F. J. M. C. en igual trámite, solicitó la libre absolución de éste por su no participación en los hechos y la condena de D. M., como autor del robo imputado, concurriendo las atenuantes 2º y 3º del artículo 9º, a la pena de 2 años, 4 meses y 1 día, o, alternativamente, la de 6 meses y 1 día de presidio menor.

RESULTANDO: Que la Defensa de A. S. P. V., en el mismo trámite, concordó la calificación de los hechos, estimando de aplicación la eximente incompleta del artículo 66, referente a apartado 1º del artículo 8º, en relación a la embriaguez no habitual, 2º del artículo 9º (sic), solicitando la pena de un mes y un día de arresto mayor.

RESULTANDO: Que las Defensas de los procesados A. S. G. B. y A. M. S., en igual trámite negaron los hechos y solicitaron la respectiva absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de un millón seiscientos cincuenta y seis mil pesetas, realizado en edificio destinado al culto, previsto y sancionado a través de los artículos 500, 504-4º, 505-3º, 506-2º y 510-2º del código penal en cuanto, que, según lo reconocido y confesado, así como lo averdado en causa, resulta patente un apoderamiento patrimonial de efectos destinados al culto y guardados en la Iglesia Parroquial de B., con lo que se da la agravación específica por razón de lugar, y perpetrado mediante la previa sustracción de las llaves legítimas a su propietario; en cambio, no aparece debidamente evidenciada la ejecución de un delito de receptación, pues para que éste se dé (artículo 546 bis a) es necesario, además de un conocimiento del hecho delictivo, el aprovechamiento lucrativo de los efectos del delito y así es de ver en sent. del T.S. de fechas 22 de enero y 24 de octubre de 1970, 28 de enero y 7 de marzo de 1980, aprovechamiento que no resulta claro de lo averdado, antes bien la actuación posterior de los tres últimos procesados se configura mejor como un favorecimiento a los autores materiales del robo, ocultando el cuerpo del delito e impidiendo su descubrimiento, con lo que pierden autonomía tales actuaciones y se sitúan en el plano de la participación posterior y subsidiaria del encubrimiento previsto en el ordinal 2º del artículo 17 del texto punitivo.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autor los procesados D. M. C. y A. S. P. V. por la realización material y directa de los hechos y en concepto de encubridores, según lo dicho, los demás procesados F. J. M. C., A. S. G. B. y A. M. S.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante 2ª del artículo 9º respecto al D. M., habida cuenta de que, al cometer el hecho, contaba sólo diecisiete años; en los dos autores, D. M. y A. J. P. concurre asimismo la atenuante de embriaguez, 3ª del mismo artículo 9º, pues los procesados se hallaban, en el momento, afectados por una alcoholemia, no habitual en ellos, ni provocada o preordenada al delito, aunque en modo alguno quepa elevarla a la categoría de trastorno mental transitorio pues ni fué tal su intensidad ni produjo la obnubilación psíquica que se precisa para la aplicación del privilegio contenido en el artículo 66 en relación con los ordinales primeros de los artículos 8 y 9, a la luz de la moderna doctrina jurisprudencial contenida en sents. de 5 de marzo de 1980 y 26 de enero de 1981 (así lo distingue la de 24 de abril de 1980); por último, concurren, asimismo, a la vista de los antecedentes penales de los procesados según lo dicho, la agravante de reincidencia simple (artículo 10 pfrº 15) en F. J. M. C. y A. S. G. B. y la de reiteración (14ª del artículo 10) en A. M. S.

CONSIDERANDO: Que ante todo lo expuesto, procede imponer legalmente las siguientes penas: D. M. C., presidio menor en grado medio, de acuerdo con el arbitrio que permite el artículo 65 del código; a A. J. P. V., presidio mayor en grado máximo (y en él el mínimo) al no poder compensar la atenuante y la agravante por ser ésta específica (sents. 12 de marzo 1954, 20 junio 1966, 22 de marzo 1972); a los tres encubridores presidio menor en grado medio, por efecto del juego en los artículos 54 y 61 regla 2ª (así sents. 8 de febrero 1980, 26 enero de 1981 y 12 de febrero del mismo año, en cuanto explican la forma de rebajar las penalidades), si bien con distinta intensidad en cuanto deben valorarse los móviles que guiaron a todos ellos, dando mayor realce minoratorio de responsabilidad a quienes les unía un vínculo de parentesco con los autores y tendieron, humanamente, a su protección.

CONSIDERANDO: que la pena que se impone al procesado A. S. P. V., es considerada por este Tribunal como notablemente excesiva atendido la total e inmediata recuperación de todo lo sustraído y la carencia de antecedentes penales, en comparación, además, a las otras que se imponen lo que determina un injusto agravio cuantitativo, aún reconociendo que la legalidad actual lo impone, por ello, haciendo uso de lo que previene el artículo 2º del código, la Sala se dirigirá al Gobierno exponiendo dichas razones y solicitando quede aquélla reducida a la de seis años y un día de presidio mayor que parece más adecuada.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61 reglas 2ª y 3ª-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado D. M. C., en concepto de autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de un millón seiscientos cincuenta y seis mil pesetas, perpetrado en edificio destinado al culto, con la concurrencia de las circunstancias modificativas atenuantes de ser menor de dieciocho años y de hallarse en estado de embriaguez, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; debemos condenar y condenamos a A. J. P. V., como autor responsable del mismo delito, concurriendo la atenuante de embriaguez, a la pena de diez años y un día de presidio mayor, con la accesorias legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, solicitando indulto parcial al Gobierno, según lo expuesto en el Considerando 5º, a fin de que quede reducida la penalidad a la de seis años y un día; asimismo debemos condenar y condenamos a F. J. M. C., A. S. G. B. y A. M. S. como encubridores del delito imputado concurriendo en los dos primeros la agravante de reincidencia simple y en el último la de reiteración, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor a cada uno de los nombrados M. y G. y la de tres años de presidio menor al A. M. y accesorias a los tres de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de condena.

Los procesados abonarán por quintas e iguales partes las costas causadas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos los autos consultados en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contienen.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

18

18. FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. Firma propia en talón ajeno. Ausencia de reiteración por rehabilitación según lo establecido por Ley 81/78 (BOE 12-1-1979). *Sentencia de 25 de Enero de 1982 (2ª).*

RESULTANDO probado y así se declara expresa y terminantemente: que el día 14 de octubre de 1978, en ocasión de que el procesado J. M. P., se encontraba por la tarde en el Club Tiro de Pichón de Palma, donde después de tirar, algunos de los socios acostumbraban a jugar a las cartas, como quisiera tomar parte en una partida del juego llamado "poker", en el que aunque se acostumbra a emplear fichas, los jugadores depositan como garantía de sus pérdidas bien dinero, bien talones bancarios en blanco para ser rellenados una vez conocido el importe final de aquellas y no tuviera consigo ni dinero ni su propio talonario, solicitó de su amigo J. C. P., que jugaba en otra mesa, que le diera un talón a estos fines, a lo que accedió este con la condición de que el préstamo que supondría en caso de pérdida el relleno y firma de su talón no podría pasar de 15.000 ptas., entregándole un talón en blanco contra su cuenta corriente indistinta con su esposa en el Banco de Crédito Balear, el cual el procesado depositó en la partida de poker sin manifestar su procedencia. Finalizada ésta y como las pérdidas del procesado se elevaron a 325.000 ptas., este sin acudir a su amigo relleno por sí mismo el citado talón con la cifra indicada, datándolo al 30 de octubre siguiente y firmándolo con su propio nombre y rúbrica, lo entregó a los jugadores, correspondiendo, al hacer las cuentas, al acusador particular G. G. L., el que llegado el día del vencimiento sin haber recibido mas noticias del procesado y creyendo que el talón correspondía a cuenta corriente de la que era titular su deudor, lo presentó al cobro en el Banco, no consiguiéndolo por no conformidad de la firma, por lo que lo protestó con gastos de 669 ptas. El procesado que aún no ha satisfecho su deuda de juego, había sido condenado en 7-11-1961 por delito de hurto y tres de robo en grado de frustración, si bien ha sido rehabilitado, cancelándose sus antecedentes penales en 8-9-1972.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del art.º 303, en relación con el 302, número 2º y 9º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. M. P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquel las penas de seis meses y un día de presidio menor y multa de 30.000 ptas. con responsabilidad personal subsidiaria por impago, accesorias del art.º 47 e indemnización de 669 pesetas al perjudicado G. G. L. y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en el mismo trámite se mostró en un todo conforme con las peticiones de la acusación pública, solicitando, además la inclusión de la condena en costas de esta acusación.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite, negando el relato de hechos de las acusaciones y estimando que los realizados por su patrocinado no son constitutivos de delito, solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados que han sido determinados por la apreciación en conciencia del Tribunal de las pruebas practicadas en el juicio oral, integran un delito de falsedad en documento mercantil, definido en el art. 303 en relación con el número 2º del artº. 302 y castigado en el primero de ellos con las penas de presidio menor y multa de 20.000 ptas. a 200.000 ptas., pues de su relato aparece que el culpable supuso en el libramiento de un talón —que es "per se" documento mercantil, regulado como título valor en el Código de Comercio— la intervención del titular de la cuenta corriente bancaria, con el dolo genérico de alteración de la verdad suficiente a esta figura delictiva (S. S. de 7-5-1962 26-3-1969, 20-1-1975 y 28-5-1975, entre otras muchas), sin que sirva a invalidar este dolo el que el culpable firmara el talón con su propio nombre, pues debiendo necesariamente ir firmados los cheques o talones por su titular, el mero hecho de firmarlo, supone el hacer creer en la intervención de aquel y la consiguiente simulación de intervención de persona distinta de la que intervino realmente.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. M. P., del delito calificado, por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que este Tribunal, impone las penas señaladas en la extensión que estima procedente, en aplicación de la regla 4ª del artº. 61.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente uniéndose además obligado al pago de las costas por ministerio de a ley, incluidas las de la acusación particular al haber sido acogidas íntegramente sus pretensiones, en aplicación del artº. 802, segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTAS Las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61 regla 4ª, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. M. P., en concepto de autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de *seis meses y un día de presidio menor y multa de veinte mil pesetas*, sustituible por veinte días caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido G. G. L. la suma de 669 ptas. y al pago de costas, incluidas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró solvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

51. FALSIFICACION DEL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD. FALSIFICACION EN DOCUMENTO MERCANTIL. ESTAFA. Consumación y frustración. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

RESULTANDO: probado y así se declara: que el procesado J. M. V. M. ejecutoriamente condenado en sentencia 22-6-1973 por delito de estafa y falsedad en 30-10-1972 por delito de falsedad documento mercantil y falta de estafa, en 10-9-1977 por delito de hurto, en sentencia de 8-6-1973 por delito de falsedad y estafa, en 14-12-1972 por falsedad documento mercantil, en 13-5-1975 por delitos de estafa y falta de estafa y cinco delitos de falsedad, en 27-6-1972 por delito de estafa, en 16-2-1979 por delito de estafa y en sentencia 3 de diciembre de 1974 por dos delitos de falsedad economista en esta ciudad Palma cometió los siguientes hechos: A) el día 28 de octubre de 1980 se personó en la agencia de Viajes O. sita en la Avenida Nacional del A. regentado por E. A., solicitando el cambio de tres travelcos cheques por un importe de 300 francos suizos, así como que se le facilitara un billete de avión a Barcelona por un importe éste de 2.725 pts., consiguiendo su propósito mediante su identificación con una carta de identidad francesa a nombre de A. L., en la que previamente había colocado su fotografía; los travelcos cheques fueron devueltos impagados por el Banco de Bilbao, sufriendo la agencia de viajes atendido el cambio oficial del franco suizo en aquella época, 13.499 pts., en concepto de perjuicios. B) el siguiente día 29 de octubre de 1980, se personó dicho procesado en la agencia de viajes H. B. sita en la Ada. B. R. propiedad de A. M. M., ofreciendo cambiar dos euro-cheques de trescientos marcos cada uno de ellos, al cambio oficial 12.000 pts., y para obtener el metálico en moneda española exhibió una tarjeta de crédito, y al observar la empleada que los cheques de la Sparkarse de Bonn su numeración no coincidía con los de la tarjeta de crédito, por lo que le exigió la documentación personal presentando un carnet de conducir alemán, en el que la fotografía era del procesado y la fecha de nacimiento 1949 que no coincidía con los 52 años de aquel, comprobándose después que no ocupaba la habitación que decía en el hotel O. y con la natural alarma, el propietario de la agencia avisó a la policía y advertido de ello el procesado salió huyendo y en sus prisas dejó una cartera que contenía los siguientes documentos; un carnet de conducir alemán n° 14.703/68 a nombre de R. P. M. expedido en F. con su fotografía; una carta nacional de identidad francesa a nombre de N. D. H. nacido en D. n° 751.953 con su fotografía; otra carta nacional del mismo país a nombre de A. L. S. n° 781.666 con su fotografía carta de identidad alemana a nombre de O. D. Dr. B. carta n° 4930551 igualmente con su fotografía, también se encontraron cinco cartas de crédito tres de ellas a nombre de N. D. H. pertenecientes a M. B., Barclayscard Visa y Acces de Master Charge en periodo de validez; otra de ellas a nombre de R. P. de K. en periodo válido y la otra a nombre de O. B. de la S. de B., además encontraron seis eurocheques de la Kreissparkasse dos de ellos ya rellenos por un valor de seiscientos marcos y otros documentos entre ellos el propio documento nacional de identidad del procesado, tarjetas de socio de salas de bingos y varios más que no merecen su reseña.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de cuatro delitos de falsedad en documento de identidad del art. 309 del C. penal, cuatro delitos de falsedad en documento mercantil del art. 303 y dos delitos de estafa del art. 529 n° 1° y 528-3° y 4° del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. M. V. M. con la concurrencia la circunstancia modificativa agravante de reiteración y reincidencia 14 y 15 del art° 10° del Código penal por lo que solicitó contra aquel cuatro penas de seis meses de arresto mayor y multa de 40.000 pesetas de multa con arresto sustitutorio de 60 días caso de impago, por los delitos

de falsedad en documento de identidad; cuatro penas de seis años de presidio menor y multa de 200.000 pesetas por cada uno de los delitos de falsedad en documento mercantil con arresto sustitutorio de sesenta días de arresto caso de impago, otra pena de un año de presidio menor por un delito de estafa y otra de seis años de presidio menor por el otro delito de estafa accesorias del artº correspondiente e indemnización pertinentes al perjudicado E. A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite según su personal versión de los hechos solicitó la libre absolución de los hechos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran cuatro delitos de falsedad en documento de identidad del artº 309 del Código penal, tres delitos de falsedad en documento mercantil del artº 303 en relación con el artº 302 y dos delitos de estafa de los artº 529 nº 1 en relación con el artº 528 3º y 4º uno en grado de consumación y otro en grado de frustración; por cuanto el procesado obtuvo por medios desconocidos hasta cuatro cartas de identidad de diferentes nacionalidades, en las que habitualmente sustituía la fotografía del titular por la propia, haciendo uso de cualquiera de ellas a conveniencia; concurren los tres delitos antedichos de falsedad en documento mercantil, por cuanto en dos ocasiones en esta ciudad de Palma una de ellas con resultado positivo, la otra sin conseguir su propósito y en otra le fueron ocupados documentos de aquella clase, como son los cheques travellicos y eurocheques que le fueron ya dispuestos para su uso, es decir cumplidos los requisitos formales para su utilización, lo que integran la figura delictiva examinada; por último se dan los requisitos de la estafa con el resultado que se dice en el primer caso en la cuantía de 13.499 pts; en el segundo no consiguió el resultado apetecido por causas independientes a su propia voluntad o intención.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. M. V. M. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la concurrencia de las circunstancias modificativas agravantes de reiteración y reincidencia números 14 y 15 del Código penal ya resultan de la hoja histórico penal del procesado.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. M. V. M. en concepto de autor responsable de cuatro delitos de falsedad en documento de identidad, tres delitos de falsificación de documento mercantil y un delito de estafa consumada en cuantía de trece mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas y otro también de estafa en grado de frustración con la concurrencia de la circunstancias modificativas agravantes de reiteración y de reincidencia en todos los hechos a las siguientes penas: cuatro penas de seis meses de arresto mayor y tres multas de cuarenta mil pesetas para cada uno de dichos delitos con arresto sustitutorio de cuarenta días caso de impago; tres penas de seis años de presidio menor y tres multas de cien mil pesetas para cada uno de los delitos de falsificación de documentos mercantiles, caso de impago de las multas impuestas se le impone el arresto sustitutorio de cincuenta días por cada multa impuesta; por el delito de estafa consumada se le impone la pena de seis meses de arresto mayor y la de un mes y un día de arresto mayor por el delito frustrado, sin que en ningún caso pueda cumplir más del triple de la mayor que se le impone a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante la condena a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido E. A. la suma de trece mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese la pieza de responsabilidad civil del Instructor.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

52

52. CALUMNIA. HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESION. Carácter circunstancial del delito. Ausencia de ánimo difamatorio. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que F. M. C., mayor de edad, sin antecedentes penales, que en abril de 1980 ostentaba el cargo de Secretario de Actas del Comité de Empresa del Aeropuerto de Palma de Mallorca y miembro de la sección de Sanidad e Higiene, remitió, en calidad de tal y vistas las quejas que por distintos medios iban llegando a su conocimiento, una carta a los rotativos locales "Última Hora", "Diario de Mallorca" y "Balears" quejándose de que la empresa "T.", concesionaria de los servicios de Restaurante del citado Aeropuerto, servía alimentos en defectuosas condiciones higiénicas y carne agusanada, misiva que tenía por objeto la pública denuncia de esa situación y la toma de conciencia por parte de las autoridades competentes. Los médicos del Aeropuerto informaron sobre falta de higiene, manipulación inadecuada de alimentos y cruces entre basura y comidas.

RESULTANDO: que el Ministerio Fiscal, en conclusiones definitivas, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito, solicitando la libre absolución del acusado.

RESULTANDO: Que la acusación particular en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de calumnia propagada por escrito y con publicidad, prevista en el artículo 453 en relación con el 463 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado F. M. C., sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de 4 años de prisión menor y multa de 150.000 pesetas, accesorias legales e indemnización de una peseta al perjudicado "Cooperativa T." y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa del procesado, en igual trámite impetró la libre absolución del mismo por no ser los hechos delictivos.

CONSIDERANDO: Que ante la clara garantía constitucional que representa el artículo 18-1 del texto Fundamental de 31 de octubre de 1978, en orden "al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", el artículo 20-1-A del mismo texto reconoce y protege el derecho a "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, escrito o cualquier medio de reproducción", libertad que encuentra su límite precisamente, entre otros, en el derecho al honor y a la propia imagen (ordinal 4 del propio artículo) y su correctivo punitivo en los delitos que prevé el libro II, Título X, del código penal, castigando tanto la atribución de defectos o vicios que menosprecien o desacrediten a una persona, como la mendaz imputación de unos hechos que, de ser ciertos, constituirían delito público. Ahora bien, tales delitos, como expresiones de unas libertades colisionantes, tienen un fondo esencial y básicamente culpabilístico, de-

biendo exigirse un "plus" de intencionalidad y así lo ha visto nuestro Tribunal Supremo, en sentencia del 8 de febrero de 1981, cuando requiere "la presencia de los elementos anímicos relacionados con la conciencia y voluntad del acto que se realiza y su falsedad y además la concurrencia de un ánimo tendencial de contenido difamatorio" y de ahí que, como delito circunstancial, sea forzoso tener en cuenta "la personalidad del sujeto activo y caracteres del pasivo", "las relaciones o vinculaciones entre los mismos" y "la repulsa del ente social en cuyo entorno se realiza la actividad del ataque al bien del honor".

CONSIDERANDO: Que, a la luz de lo anterior, la cualidad del acusado en su actuación como miembro de un comité de empresa y encargado de seguridad e higiene, las circunstancias anteriores de quejas constantes por parte de trabajadores y empleados respecto a la mala calidad de los alimentos que se servían en el Restaurante, los informes médicos emitidos en orden a una falta de higiene y manipulación inadecuada de tales alimentos, ausencia de limpieza general y existencia de basuras cerca de las comidas, son razones todas que condicionan, eliminándolo, el ánimo tendencial difamatorio y lo sitúan en su verdadero contexto del afán de denunciar públicamente, desde posturas oficiales o cuasioficiales, un estado de cosas que se reputa inaceptable, a fin de que, por quien corresponda, se tome conciencia de los remedios que sean necesarios, aunque; tal denuncia pública, implique, en principio, una dejación voluntaria de la vía jurisdiccional adecuada.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, procede apreciar la inexistencia del delito de calumnia imputado, con la consiguiente absolución del acusado y declaración de oficio de las costas.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado F. M. C., del delito de calumnias imputado, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra su persona o bienes declarando de oficio las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

53

53. ESTAFA. Ausencia de conducta típica. No queda probada la connivencia entre los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que el procesado B. G. T. ejecutoriamente condenado el 27-5-68 por un delito de imprudencia simple a la pena de un mes y un día de arresto mayor, el día 23 de febrero de 1978 mediante escritura pública otorgada ante el Notario de F. Don J. L. A. de la Madrid, adquirió una parcela de terreno de 850 metros y edificación existente en la misma de la Urbanización T. M. del término municipal de A., siendo vendedor otro procesado R. T. no juzgado en este acto, que obraba en nombre y como representante de E. B. y esposa del que tenía poder bastante para enajenar desde el

día 15 de octubre de 1975, y aseguró no le había sido revocado. El precio convenido para la compra-venta fue el de quince millones de pesetas que fue abonado parte mediante documento privado y el resto hasta más de diez millones de pesetas en la notaría, conseguidos siete de ellos por el procesado de P. B. M.; realizada la operación antedicha el procesado rebelde se ausentó de la isla y remitió una carta a E. B. en la que le comunicaba la venta por el precio de quince millones y que en su día le rendiría cuentas del precio. A las pocas fechas E. B. denunció mediante carta a la guardia civil de P. del día 16 de marzo de 1978 que a su apoderado le había "estafado" la suma de quince millones de pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como no constitutivos de delito para el procesado en esta causa juzgado en el día de hoy B. G. T. para el que solicitó la libre absolución.

RESULTANTO: Que la acusación particular con su propia versión de los hechos, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 529-1º en relación con el artículo 528-1 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado B. G. T. con la concurrencia de la circunstancia modificativa de multirreincidencia por lo que solicitó contra aquél la pena de doce años y un día de presidio mayor, accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 15.000.000 de pesetas al perjudicado E. B. y esposa y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite solicitó la libre absolución del procesado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de estafa de los artículos 529-1º en relación con el artículo 528-1º ambos del código penal, porque la ausencia del procesado rebelde, no permite estimar acreditados, o sea como realidad, más que la descrita, o sea que el procesado B. G., los primeros meses de 1978, cualquiera fuera su situación económica tenía determinado crédito y obtuvo una cantidad importante para el pago del precio de la compra del inmueble y este extremo incontrovertible, que la propia acusación no ha podido desconocer, hace que sea razonable dudar que dejara de abonar la totalidad del precio que afirma que fue el estipulado y ante la falta de pruebas decisivas, siempre necesarias en materia penal que acrediten la confabulación entre el procesado rebelde y el ahora juzgado en perjuicio del acusador procede sin más declarar la libre absolución de B. G.

CONSIDERANDO: Que los no responsables criminalmente de delito, no lo son civilmente y procede declararlas de oficio.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado B. G. T. del delito de estafa que venía acusado con declaración de oficio de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

114

114. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. El concepto de casa habitada no se da cuando al procesado le consta la ausencia de sus moradores. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que R. M. R. y M. C. S., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en la noche del catorce de agosto de 1981, sin que conste se hallaban afectados por intoxicación etílica, puestos de acuerdo y tras haber comprobado que los moradores de la vivienda sita en la calle C. n.º 14-1.º de M. se hallaban ausentes, penetraron en el piso previo forzar el M. la puerta de entrada con un destornillador causando desperfectos valorados en mil pesetas y de su interior se apoderaron de objetos de plata y joyas por valor de 313.100 pesetas, que metieron en una bolsa que portaba el C. S. y escondieron después en casa del primer procesado, siendo al fin recuperado en su totalidad y entregados a su propietaria —y ocupante del inmueble— J. G. G.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artículos 500, 504-2.º, 505-3.º y 506-2.º todos del Código Penal; del que conceptuó autores a los dos procesados, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquéllos la pena de 10 años y un día de presidio mayor para cada uno, accesorias legales e indemnización de mil pesetas a la perjudicada J. G. G. y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa de R. M., en igual trámite, concordó los hechos y apreció la concurrencia de las circunstancias atenuantes 2.ª y 8.ª del artículo 9.º del código, solicitando la imposición de una pena de seis meses y un día de presidio menor e indemnización de 500 pesetas a J. G. G.

RESULTANDO: Que la Defensa de M. C., en el mismo trámite, consideró la condición de éste como cómplice del robo acaecido, concurriendo la atenuante 2.ª del artículo 9.º y solicitando una pena de seis meses y un día de presidio menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de 313.100 pesetas, tipificado y punido a través de los artículos 500, 504-2.º y 505-3.º del código penal, al constar adverbado plenamente un apoderamiento, mediante violencia material ejercida sobre la puerta de acceso, de bienes muebles de ajena pertenencia justipreciados en aquel montante y perpetrado con evidente y no negado ánimo de adueñamiento, con lo que concurren todos los requisitos del tipo legal; sin embargo, es descartable la agravación específica, recogida en el párrafo 2.º del artículo 506 y apreciada por la acusación pública, toda vez que, como ha quedado demostrado, los autores de la sustracción conocían perfectamente que la casa se hallaba en aquellos momentos deshabitada por encontrarse su moradora de viaje, lo que desnaturaliza la "ratio essendi" agravatoria que, según unánime doctrina y jurisprudencia (sentencia 22 de febrero de 1972, 17 de diciembre de 1973, 8 de febrero de 1975), vale como consideración al riesgo posible para las personas que habitaban el local, determinando en el culpable una más decidida voluntad de afrontarlo con todas sus consecuencias, condiciones que, como se ha visto, no se dan en el caso de autos, donde resultaría ilógico agravar la penalidad por casa habitada a quien espera que se deshabilite para penetrar en ella.

CONSIDERANDO: Que ambos procesados son responsables en concepto de autor del delito antedicho, al quedar evidenciado el "pactum scaeleris" (sentencias 16 enero, 4 y

5 de febrero de 1980 y 26 de febrero de 1981), una común participación y un posterior aprovechamiento, sin que, en modo alguno, quepa calificar de cómplice a M. C. S., cual pretende su defensa, pues acudir al lugar, acceder al piso, colocar los efectos en la bolsa que portaba y transportarlos al domicilio del otro procesado son actos típicos y esenciales en la realización delictiva (sentencias 23 y 24 de abril de 1980, 3 de febrero de 1981).

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues éstas deben quedar tan probadas como el hecho mismo (sentencias 11 y 25 de febrero de 1980) y es lo cierto que la pretendida embriaguez de los encausados, que justificaría de darse la aplicación del artículo 9º 2º, ha quedado huérfana de toda adveración y surge simplemente de la manifestación de aquéllos en juicio oral, desconociéndose, consiguientemente, elementos tan importantes como sus causas intensidad e influencia, en contra de una dinámica delictiva que no la hace presumible desde luego; como también es denegable la aplicación del párrafo 8º del artículo 9º en orden a un pretendido arrebató de los sujetos activos, arrebató que, en cualquier caso, dependería de un estímulo exterior grave, ilícito y capaz (sentencias 17 de enero, 4 de febrero, 7 y 31 de marzo de 1980) y no se alcanza a determinar cuál pudo ser el motivo que "naturalmente" impulsara a la comisión del delito de robo imputado.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61 regla 4ª.- 101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados R. M. R. y M. C. S., en concepto de autores responsables de un delito de robo con fuerza en las cosas, por cuantía de trescientas trece mil cien pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno, de seis años y un día de presidio mayor, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; a que por vía de indemnización de perjuicios abonon solidariamente a la ofendida J. G. G. la suma de mil pesetas y al pago por mitad de costas.

Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor las correspondientes piezas de responsabilidad civil y hágase entrega definitiva de los efectos recuperados.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Nota: Notificada la sentencia, se interpuso contra ella recurso de casación.

122

122. ESTAFA. Diferencias con el delito de cheque en descubierto. Aggravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO probado y así se declara que el procesado A. R. R., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de 27 de julio de 1979, dictada por el Juzgado de Inca por delito de cheque en descubierto a la pena de 20.000 ptas. de multa, y en sentencia de 17 de diciembre de 1979, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma, por idéntico delito, a la pena de 10.000 ptas. de multa, el día 9 de junio de 1980, entró en relaciones comerciales con el representante en esta ciudad de la entidad "S.A. C.", y fingiendo una solvencia económica de la que carecía consiguió que el día 13 del mismo mes y año, la mencionada entidad le suministrara diversos productos que fabricaba, consistentes en jabones y detergentes, por un valor y precio total de 224.658 ptas., cantidad a pagar por el procesado en efectivo y al contado, a pesar de cuyo pacto, el procesado entregó el mismo día trece, a los repartidores de la entidad vendedora, un cheque por esa cantidad y fecha de vencimiento o cobro, 14 de junio de 1980 que en ese día no pudo ser hecho efectivo por carecer de fondos el procesado. El día 16 siguiente, el representante de la entidad suministradora, se entrevistó, con el procesado quién le prometió el pronto pago, advirtiendo el mencionado representante la existencia de la mercancía servida en las dependencias comerciales del procesado; prosiguió dichas gestiones el siguiente día 17, advirtiendo que las mercancías habían desaparecido, no habiendo sido recuperadas ni pagado por el procesado el precio de las mismas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de estafa de los artos. 529-1º y 528-2º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. R. F., con la concurrencia de la agravante de reincidencia simple del nº 15 del artº. 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquel la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de presidio menor accesorias del artº. 47 e indemnización de 224.658 pesetas al perjudicado "S.A. C." y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite estimando que los hechos no constituyen delito, o en todo caso un delito de cheque en descubierto, solicitó la libre absolución del acusado o bien una condena a 150 ptas. de multa.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de estafa previsto y penado en los artos. 529-1º y 528-2º del Código Penal y cuantía de 224.658 ptas. teniendo dicho tipo delictivo entidad independiente del delito de cheque en descubierto, pues el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 1976, entre otras, establece esta posibilidad, cuando el ofendido realiza una prestación o desplazamiento patrimonial, libremente, pero con el consentimiento o voluntad viciados por la injustificada confianza inspirada por la correlativa dación del cheque por parte del agente, que en el supuesto enjuiciado, la entidad ofendida entregó las mercancías sobre la base de cobrarlas en efectivo y al contado, siendo engañado por el procesado que le entregó después de aparentar una solvencia de la que carecía, un cheque que no fue abonado por falta de fondos, vendiendo posteriormente las mercancías y aprovechándose de su importe.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. R. F. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia simple prevista en el nº 15 del artº. 10 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal, los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. R.F., en concepto de autor responsable de un delito ya definido de estafa por cuantía de 224.658 ptas. con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia simple, a la pena de cuatro años; dos meses y un día de presidio menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida entidad "S.A. C." la suma de 224.658 ptas. y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. En cuanto a la solvencia del procesado se estará a lo que resulte de la pieza de responsabilidad civil, que será terminada por el Instructor con arreglo a derecho.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

157

157. ABANDONO DE FAMILIA. Ausencia de conducta típica. Falta de pruebas sobre la posibilidad por parte del denunciado de cumplir con los deberes conyugales. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que el procesado F. M. R. contrajo matrimonio el día 30 de diciembre de 1978 con A. C. R. fijando su domicilio en la ciudad de Ibiza y a mediados del mes de marzo de 1979 la esposa en estado de gravidez se ausentó del hogar conyugal llevándose las ropas del ajuar y se fue a vivir con su madre, el mes de agosto el procesado marchó a Ceuta para prestar el servicio militar y la mujer dio a luz el día 19-11-1979 a un varón que se le puso el nombre de M. A. y desde entonces ninguno de ellos se preocupó respecto a las respectivas necesidades, sin que la denunciante hiciera indagaciones o reclamaciones al procesado salvo la denuncia. El procesado carece de instrucción y no consta haya tenido trabajo después de haber prestado el servicio militar.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal con otra versión en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de abandono de familia del artº 487 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado F. M. R. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor y multa de 25.000 pesetas con arresto sustitutorio de 25 días caso de impago accesorias del artº, correspondiente y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de abandono de familia del Art. 487 del Código penal, figura delictiva, establecida para proteger las finalidades básicas de la institución y que supone dejar de cumplir, pudiendo hacerlo, las obligaciones que de ser miembro se desprenden; en el presente caso, el abandono del hogar a los pocos meses de contraído el matrimonio, según quedó demostrado en el acto del juicio oral, fue la esposa la que se ausentó llevándose el ajuar más personal y a los cinco meses de ello se marchó el marido para cumplir el servicio militar estimar abandono de éste último equivaldría ser el conyuge denunciado siempre el responsable de la infracción, lo que es inaceptable; por otra parte el precepto supone incumplimiento de prestaciones cuando ello sea posible y no hay datos que el procesado en ningún momento, contraído el matrimonio haya podido ayudar a la esposa y al hijo, sin que pueda apreciarse maliciosidad en su comportamiento una vez prestado el servicio militar dadas las circunstancias expuestas marchar aquella a los pocos meses de convivencia, razones que hacen inaplicable el precepto citado y que obligar a la absolución del acusado.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3.^a - 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado F. M. R. con declaración de oficio de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

167

167. APROPIACION INDEBIDA. Existencia de "animus rem sibi habendi". Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 2 de Abril de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que el procesado F. J. S. M., mayor de edad, sin antecedentes penales, trabajaba como empleado en la empresa V., S.A. sita en el edificio B. de Palma, en la calle de las A. nº 5, Illetas (Calviá) de la que es director P. J. M. N. y en tal calidad de empleado le fueron entregados al procesado con fechas 11 y 21 del mes de septiembre de 1981, las cantidades de 175.725 y 752.679 pesetas respectivamente, la primera por el contable de la empresa y la segunda por el recepcionista de la misma para que las ingresara en sendas entidades bancarias, sin que cumpliera el encargo conferido, pues, con ánimo de beneficiarse, y faltando a la confianza en él depositada, se quedó con dichas cantidades, que gastó y perdió en juegos de azar en un bar del barrio de la Soledad, de Palma y en el Casino Sportin Club de Mallorca; posteriormente, con fecha 29 del mismo mes, le fueron entregadas 923.700 pesetas en divisas para que las

cambiara por cuenta de la empresa en una entidad bancaria, haciéndolo en el Banco Zaragozano de Palma, y con el mismo móvil que en los casos anteriores, quebrantando igualmente la confianza depositada, se quedó con dicha cantidad en beneficio propio, que gastó en el juego, viajes a Valencia y Barcelona y otras atenciones particulares, sin que se haya recuperado parte alguna de las cantidades expresadas. El procesado, sintiendo hondo pesar y a estímulos propios de arrepentimiento, se presentó a la Guardia Civil, donde confesó los hechos antes de conocer la iniciación del proceso penal.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en los artículos 535 y 528-1º del Código Penal del que conceptuó autor al procesado F. J. S. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de ocho años de presidio mayor accesorias del artículo correspondientes e indemnización de 1.852.104.- pesetas a la entidad perjudicada V., S.A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, sostuvo que concurren en los hechos dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: atenuante 9 del artículo 9 del Código Penal de arrepentimiento espontáneo y la 8 del mismo artículo, de arrebató u obcecación, solicitando para su patrocinado la pena de dos años cuatro meses y un día de presidio menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito continuado de apropiación indebida de los artículos 535, 528-1º y 69 del Código Penal, en cuantía de 1.852.104 pesetas, toda vez que, con unidad de ideación delictiva pluralidad de actos y homogeneidad de medios, el procesado recibió dinero con obligación de entregarlo o devolverlo, haciéndolo suyo e incorporándolo con intención definitiva y ánimo de lucro a su propio patrimonio, causando perjuicio a otro, conducta que al exceder la defraudación de 600.000 pesetas es castigada con presidio mayor a tenor del referido artículo 528 del Código Punitivo.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo, 9º del artículo 9 del Código Penal, ya que ha sido probado que el procesado, movido por estímulos propios y experimentando hondo pesar y profundo arrepentimiento, se presentó a la Guardia Civil confesando su delito antes de conocer la iniciación del proceso penal; en cambio no es de apreciar la atenuante de arrebató u obcecación 8ª del mismo artículo, pues la constante y reiterada jurisprudencia tiene fijadas, las normas determinadas y precisas para su aplicación exigiendo que el estímulo generador del arrebató u obcecación sea poderoso e inmediato, con tan súbita viveza que perturbe momentáneamente la inteligencia y sobreexcite la voluntad del que la sufra, atendiendo tanto a las circunstancias objetivas del hecho en sí, como a las subjetivas del autor del delito en el momento de su ejecución y que el impulso no nazca del hecho o acto alguno contrario a la moral, requisitos claramente ausentes en el caso enjuiciado.

CONSIDERANDO: lo previsto en el párrafo 2º del artículo 2º del Código Penal respecto a la procedencia de acudir al Gobierno cuando con la aplicación de los preceptos legales pertinentes la pena a imponer resulte notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia, el arrepentimiento, la carencia de antecedentes y la edad del procesado, parecer oportuno hacer uso de tal posibilidad en relación con el caso de autos y proponer al Gobierno la conmutación de aquella pena por otra, cuya extensión y grado se dirán tal y como dispone la Real Orden de 14 de abril de 1866.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3º.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado F. J. S. M. en con-

cepto de autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, en cuantía de un millón ochocientos cincuenta y dos mil ciento cuatro pesetas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo, a la pena de seis años y un día de presidio mayor a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido la entidad V., S.A. la suma de un millón ochocientos cincuenta y dos mil ciento cuatro pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Una vez firme esta resolución, dése cuenta para elevar propuesta al Gobierno su solicitud de que la pena privativa de libertad impuesta a F. J. S. M. le sea conmutada por la de tres años de presidio menor, con las accesorias, indemnización y costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

170

RECEPTACION. Desconocimiento de la procedencia ilícita; precio normal de compra. *Sentencia de 3 de abril de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara; que el procesado A. C. S., de profesión joyero, propietario del establecimiento dedicado a la compraventa de objetos de oro y plata usados, sito en la calle N. 3 piso 1º de esta ciudad, y de la que está encargado en su ausencia, como empleado el otro procesado A. F. M., con las instrucciones concretas referentes al precio que puede pagar por los objetos que le ofrezcan en venta, y que los asientos en el libro registro de operaciones obligatorio para estos negocios sólo el dueño puede anotarlos en su ausencia y conforme, a estas normas, encontrándose sólo el encargado un día de mediados de mayo de 1981 una extranjera, también procesada no juzgada en este acto por su rebeldía, previa identificación mediante pasaporte, después de manifestar una situación de apuro económico surgida por enfermedad de su madre, ofreció en venta unas alhajas de diversa calidad, que conforme a la tasación le fueron abonadas al precio corriente en esta clase de transacciones y tomando nota respecto a las señas del pasaporte, a los pocos días registró la operación con otras alhajas y después una tercera vez, comportándose siempre con toda naturalidad, habiendo recibido en conjunto 118.000 pts., siquiera el dueño al sentar en un sólo asiento en el libro oficial las dos primeras operaciones consiguió la cantidad de 38.000 pts. la venta tercera no se practicó asiento en el libro por encontrarse el dueño en Valencia y las joyas objeto de esta operación fueron recuperadas. Las joyas que fueron objeto de venta por la procesada ausente las había tomado del domicilio de L. C. y al no haber podido ser recuperadas totalmente su valor prudencial se fija en 750.000 y las que pudieron ser habidas en poder de los hoy juzgados su valor se cifra por 450.000 pts. Estas han sido entregadas en depósito provisional a L. C. El procesado A. F. M. está ejecutoriamente condenado por sentencia de 22-10-1968 por delito de la Ley Penal del automóvil a 5.000 pts. de multa y dos meses de privación del carnet.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal con otra versión en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de recepta-

ción del art. 546 bis z) párrafos 1º y 3º en relación con el art. 546 bis a) del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados A. C. S. y A. F. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquellos las penas de seis años y un día de presidio mayor multa de 50.000 pts. con arresto sustitutorio de 50 días caso de impago accesorias del artº correspondiente e indemnización de las cantidades que resulten a la perjudicada L. C. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de los procesados en igual trámite y según su propia argumentación negó el carácter delictivo a la conducta de sus patrocinados y consecuentemente solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de recepción del art. 546 bis a) en relación con el bis b) del mismo precepto del código penal por la profesión de los procesados, por cuanto el empleado del establecimiento, en el momento de la adquisición no consto dato, de los que pudiera resultar sospechosa la conducta de la procesada rebelde que previa identificación concordante con la realidad y con una versión plenamente admisible de la motivación de desprenderse de los objetos, al parecer sustraídos pagó por ellos en cada ocasión un precio normal en el mercado para esta clase de transacciones, extraordinariamente diferente del de compra en tiendas corrientes del ramo de joyería y fue objeto del asiento en el libro corriente las primeras ventas y no la tercera por causas de fuerza mayor, siendo ocupados las alhajas únicas que permiten conocer su valor, ya que las primeras se les dio el destino usual de ser objeto de separación del oro fino de otras sustancias, sin que sea aceptable el valor atribuido por el perito sumarial que acepta la del perjudicado, quien señala el de compra, diferente del de objeto usado, por lo que procede fijar un valor prudencial del que no resulta tampoco el conocimiento que para la tipificación de este delito como constitutivo de la infracción que vienen acusados ambos procesados por lo que falta la esencia de la recepción en el momento inicial de la compra procede la libre absolución de ambos procesados.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3º.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados A. C. S. y A. F. M. del delito que venían acusados con declaración de oficio de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

171. ESTAFA. FALSIFICACION DE DOCUMENTO MERCANTIL. USO DE NOMBRE SUPUESTO. Apreciación de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 3 de Abril de 1982*

RESULTANDO probado y así se declara expresa y terminantemente que M. A. M. C., mayor de edad, condenado el 8 de noviembre de 1980 por un delito de imprudencia te-

meraria, individuo de personalidad psicopática, agravada, en las fechas de autos, por un estado depresivo-angustioso debido al coma y posterior muerte de un hermano muy querido, todo lo cual determinaba una sensible disminución de su capacidad de raciocinio, en los últimos días del mes de noviembre de ese año 1980 ostentaba el cargo de empleado del B. de S., con categoría de Oficial de 1.º, en la Sucursal de C. M. sección de teleproceso en cuentas corrientes y valiéndose de esa condición que le permitía el conocimiento de los saldos de los titulares de aquéllas, necesitando dinero para sus usos particulares, calcó la firma de la sùbdita británica M. R. rellenando, contra su cuenta corriente, un talón al portador por importe de cuatrocientas cincuenta mil pesetas. A continuación y puesto en contacto con su amiga, la también procesada M. del P. P. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, le solicitó cobrara el cheque en ventanilla por no poder hacer él mismo y dicha acusada, ignorante de las manipulaciones efectuadas, hizo efectivo el talón y entregó su importe a M. A. M. En la mismas fechas y con igual procedimiento, el procesado relleno otros dos cheques, éstos contra la cuenta de un tal A. F., por importes de cuatrocientas treinta mil y cuatrocientas setenta y cinco mil pesetas, diciendo a su compañera coprocesada que una cliente de Galicia, la Sra. M. I. G. C., le había pedido se le abrieran dos cuentas bancarias para hacer unos pagos y estaba imposibilitada de trasladarse a Palma de Mallorca y así M. P. P. presentando, de buena fe, un Libro de Familia de aquélla que, encontrado por el procesado en el Banco, le había proporcionado, abrió una cuenta en la Banca March de esta ciudad y otra en el Banco de Bilbao, ingresando en la primera entidad el cheque de 430.000 pesetas y cobrando luego su importe que entregó al acusado y no pudiendo hacer efectivo el de 475.000 por estar avisado el Banco de Bilbao. El procesado ha satisfecho todas las cantidades debidas y el Banco de Santander renunció a sus acciones legales.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 528-1.º y 529-1.º un delito de falsificación de documento mercantil de los artículos 303 y 302-1.º, 2.º, 3.º y 4.º y 5.º y otro de uso público de nombre supuesto del artículo 322, todos del Código Penal; del que conceptuó autores del 1.º a los dos procesados, del segundo al procesado M. y del tercero a M. P. P., sin la concurrencia de circunstancias en ambos y socilitando, por la estafa, una pena, a cada uno, de 6 años y un día de presidio mayor; por la falsificación, un año de presidio menor y 20.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de dos meses, a M. y por el uso ilegal de nombre 3 meses de arresto mayor y multa de 20.000 pesetas con igual arresto sustitutorio para M. del P. P. accesorias y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa del procesado M. A. M., en igual trámite, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de estafa de los artículos 528-1.º y 529-1.º del código penal, concurriendo la eximente 1.ª del artículo 8.º por lo que procedía la libre absolución, alternativamente sería aplicable la circunstancia atenuante 1.ª del 9.º en relación a la 1.ª del 8.º con aplicación del artículo 66, imponiéndose la pena de un mes y un día de arresto mayor.

RESULTANDO: Que la Defensa de la acusada M. P. P. en el mismo trámite procesal, consideró que era autora de un delito de uso público de nombre supuesto, artículo 322 del código penal, solicitando la imposición de una pena de 3 meses de arresto mayor y multa de 20.000 pesetas con arresto sustitutorio y la absolución por la estafa.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito continuado de estafa, previsto y sancionado a través de los artículos 528-1.º y 529-1.º del código penal, pues, evidentemente, con dolo homogéneo y unitario, por sujeto activo único e infringiendo igual normativa legal (sentencias, 17 enero y 12 febrero 1980, 5 y 11 marzo 1981, todas ellas configuradoras del delito continuado que hoy no aparece "ex officio pietatis" sino como instituto legal, probablemente integrante del propio código en una próxima modificación) se consiguió un desplazamiento patrimonial ascendente a ochocientas ochenta mil pesetas y utilizando para ello el típico "engaño" del fingimiento de titularidad de cuenta corriente; fingimiento que, a su vez, por su dinámica criminosa, integra el delito de falsificación de documento mercantil, artículos 303 y 302-1.º y 2.º del texto punitivo, pues se imitó firma y se supuso la intervención del titular en varios cheques

bancarios, unidos legalmente, a efectos de incriminación, en una sola actuación como la estafa, pero perfectamente compatible con ella por afectar a bienes jurídicos distintos (sentencias 11 de mayo de 1970, 28 de mayo de 1975, 18 de noviembre del mismo año); y configurándose, por último, un delito de uso público de nombre supuesto, artículo 322 del cuerpo legal sancionador, al haberse utilizado notoria y reiteradamente un nombre que no era el propio (sentencia 16 de diciembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor de delito de estafa solamente el procesado M. A. M., pues en ningún momento ha logrado advenirse, en forma plena la participación consciente y dolosa de la coprocesada M. P. P., como así ha quedado huérfano de toda probanza el supuesto "pactum scaeleris" (sentencias 16 enero 1980 y 26 de febrero 1981) y aún más la utilización o reparto posterior del efectivo obtenido; por otra parte, el procesado M. es autor asimismo de la falsificación y M. P. del uso ilegal de nombre, pues en este caso, aún siendo ignorante de la manipulación de los cheques, era la procesada perfectamente sabedora de la ilicitud de sus actos de fingimiento en orden a abrir unas cuentas bancarias a nombre de tercera persona, haciéndose pasar por ella.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar en M. A. M. la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta, aplicable a través del ordinal 1º del artículo 9º en relación con el también nº 1 del artículo 8º del código, una vez probado que dicho acusado, más tener una psicopatía grave, "con tendencia a la vacuidad, megalomanía y a la irresponsabilidad" según el informe médico-psiquiátrico, padecía, en el momento de autos, una profunda depresión-angustiosa por causas exógenas, lo que, unido a lo anterior provocaba una notable disminución de sus facultades intelectivas y volitivas y, en consecuencia, su imputabilidad se hallaba francamente alterada; por todo lo cual resulta justo y equitativo degradar correlativamente, en un estado penológico, su responsabilidad (sentencias 25 de enero y 12 de mayo de 1980). No concurren circunstancias modificativas en la otra procesada.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61-66-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado M. A. M. C., en concepto de autor responsable de un delito de estafa por cuantía de ochocientos ochenta mil pesetas y de un delito de falsificación de documento mercantil, concurriendo la atenuante de semienajenación mental, a la pena de tres años de presidio menor, por el primer delito, y tres meses de arresto mayor y diez mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción que deje de satisfacer, por el segundo delito; asimismo debemos absolver y absolvemos a M. P. P. C. del delito de estafa del que venía acusada y debemos condenar y condenamos a la misma, como autora, sin circunstancias, de un delito de uso público de nombre supuesto a las penas de tres meses de arresto mayor y multa de veinte mil pesetas, con igual arresto sustitutorio; a ambos con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de sus respectivas condenas privativas de libertad y al pago de dos terceras partes de las costas al primero y la otra tercera la segunda. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. No se aprueban los autos de insolvencia de los acusados y devuelvanse las respectivas piezas a fin de que se concluyan con arreglo a los bienes o rentas que efectivamente tengan.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

193

193. INTRUSISMO. Acusación por delito y condena por falta del Artículo 572-1º del Código Penal. *Sentencia de 30 de Abril de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que los procesados F. F. P. y su hijo B. P. F., no titulados desde el mes de marzo de 1973, fecha en la que falleció en la ciudad de M. D. M. P. I.L. óptico transitorio con domicilio profesional en la calle G. F. n.º 17 de dicha ciudad, esposo y padre de los nombrados procesados, continuaron en el ejercicio de aquella actividad profesional durante los siguientes años 1974, 1975 y 1976 y parte de 1977, no realizando los trabajos más complejos que remitian para su ejecución a ópticos calificados, sino que realizaban arreglos, composuras y reparaciones menores, comprendidos en la reglamentación regulada por D. N.º 1387 de 1961 sobre ópticas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal con diferente versión en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de esta causa, como constitutivos de un delito de usurpación de profesión del artículo 321 del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados F. F. P. y B. P. F. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquellos la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias del artículo correspondiente y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa de los procesados en igual trámite solicitó la libre absolución de sus patrocinados.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de intrusismo descrito en el artículo 321 del Código Penal, ya que no ha quedado plenamente acreditado que los procesados al fallecimiento de su próximo pariente titular de un establecimiento dedicado a la venta y adaptación de objetos de óptica, continuaran en el pleno ejercicio profesional de esta actividad, sino que durante años expendieron y realizaron trabajos de poca entidad en relación a dicha profesión, ya que los más importantes hacían de recaderos con centros especialistas del ramo, ello desdibuja su conducta como comprendida en el precepto examinado y tiene su encaje en el artículo 572-1º del Código Penal que sanciona el ejercicio de actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal sin estar en posesión de la capacitación oficial exigida y conforme a este artículo deben ser sancionados.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores de una falta de intrusismo F. F. P. y B. P. F., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de toda falta, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas correspondientes por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y además de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª. 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

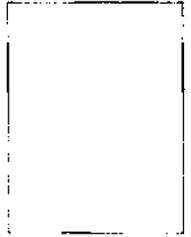
FAJAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados F. F. P. y B. P. F. del delito que venían acusados y les debemos condenar y condenamos en concepto de autores de una falta comprendida en el artículo 572-1º a la pena de cinco mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de un día caso de no hacerla efectiva y al pago de costas correspondiente a un juicio de faltas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.

C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 105, 157, 189
- Aborto, 183
- Abusos deshonestos, 25, 93
- Allanamiento de morada, 16
- Apropiación indebida, 6, 86, 167
- Atentado contra agente de la autoridad, 87, 97, 150
- Calumnia, 52
- Conducción ilegal, 47
- Corrupción de menores, 5
- Cheque en descubierto, 21, 35, 92
- Daños, 14
- Desórdenes públicos, 70
- Encubrimiento, 40, 72
- Escándalo público, 19, 26, 138
- Estafa, 10, 53, 83, 85, 119, 122, 140, 161, 166, 171, 174
- Estupro de prevalimiento, 106
- Falsedad
 - De documento de identidad, 39, 51, 186.
 - De documento oficial, 116, 178
 - En documento mercantil, 18, 37, 50, 115
 - En documento privado, 2
 - En documento público, 49
 - Uso de documento de identidad falso, 98, 129
 - Uso de documento oficial falso, 139.
- Homicidio en riña tumultuaria, 3
- Hurto, 20, 36, 56, 61, 62, 90, 110, 121, 126, 127, 134, 146, 179, 196.
 - Falta, 17, 81, 82, 172, 177
- Imprudencia
 - Falta, 162
- Infracción a los derechos de la propiedad industrial, 23
- Insultos a agentes de la autoridad, 22.
- Intrusismo, 193.
- Lesiones, 11, 71, 73, 78, 89, 184, 191, 197
- Parricidio, 94
- Perturbación
 - Falta, 185
- Quebrantamiento de condena, 131.
- Realización arbitraria del propio derecho, 43
- Receptación, 46, 125, 137, 155, 165, 170
- Resistencia a la autoridad, 144
- Robo, 29, 65, 66, 74, 88, 100, 103, 108, 109, 111, 133, 158, 173, 181, 195, 198
 - Con fuerza en las cosas, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 27, 30, 32, 33, 34, 41, 48, 54, 55, 58, 64, 80, 84, 91, 101, 107, 113, 114, 120, 128, 130, 135, 136, 175
 - Con homicidio, 123

- Con intimidación, 57, 96, 163, 188
- Con violencia, 24, 28, 31, 44, 67, 76, 77, 149, 152, 164
- Salud pública, 1, 42, 45, 60, 63, 68, 75, 95, 99, 104, 112, 117, 118, 153, 156, 160, 182
- Seguridad del tráfico, 180
- Tenencia ilícita de armas, 59, 102, 124, 132, 147
- Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, 15, 79, 159, 176, 187, 194
- Violación, 168

TARJETA POSTAL



CUADERNOS

FACULTAD DE DERECHO
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
PALMA DE MALLORCA

Muy Srs. míos:

Les ruego que con cargo a mi/nuestra cuenta corriente/libreta de ahorro paguen los recibos correspondientes a la suscripción de "CUADERNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO" (Palma de Mallorca).

Les saluda atentamente,

Firma,

Nombre y Apellidos:

Dirección:

Nº cuenta/libreta:

**BOLETIN DE SUSCRIPCION A
CUADERNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO**

Palma de Mallorca

Nombre	Apellidos		
Calle/Plaza	Nº y Piso	Localidad	D.P.
Provincia/País	Alta desde		
Domiciliación	entidad bancaria	cuenta nº	
cuyo titular es	dirección de la entidad		
localidad	Firma y Fecha		

Número suelto 550 pts.

Por suscripción: Número 400 ptas.

