

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

**3-1982**



**Universidad de Palma de Mallorca**

## **DIRECTOR**

Gregorio Delgado del Río

## **CONSEJO DE DIRECCION**

Javier Boix Reig

Luis Garau Juaneda

Manuel García Fernández

Juan Ramallo Massanet

## **CONSEJO DE REDACCION**

Francisco Astarloa Villena

Manuel Atienza

José María Bricall Massip

Bartolomé Colom Pastor

Bartolomé Domenge Amer

Miguel A. Fernández López

Gabriel Garcías Planas

Román Piña Homs

Pablo Salvador Coderch

Francisco Samper Polo

Jaime Zurita y Sáenz 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**

**3-1982**



## **Universidad de Palma de Mallorca**

---

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

**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.
<b>ESTUDIOS</b>	
Gregorio Delgado del Río <i>Un nuevo Código de Derecho Canónico</i>	7
Ernesto Garzón Valdés <i>Acerca de las funciones del Derecho en América Latina</i>	21
Juan Ramallo Massanet <i>Derecho Constitucional y Derecho Financiero</i>	49
Pablo Salvador Coderch <i>Dogmática jurídica y teoría de la legislación</i>	79
<b>NOTAS</b>	
Julio Álvarez Merino <i>La posición jurídica de las Corporaciones Locales como titulares dominicales de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal</i>	101
María Isabel Martínez González <i>Aspectos penales de la extradición</i>	119
Ladislao Roig Bustos <i>Conclusiones del Congreso de la Asociación de Fiscales</i>	133
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	
Antonio Martínez Lafuente <i>La cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas</i> (Carmen Fernández)	145
Miguel Ángel Fernández López <i>El proceso de ejecución</i> (Carlos Gutiérrez González)	147
Joan Oliver Araujo <i>La II República en Baleares: elecciones y partidos políticos</i> (José M <sup>a</sup> Lafuente Balle)	151

Raúl Bocanegra Sierra <i>El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional</i> (Luis J. Segura)	153
Angel Zaragoza <i>Los abogados y la sociedad industrial</i> (Sebastián Urbina)	154
<b>RELACION DE LIBROS RECIBIDOS</b>	<b>158</b>
<b>JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA</b>	
I. Sala de lo Contencioso-administrativo	163
II. Sala de lo Civil	201
III. Salas 1ª y 2ª de lo Criminal	295

*ESTUDIOS*



# UN NUEVO CODIGO DE DERECHO CANONICO

GREGORIO DELGADO DEL RIO

*Catedrático de Derecho canónico*

SUMARIO: 1. Derecho y codificación en la Iglesia católica. 2. Los derechos fundamentales del fiel. 3. La rúbrica legal de un nuevo concepto de matrimonio. 4. La tímida renovación de las estructuras de gobierno. 5. El proceso canónico y otros recursos jurídicos. 6. Valoración técnico-jurídica.

El pasado 25 de enero, Juan Pablo II promulgó el nuevo Código de Derecho canónico. Su elaboración ha durado prácticamente veinte años. Si nos atenemos a la materialidad del trabajo, el esfuerzo realizado puede calificarse como gigantesco. Dado el interés científico del tema, intentaremos una valoración crítica, necesariamente general y aproximativa.

## 1. DERECHO Y CODIFICACION EN LA IGLESIA CATOLICA

Para una valoración objetiva del referido acontecimiento, es necesario situarse dentro del marco concreto de la Iglesia católica. Sólo desde esa perspectiva puede intentarse una comprensión de lo jurídico en la Iglesia, a partir de la cual juzgar el hecho, puramente instrumental, de la reciente codificación canónica. La Iglesia católica, en cuanto grupo social organizado, presenta unos *carácteres específicos* en relación con otros grupos religiosos y, sobre todo, en relación con el Estado. Su derecho, en consecuencia, se distingue nitidamente, en muchos aspectos, del Derecho secular. Supuesta tal *especificidad* de lo jurídico en la Iglesia, el problema se centra en torno a la función concreta que está llamado a cumplir en coherencia con la naturaleza y fines específicos de la propia Iglesia.

En este contexto, el Derecho es utilizado frecuentemente, por grupos y por las propias estructuras de gobierno, en unas coordenadas ajenas a su verdadera naturaleza. Unas veces se mitifica y se le atribuyen propiedades poco menos que salvíficas. Otras se instrumentaliza para asfixiar la vida o se pone al servicio de un mal entendido autoritarismo. Una vez afirmada la existencia y funcionalidad del Derecho, me parece, no obstante, que es preciso afirmar, con todas las consecuencias, que la adhesión vigorosa al Evangelio tiene muy poco que ver con el cumplimiento de normas jurídicas coyunturales e históricas. La inmensa mayoría de las normas jurídicas eclesiásticas no son, en principio, dogmas de fe y deben estar totalmente al servicio de la persona, del creyente. En este orden de cosas y para potenciar plenamente la función del Derecho en la Iglesia, resta muchísimo por hacer. Para ello son necesarias reformas que no ha realizado el nuevo Código ni creo que contribuya a poner en marcha.

Lejos de cualquier tipo de apriorismo, es preciso reconocer el obscurecimiento de la propia identidad, operado a lo largo de la historia de la Iglesia. El pontificado de Juan XXIII significó una voluntad decidida de esclarecimiento, que tuvo su continuidad reflexiva en el Concilio Vaticano II. A partir de esta reencontrada identidad, la Iglesia católica, en su conjunto, debe seguir profundizando en sus raíces. Ello se traducirá en un estilo, en un talante, en un modo de evangelizar y en una presencia en el mundo más acorde con la voluntad de su Fundador y menos acomodada a los criterios y formas seculares. Si tal planteamiento se hace realidad vivida en el entero cuerpo eclesial, la función del Derecho canónico experimentará un giro decisivo.

En el cuadro que acabamos de enmarcar, el hecho mismo de la codificación aparece como innecesario y contraproducente. Ello es así en base a las siguientes circunstancias:

a) Como es bien sabido, la inmensa mayoría de las normas canónicas se significan por su dimensión pública. Si exceptuamos el núcleo constitucional, el resto de las normas canónicas nacen, de acuerdo con tal naturaleza, con una pretensión de vigencia un tanto limitada. La siempre cambiante realidad eclesial determina y exige un Derecho en frecuente cambio y adaptación. Al codificar tales normas, se corre el riesgo claro, como ha demostrado la historia más reciente, de mantener un sistema normativo inadaptado a la realidad. Salvo que se pretenda un Derecho que agote su funcionalidad en sí mismo, es difícilmente comprensible, en los tiempos actuales, una iniciativa codificadora, sobre todo si se tra-

ta de normas de carácter público. No parece que se haya aprendido la repetida lección dada por la no vigencia efectiva del anterior Código.

b) Además de la afirmada naturaleza pública, es preciso tener en cuenta que el referido Código estará vigente en la totalidad de la Iglesia. Lo cual significa, entre otras cosas, que unas mismas normas se aplicarán en los lugares más dispares sin valorar adecuadamente la pluralidad cultural y personal. Tal uniformidad, reforzada por la codificación realizada, no sintoniza con la realidad del hombre moderno ni con muchos de los valores que profesa, descalifica a la propia norma por inadecuada y hace un tanto utópica la pretensión de vigencia efectiva. Desde esta óptica, la codificación aparece como una opción desprovista de la oportuna funcionalidad. En el fondo sigue latente la tradicional desconfianza romana a todo lo que no sea mantener el tradicional sistema centralizado del gobierno eclesiástico.

c) Aún cuando insistiremos posteriormente en el tema, el desarrollo de las exigencias constitucionales —autonomía de las iglesias locales— hace innecesaria la existencia de un Código como el promulgado. La actual forma histórica de ejercer el gobierno eclesiástico no pertenece, salvo aspectos muy concretos, al núcleo constitucional. Por ello mismo, no ha estado vigente en todas las etapas de la historia de la Iglesia. Surgió en un momento histórico concreto como fórmula apta para resolver los problemas concretos de aquel entonces. Su continuidad en el tiempo, en consecuencia, no es producto de una exigencia constitucional. Durante muchos siglos, la Iglesia ha estado regida por un Derecho canónico cuya fuente promulgadora no residía exclusivamente en el poder pontificio. Baste recordar, al respecto, el papel de protagonista que, hasta la reforma gregoriana, desempeñó la actividad sinodal y conciliar.

En cualquier caso y con independencia de los testimonios históricos, hay un dato irrefutable: la autonomía de las iglesias locales. ¿Por qué ha de seguir obscurecida y sin apenas desarrollo?. En mi opinión, hubiera sido preferible promulgar una Ley fundamental que, con vigencia universal, formulase y fijase el conjunto de normas, principios y criterios básicos que estructuran la Iglesia en cuanto grupo social organizado. Tal Ley fundamental, dada la naturaleza y el nivel básico de su contenido, podría aspirar perfectamente a una vigencia universal y a una estabilidad en el tiempo. El ulterior desarrollo normativo sería competencia de las iglesias locales, bien unilateralmente, bien congregadas en Conferencia episcopal. De este modo, se haría realidad la autonomía de las iglesias locales y se elaboraría una normativa jurídica plural en coherencia con la plural circunstancia de cada iglesia. El Derecho canónico,

en consecuencia, serviría más eficazmente a la concreta realidad personal de sus destinatarios. Nada fundamental se vendría bajo. Por el contrario, la norma canónica, al ser más ajustada a la realidad, impulsaría con mayor eficacia la vivencia de las exigencias que conlleva la adhesión al mensaje evangélico. No se olvide que, en este punto, la norma canónica cumple, en la mayoría de los casos, una función meramente instrumental.

Al propugnar un modo diferente de concebir y ejercer el gobierno eclesiástico, aparecerán, como tantas otras veces ha ocurrido, los fantasmas de la ruptura de la unidad y la comunión. Se exagerarán los riesgos y peligros y se olvidarán las quiebras y contratestimonios del sistema vigente. Lo que no puede negarse, a la luz de la esclarecida teología del Vaticano II, es que la estructura constitucional del gobierno eclesiástico está abierta a la autonomía de las iglesias locales. Un gobierno eclesiástico centralizado —el Código es una manifestación clara del mismo— sólo puede justificarse por la permanencia de circunstancias exteriores que lo hagan conveniente o necesario. Al parecer tales circunstancias permanecen inalterables a lo largo de los siglos. La verdad es que ese sistema es menos acorde con el orden constitucional, goza de escaso predicamento en el mundo actual y determina la existencia de un cuerpo de normas uniforme, poco armónico con la realidad que se pretende regular. Da la impresión de que se ha desperdiciado una ocasión propicia para introducir un cambio de dirección, coherente con los principios doctrinales que se afirman.

## 2. *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL FIEL*

Una de las aportaciones más positivas que ofrece el nuevo Código radica, sin duda alguna, en la enumeración de derechos fundamentales del fiel. Estamos ante un logro sin precedentes en la historia de la Iglesia. Por primera vez, se ofrece, a nivel normativo, un catálogo —espero que no definitivamente cerrado— de dichos derechos fundamentales. De este modo, la Iglesia católica intenta ponerse en línea con la doctrina de los derechos humanos, verdadera piedra de toque de la civilización actual. Celebrado gozosamente el hecho, es preciso reconocer lo mucho que resta todavía por hacer en esa dirección.

Como ha demostrado la historia hasta la saciedad, no basta con la simple enumeración. El mundo —y la Iglesia católica no ha constituido una excepción— está lleno de impecables declaraciones formales de de-



rechos del hombre. El problema radica en los instrumentos para su efectiva tutela y promoción. El nuevo Código no se distingue precisamente por su generosidad al respecto. ¿Cómo podrán los creyentes hacer efectivos tales derechos fundamentales? ¿Con qué medios, fácilmente asequibles, cuentan para defenderse frente a posibles violaciones? ¿Qué acciones de la propia Jerarquía, responsable directa del gobierno eclesial, se prevén para su promoción?

Para nadie que se precie de conocer el sistema canónico son un secreto las importantes lagunas existentes en materia de defensa frente a la administración eclesial. Los controles de la acción de gobierno, incluso en sus instancias jerárquicas más altas, quedaron prácticamente difuminados con el centralismo instaurado hace siglos. La reforma de la Curia romana, llevada a cabo por Pablo VI, instauró un tímido control judicial a través de la Sección Segunda del Tribunal de la Signatura Apostólica. Claro está que puede pensarse que el sistema canónico, en base a su específica naturaleza, no tiene por qué seguir unos mecanismos de control, similares a los vigentes en los ordenamientos seculares. Pero, en cualquier caso, no puede negarse la insuficiencia de los existentes, como ha subrayado la doctrina canónica de los últimos tiempos. Si prácticamente no existen, prescindiendo ahora de cuáles serían los más oportunos, difícilmente la Iglesia católica gozará de credibilidad ante el hombre moderno, creyente o no, especialmente sensible ante esta temática. En este aspecto, el nuevo Código no ha respondido en profundidad a uno de los requerimientos más vivamente sentidos en la actualidad.

En este orden de cosas, me parece necesario insistir en un punto concreto. El cambio, últimamente experimentado, en los contenidos del llamado Magisterio eclesial, es patente. La aportación del nuevo Código en materia de derechos fundamentales del fiel sintoniza perfectamente con esta nueva orientación. Sin embargo, no puede ignorarse tampoco una cierta falta de credibilidad, dado el pasado histórico todavía no olvidado. Por este motivo y valorando positivamente la aportación codicial, parece de la mayor importancia el que la Iglesia católica aporte el testimonio de que, en su propio ámbito, los derechos humanos son plenamente tutelados y promocionados. El nuevo Código ha dado un primer paso importante al enumerar una serie de derechos fundamentales del fiel. Resta aún la implantación de un sistema, el que sea, de tutela real y efectiva, fácilmente asequible a todos los fieles. De lo contrario, cualquiera, dentro y fuera de la Iglesia, tendría motivos para dudar de la sinceridad de los pronunciamientos magisteriales en materia de derechos humanos, por muy frecuentes que estos sean.

En relación con el tema, existe otro aspecto de especial significación al que la doctrina deberá prestar gran atención en el futuro. ¿Qué significación tienen los derechos fundamentales en el conjunto del sistema canónico? ¿De qué modo orientan e informan al conjunto normativo, a la actividad pastoral y, en general, a la vida eclesial? No resulta fácil la respuesta. Diría que el tema constituye un auténtico reto para la doctrina canónica y teológica sin excluir al gobierno eclesiástico. Las posibilidades son inmensas, salvo que, ante el dinamismo que introducen, se opte por dar marcha atrás. Muchos de los aspectos más propicios a tensiones intra-eclesiales pueden verse iluminados en una dirección insospechada. Temas como libertad-autoridad, carismas personales-control jerárquico, libertad de expresión y asociación, resistencia al gobierno eclesiástico, etc. pueden encontrar un punto de equilibrio más racional que el actualmente existente. Si la expresión "derechos fundamentales del fiel" significa, como parece, algo especialmente trascendente, no sería aventurado augurar en el futuro una intensa revisión de muchos planteamientos y relaciones intra-eclesiales que, hasta ahora, se vienen considerando poco menos que inamovibles.

### 3. LA RUBRICA LEGAL DE UN NUEVO CONCEPTO DE MATRIMONIO

El tratamiento que se otorga en el nuevo Código al matrimonio merece, en su conjunto, una valoración muy positiva. Aún cuando no se ha apartado de las líneas tradicionales sobre las que se apoya el matrimonio canónico, es preciso reconocer al mismo tiempo que se ha dado acogida en el texto legal a aspectos importantes sobre los que venía insistiendo últimamente la doctrina y la jurisprudencia. Como veremos seguidamente, alguno de ellos encierra verdaderas posibilidades de futuro.

Sin desconocer una serie de innovaciones en temas concretos, me parece que el dato más destacado, por su incidencia en el conjunto del sistema matrimonial canónico, es el referente a la nueva noción legal de matrimonio. En la legislación que ahora se deroga, aunque no existía una definición legal, se daba por cierta una concepción del matrimonio en la que se hacía especial hincapié en la procreación (fin primario) y en las consiguientes prestaciones sexuales. El consentimiento, en consecuencia, se entendía como "el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpétuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole". Tal concepción, un tanto unilateral y limitada, ha venido reafirmandose durante siglos como doctrina oficial. En base a ella, se ha enseñado igualmente una mo-

ral matrimonial casi exclusivamente centrada en torno a la vida sexual de los esposos. Los restantes aspectos que sin duda alguna concurren en el matrimonio, como el amor conyugal, la comunidad de vida, etc., no eran demasiado tenidos en cuenta a la hora de construir el concepto de matrimonio. Aunque no se desonocían, lo cierto es que todo el sistema giraba en torno a la dimensión sexual y procreadora.

Pues bien, el nuevo Código, sin desprestigiar los elementos anteriores, maneja un concepto de matrimonio canónico que permite integrar todos los elementos en una visión más completa: la comunidad de vida y amor (interpersonalidad) entre un hombre y una mujer. De este modo, la noción de matrimonio no se polariza en torno a ningún elemento en concreto. Por el contrario, se piensa en un compromiso personal que, de alguna manera, compromete la totalidad vital de los contrayentes. En consecuencia, el consentimiento matrimonial se define ahora como “el acto de voluntad por el cual varón y mujer pactan ente sí una comunidad de vida conyugal, perpétua y exclusiva, ordenada por su misma naturaleza a la generación y educación de la prole”. El matrimonio se entiende como una relación o comunidad interpersonal entre un hombre y una mujer. Como afirma Reina, “el objeto y el contenido del consentimiento no son ya directamente las ‘prestaciones sexuales’... sino la comunidad de vida conyugal”.

A fuer de sinceros, esta consideración personalista del matrimonio no constituye ninguna novedad en cuanto tal. Siempre se ha entendido el pacto conyugal como un compromiso personal. Ahora, siguiendo una orientación frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia canónicas de los últimos tiempos, se recupera tal dimensión y se contrapone, con pretensiones de un mayor equilibrio, a la visión impersonal, objetiva y normativa que venía imperando generalmente. Lo cual sintoniza perfectamente con la concepción del matrimonio cristiano y con el protagonismo de la persona humana, propio de las más recientes aportaciones científicas.

Sin que esta nueva perspectiva entrañe la negación de que el matrimonio es algo que ya viene dado por la naturaleza a los esposos (éstos se han de limitar a su aceptación), no puede negarse tampoco que implica una revisión en profundidad de tales planteamientos. El matrimonio no es algo que está “frente” o “contra” los esposos. El matrimonio no es, como muchas veces se ha dado a entender, lo que dice la revelación, el magisterio eclesiástico o el código de Derecho canónico. El matrimonio no está en los libros ni en las leyes sino en las personas. Cierto que

existe un modelo de matrimonio al que los esposos prestan su aceptación, pero no es menos cierto, como recuerda Serrano, que el matrimonio es “como los esposos lo quieren... Es como ellos son y lo realizan a su medida”. Ambas perspectivas parecen igualmente concordantes con la concepción cristiana y de su armónico equilibrio —ahora intentado— cabe esperar importantes resultados. Si el matrimonio es una comunidad interpersonal, cada matrimonio es, de alguna forma, distinto e irrepetible y en el que la decisión de las partes, su voluntad, debe recuperar un mayor protagonismo.

Este recobrado equilibrio abre, sin duda, horizontes nuevos en múltiples aspectos: en el tratamiento de la capacidad o madurez para el matrimonio, en la valoración personal del consentimiento, en la aceptación de una relación comunitaria interpersonal, en la actitud respecto de los derechos y deberes conyugales, etc. La debida valoración de la dimensión personal situará en un contexto más humano cualquier incidencia que se presente en relación con el “hacerse” del matrimonio y su posterior despliegue existencial.

Un ejemplo de cuanto venimos sugiriendo se puede apreciar en el tratamiento que, en el nuevo Código, se otorga a las perturbaciones síquicas, en cuanto incapacidades, y a la temática del error doloso. En definitiva, el nuevo Código ha significado la rúbrica legal a una perspectiva en la consideración del matrimonio, ya presente en la doctrina y en la jurisprudencia, y de la que cabe esperar ulteriores aportaciones.

#### **4. LA TIMIDA RENOVACION DE LAS ESTRUCTURAS DE GOBIERNO**

Al valorar el régimen jurídico del nuevo Código al respecto, me parece necesario realizar una doble consideración previa. La primera consiste en afirmar la existencia de aspectos organizativos de carácter constitucional. Tal orden constitucional debe, en principio, ser desarrollado en plenitud y no ser confundido, en evitación de equívocos, con las concretas formas históricas que adopte su ejercicio. La segunda se cifra en admitir que la inmensa mayoría de los aspectos organizativos son instrumentales y su eficacia, siempre relativa, está en dependencia directa del rigor técnico con que se articulen. A partir de estas coordenadas, intentaremos demostrar hasta qué punto el nuevo Código no aborda con decisión la problemática organizativa de la Iglesia católica. Nuestra reflexión se centrará, a título de ejemplo, en torno a dos piezas claves: el primado romano y el episcopado.

Como ha afirmado Juan Pablo II con referencia al oficio papal, es preciso “identificar cada vez mejor lo que dicho *ministerium* contiene de peculiar y específico”. Sin duda alguna, ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de la Iglesia en cuanto “principio y fundamento” de la unidad de fe y comunión y garante supremo de la “única constitución divina de la Iglesia”, así como de su misión salvadora en el mundo. Esta función de capitalidad en el régimen pastoral, en el magisterio y en la santificación es irrenunciable e intransferible. Ha de ser ejercida por el Romano Pontífice de modo personal y con la dedicación más intensa posible.

Ahora bien, no puede perderse de vista que, en el actual modo de entender y ejercer determinados aspectos primaciales, hay mucho de pura forma histórica. Con todas las matizaciones y precisiones que se quiera, el actual modo de ejercer el primado papal no pertenece en su totalidad al orden constitucional. Sería un equívoco —por lo demás, frecuente— identificar, sin más precisiones, la función primacial con el conjunto de funciones que históricamente viene ejerciendo la Curia romana. El ejercicio del primado, en múltiples aspectos, es susceptible de ser organizado de diferentes formas, no necesariamente coincidentes con la actual. En este punto, es preciso reconocer que el nuevo Código no ofrece novedad alguna. Prácticamente todo sigue como en el pasado.

Aunque a primera vista no lo parezca, el hecho es muy significativo. Las circunstancias en las que la Iglesia católica desenvuelve su misión distan mucho de parecerse a las de otros tiempos. En consecuencia, el ejercicio del primado, sin alterar en lo más mínimo su contenido específico, no tiene por qué organizarse como en el pasado. Lo decisivo no es mantener a ultranza las viejas estructuras sino organizarlas de tal forma que se potencie al máximo la eficacia en el ejercicio de lo específicamente primacial.

Por otra parte, la semejanza del obispo diocesano que nos ha legado el Concilio no ha sido plenamente valorada en el nuevo Código. La autonomía de las iglesias locales exige, por pertenecer al orden constitucional, la vigencia efectiva de un régimen jurídico de descentralización como técnica organizativa que la encauce. El obispo diocesano, “principio y fundamento visible de unidad en su Iglesia particular”, ha de gozar, de modo real y verdadero, de todas aquellas funciones y poderes que “se requieren para el desarrollo de su oficio pastoral”. En este contexto, se entiende la valoración de Pablo VI según la cual “la mayor parte de los problemas pastorales pueden encontrar solución apropiada” en el ámbito de las iglesias locales.

Ahora bien, para hacer realidad tan sugestiva posibilidad constitucional, es preciso proceder a una profunda transformación organizativa con repercusiones directas sobre el contenido y significado de las funciones que viene ejerciendo en la actualidad la Curia romana. Gran parte de estas funciones son propias y específicas de los obispos diocesanos. La Curia romana debería ejercer preferentemente funciones que tiendan "a garantizar la autenticidad y la unidad de fe, la circulación de la caridad, la armonía lo más perfecta posible entre los miembros vivos de la indivisa Iglesia de Cristo" (Pablo VI). Funciones íntimamente conexas con la función primacial, en cuyo servicio apostólico colabora la Curia romana.

De acuerdo con los anteriores planteamientos, todo aquello que pueda ser ejercido, regulado, orientado, etc. en el ámbito de las iglesias no tiene por qué ser sustraído a su competencia y centralizado en la Curia romana. La salvaguardia de la necesaria e irrenunciable unidad de fe y comunión, garantizada por el Primado romano, no exige necesariamente que la Curia romana goce de competencias que vayan más allá de este objetivo básico y que determinan, de hecho, la imposición de uniformidades no siempre justificadas. Durante siglos se ha tutelado la unidad de fe y comunión sin la existencia de una Curia romana como la actual. La función de la Curia romana debería tener un significado muy distinto del actual si se quiere tomar en serio la dimensión constitucional del obispo diocesano. Los organismos romanos han de asegurar "la organización articulada de las legítimas autonomías, incluso dentro del indispensable respeto de la esencial unidad de disciplina, además de la de fe" (Juan Pablo I). Para ello no es necesario que tenga las actuales competencias.

Las anteriores reflexiones contrastan con el hecho de que el nuevo Código no haya abordado la reforma de la Curia romana. Se ha dejado a una ley posterior. Lo cual no significa otra cosa que la permanencia de tan poderosa estructura eclesial. Su reforma en profundidad no puede llevarse a cabo de modo aislado. Repercute directamente en el conjunto del complejo organizativo y, muy en particular, en las competencias que se atribuyan a los obispos diocesanos. Como esto ha sido ya realizado en un determinado sentido, no cabe esperar una reforma inmediata de la Curia romana que derogue el Código que acaba de promulgarse. En definitiva, nos encontramos con un tema central que curiosamente ha sido sustraído a la opinión de los expertos y, en general, de los diferentes sectores eclesiales y que consolidará por mucho tiempo un centralismo injustificado.

En contra de esta opinión puede alegarse, como tantas otras veces,

que las circunstancias actuales de la Iglesia católica no permiten un desarrollo constitucional que altere el actual sistema de gobierno. No niego la conveniencia y hasta la necesidad de valorar tales circunstancias en función de la llamada *utilitas Ecclesiae vel fidelium*. Valoración que corresponde al Primado con la inestimable colaboración del ejercicio de la colegialidad. En este sentido, la opción tomada es clara en favor del continuísmo y la consolidación de situaciones anteriores. Indirectamente se sostiene la presencia de circunstancias que siguen aconsejando el centralismo romano.

Sin embargo, tal opción ofrece numerosos flancos a la crítica. No se demuestra, en realidad, que la *utilitas Ecclesiae* no exija precisamente lo contrario en estos tiempos. La experiencia más reciente, por no remontarnos al pasado, viene demostrando la ineficacia del centralismo. El sentimiento generalizado, sobre todo después del Vaticano II, se concreta en una demanda, cada vez más intensa, de autonomía. Cada iglesia tiene sus problemas concretos, se inserta en ámbitos culturales diferentes y desea dar una respuesta singular, no uniforme ni elaborada desde fuera de ella. No resulta fácil admitir, en la hora presente, la enumeración de tantos riesgos, temores y desconfianzas. Creo que la madurez de las iglesias locales reclama una mayor confianza en sus posibilidades de gobierno, en coherencia con el orden constitucional, máxime si tenemos en cuenta que, en ningún caso, se excluyen los oportunos resortes de control que garanticen siempre la unidad esencial.

Finalmente esta complejísima estructura orgánica presenta, a nivel central y diocesano, notables deficiencias técnicas. Nos encontramos con una verdadera proliferación de órganos, personales y colegiados, sin una delimitación precisa de su competencia, sin la fijación clara de sus relaciones jerárquicas y de coordinación, sin una determinación nítida del procedimiento de actuación, etc. Todo ello con carácter uniforme en la mayoría de los casos. Una verdadera anarquía organizativa que no provoca otra cosa que desencanto e ineficacia. Tan uniforme desorganización se ve consolidada, en gran parte, al venir establecida con carácter general mediante las normas codiciales.

En mi opinión, toda esta temática podría ser reconducida a unos esquemas más sencillos. Cada iglesia local debería ser autónoma para darse aquella organización de gobierno que estime más oportuna en atención al servicio concreto que ha de prestar. Las circunstancias y los servicios a prestar pueden ofrecer problemas distintos. Las estructuras de gobierno, esto es, el modo de organizar el servicio debido a la comuni-

dad no ha de acomodarse a un único patrón, impuesto desde arriba. Asimismo habría que configurar tales estructuras de acuerdo con unas técnicas concretas que aseguren su normal y eficaz funcionamiento. Lo contrario supone un despilfarro de energías materiales y humanas, acompañado del consiguiente desencanto.

### *5. EL PROCESO CANONICO Y OTROS RECURSOS JURIDICOS*

Como es sabido, el desajuste entre la norma y la realidad social era un hecho claro en la Iglesia católica desde hacía ya bastante tiempo. La celebración del Concilio Vaticano II intensificó definitivamente tal divorcio. Ni la realidad social ni la doctrina conciliar podrían armonizarse con la normativa vigente. Desde esta perspectiva, el esfuerzo de acomodación llevado a cabo por el nuevo Código, además de estricticamente necesario, se presenta como un logro positivo de indudable acierto. Con independencia de matizaciones y preferencias personales, se ha operado un verdadero cambio normativo en relación con la actividad específica que está llamada a desempeñar la organización de gobierno. Su tratamiento ocupa prácticamente una tercera parte del total de las normas promulgadas. La importancia de esta temática se advierte con la simple enumeración de alguna de las materias: predicación y catequesis, actividad misional, educación católica y medios de comunicación social, administración de los sacramentos, culto divino y bienes temporales.

Sería un tanto infantil el desconocimiento de las lógicas tensiones que, a propósito de tales actividades, surgen continuamente. Son múltiples los legítimos intereses en juego. Tensiones e intereses contrapuestos entre los propios titulares de los diferentes órganos de gobierno, jerárquicamente estructurados. Tensiones entre los beneficiarios de tal acción de gobierno y los órganos que deben prestarla. Tensiones entre los propios fieles al establecer relaciones mutuas en orden al disfrute de los referidos bienes, jurídicamente regulados. Todo ello magnificado por una normativa uniforme que ha de actuarse en contextos culturales y sociales muy distintos que, a su vez, reclaman un constante esfuerzo de acomodación. ¿Qué instrumentos jurídicos se han previsto para resolver con justicia y equidad tales tensiones?

Dada su reconocida perfección técnica, el nuevo Código sigue encomendando tal misión al proceso canónico. Las reformas ahora introducidas no modifican sustancialmente el viejo proceso canónico sino que, por el contrario, lo completan en aspectos concretos. El problema radica en otro punto. Como es sabido, el proceso contencioso ordinario vie-



ne limitado de hecho, con las especialidades oportunas, a las causas matrimoniales. Pocas, muy pocas, causas no matrimoniales se han dirimido ante los tribunales eclesiásticos en los últimos cincuenta años. Tampoco creo que esta orientación vaya a experimentar cambio alguno en un futuro inmediato.

Si esto es así, nos encontramos con que un sector muy importante de la actividad de gobierno queda fuera de un auténtico control judicial. Ni la vía del llamado recurso contra los decretos administrativos, prevista en el nuevo Código, ni la vía del Tribunal de la Signatura Apostólica en su Sección segunda, que continuará, parecen garantía suficiente. La experiencia pasada es, en este punto, ejemplificadora. La laguna normativa del nuevo Código me parece reveladora de un talante que no comparto. La resistencia jerárquica a todo lo que signifique control de sus propias actuaciones sigue siendo proverbial. En este aspecto, la falta de coherencia contrasta claramente con las preocupaciones del hombre actual, muy celoso, aunque sea creyente, de sus derechos y legítimos intereses.

En cualquier caso, conviene recordar que la defensa de los legítimos intereses del fiel frente a posibles abusos, desviaciones y negligencias de los órganos del gobierno eclesiástico, en cualquiera de sus instancias, sería un magnífico testimonio en un mundo demasiado dado, en la esfera civil y política, a prescindir de la persona humana. Claro que existen remedios, falsamente llamados pastorales, como el silencio, la obediencia ciega, la resignación, etc. Sin embargo, ninguno de ellos está reñido con las ansias de justicia y transparencia que demanda el hombre actual. Si esa fuese la solución ideal, habría que preguntarse seriamente el por qué del Derecho en la Iglesia. Si no está al servicio del hombre, del creyente, no parece que tenga sentido alguno. El nuevo Código no supone, en consecuencia, una conquista en materia de tutela jurídica de los creyentes. Sirve, en mi opinión, a un mal entendido autoritarismo, poco edificante, por cierto, desde una perspectiva religiosa.

Finalmente y en relación con la administración de justicia en la Iglesia católica, esperamos que el nuevo Código impulse una organización judicial lo más accesible que sea posible a los justiciables y dotada de unos medios humanos verdaderamente competentes. De lo contrario, un instrumento tan perfecto técnicamente, como es el proceso canónico, puede verse instrumentalizado y postergado, por la vía de hecho, por quienes están obligados a seguirlo. Todo ello en favor de la justicia y de la propia credibilidad de la Iglesia.

## 6. VALORACION TECNICO-JURIDICA

Antes de emitir un juicio de valor del nuevo Código desde una perspectiva técnico-jurídica, quiero subrayar que las anteriores consideraciones revisten, en su intención, un carácter general, en modo alguno apriorístico o dogmático. Están abiertas a la crítica y no prejuzgan ni quieren desconocer los indudables aciertos del nuevo Código. Aciertos y errores que, en definitiva, lo son desde una personal comprensión de lo jurídico en la Iglesia y que sólo el tiempo se encargará de confirmar o desmentir.

Como consecuencia de la singular composición de la Comisión encargada de su elaboración, se detectan fácilmente determinados fallos técnicos. En muchos casos, se utiliza un lenguaje poco acorde con la naturaleza de las normas jurídicas. En otros, se aprecia una mezcla de perspectivas tan dispares como son la teológica, la pastoral y la jurídica. En ocasiones, se han introducido expresiones literales del Concilio Vaticano II de inferior calidad técnico-jurídica que las correspondientes del Código derogado. Por último, se ha pretendido, a veces, que las normas jurídicas reflejen realidades ajenas a su función, no se han tenido en cuenta avances técnicos de la doctrina y se dan por resueltas cuestiones abiertas todavía a la más amplia discusión doctrinal.

# ACERCA DE LAS FUNCIONES DEL DERECHO EN AMERICA LATINA

ERNESTO GARZON VALDES  
*Universidad de Maguncia*

Desde hace algunos años, se nota un creciente interés por el análisis crítico de las funciones que cumple el derecho en los países de América Latina (1). No es mi propósito pasar revista a este tipo de investigaciones sino tan sólo ilustrar ciertas dificultades previas al tratamiento de este tema, que suelen presentarse sobre todo cuando se intenta comparar el derecho en América Latina con el de los países de Europa Occidental. Sobre la base de ejemplos que me parecen significativos, habré de sugerir algunas conclusiones con respecto a esta problemática. Por derecho se entenderá aquí tanto la ciencia del derecho como el orden jurídico normativo (constitucional y de facto, según los casos). Espero que la ambigüedad de la palabra "derecho" no sea motivo de mayor confusión si se toman en cuenta los contextos en los que es utilizada en este trabajo.

## I

Sin pretender que ésta sea una enumeración completa, pienso que cabe mencionar, por lo menos, las siguientes razones que hacen ardua la tarea de comparar el derecho latinoamericano (en las dos acepciones arriba mencionadas) con el europeo. En primer lugar, existe una dificultad de tipo semántico, es decir, la cuestión de saber hasta qué punto con-

---

(1) Cfr., por ejemplo, Tilman Evers, *Bürgerliche Herrschaft in der Dritten Welt*, Colonia/Francfort 1977; Howard J. Wiarda, "Law and Political Development in Latin America" en el mismo autor, *Politics and Social Change in Latin America*, The University of Massachusetts Press 1974; Norbert Lechner, *La crisis del Estado en América Latina*, Caracas 1977; Emilio García Méndez, *Autoritarismo, institucionalización y control social*, tesis doctoral, Universidad de Saarbrücken 1983.

ceptos estrechamente vinculados con el de derecho tales como, por ejemplo, ley, Estado, orden constitucional, administración de justicia, funcionario, etc., significan lo mismo a uno y otro lado del Atlántico.

En segundo lugar, aún admitiendo que también en el caso de los países europeos existen diferencias entre el orden jurídico sancionado y el efectivamente aplicado, éstas no son nunca tan notables como las que se han dado siempre en América Latina. Ello provoca largas e infructuosas discusiones acerca del derecho latinoamericano y de sus antecedentes históricos. Cuando se habla, por ejemplo, de la organización jurídica de la colonia, ¿se quiere indicar el sistema sancionado por la corona española, es decir, el cuerpo normativo contenido en las Leyes de Indias, en las Nuevas Leyes de 1542, en las Ordenanzas de descubrimiento, nueva población y pacificación de las Indias de 1573 (para sólo mencionar algunas codificaciones) o se pretende describir el sistema jurídico que efectivamente se aplicaba? (2).

E igualmente, cuando nos referimos al derecho constitucional latinoamericano, ¿queremos analizar el texto de las Constituciones o nos interesa más bien su vigencia real? Esta es una cuestión vinculada con la validez y la eficacia de las normas.

Pero los problemas de la identificación del derecho vigente no se deben sólo al abismo que pueda existir entre disposición normativa y aplicación de la misma, sino a la dificultad de saber cuáles son las normas que integran el sistema. Ello resulta a veces, entre otras causas, del hecho de que en varios países latinoamericanos a las normas constitucionalmente sancionadas se añaden las dictadas por los gobiernos de facto sin que siempre esté claro la relación de jerarquía entre unas y otras o hasta qué punto han quedado derogadas disposiciones constitucionales. Este problema de membrecía y de determinación de las fuentes del dere-

---

(2) Así, como bien señala Horst Pietschmann (*Die staatliche Organisation des kolonialen Iberoamerika*, Stuttgart 1980, pág. 55), mientras S.N. Eisenstadt caracteriza al imperio español en América como "centralized historical bureaucratic empire", otros subrayan el aspecto carismático-patrimonial de la dominación en América. Quien, por ejemplo, lea la obra clásica de J.M. Ots Capdequi, *El Estado español en las Indias*, México 5ª edición 1975, obtendrá sin duda amplia información acerca de las normas que integraban el sistema jurídico sancionado para América, pero sabrá muy poco de su vigencia efectiva si no completa estos datos con la lectura de obras tales como J.C. Mariátegui, *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima 1973; Richard Konetzke, *Süd- und Mittelamerika I. Die Indianerkulturen Altamerikas und die spanisch-portugiesische Kolonialherrschaft*, Francfort 1965; J.C. Vedova, *La expoliación de América*, Buenos Aires 1973 o J. Vicens Vives, *Historia social y económica de España y América*, Barcelona 1974/77.

cho está vinculado con el de la validez de las normas. No es exagerado afirmar que los ordenamientos jurídicos de algunos países de América Latina se encuentran en la zona de lo que H.L. Hart llamaría "patología jurídica". La incertidumbre acerca de la regla de reconocimiento se convierte en una situación permanente, con todas las consecuencias de desorientación no sólo teórica sino práctica que ello implica.

Una tercera fuente de problemas es la existencia de dos actitudes contradictorias de larga tradición hispano-lationamericana: Por un lado, una enorme fe en la Constitución como factor de ordenación de la realidad social y, por otro, la convicción de que la divergencia entre orden y realidad social no debe ser motivo de mayor escándalo o preocupación. Esta diferencia es tomada como un dato más o menos lamentable pero pasajero y el estudioso del derecho se consagra al estudio de las normas sancionadas como si ellas fueran efectivamente vigentes (3). Esta fe en el orden constitucional explica las polémicas entre quienes hablan de la Constitución y de las leyes dictadas de acuerdo con ella como panacea para todos los problemas sociales y de desarrollo y quienes consideran que el derecho sancionado es precisamente un obstáculo para los cambios sociales que propician. Común a ambas posiciones es su olvido total de la realidad jurídica o dicho de otro modo, una vez más la confusión entre validez y eficacia de las normas.

Un cuarto elemento de perplejidad es la existencia, a nivel teórico, de la misma tradición jurídica en América Latina y en los países de Europa Occidental, sobre todo los continentales. Ello permite hablar del derecho y de los problemas jurídicos de ambos continentes como si se estuviera hablando de la misma cosa. Algo parecido sucede con respecto a los Estados Unidos: el estudio de sus disposiciones constitucionales, de los fallos de la Suprema Corte americana, es practicado con notable intensidad en las universidades de América Latina y también por parte de abogados y jueces, como si el sistema judicial americano fuera muy similar al de los países latinoamericanos en su manifestación práctica (independencia del poder judicial con respecto al ejecutivo, por ejemplo).

---

(3) Para algunos autores como Howard J. Wiarda (op. cit. en nota 1, pág. 283), esta diferencia es hasta un dato positivo pues demuestra una cierta "flexibilidad frente a la realidad". Por otra parte, la prescindencia de la falta de vigencia de las normas constitucionales y el estudio de las mismas como si en verdad fueran eficaces, se manifiesta no sólo a nivel universitario sino también escolar. Los textos de civismo de las escuelas mexicanas contienen largos pasajes acerca de la división de poderes en México, no obstante ser éste un fenómeno institucional prácticamente inexistente. Cfr. al respecto, Manfred Mojs, *Mexiko im 20. Jahrhundert*, Padeborn/Munich 1981, pág. 378, nota 3.

Esta actitud descuida no sólo los problemas de validez y eficacia de las normas sino que ignora las diferencias que existen entre las realidades sociales y políticas de los países latinoamericanos y los de Europa Occidental o los Estados Unidos, lo que le permite inferir que una norma jurídica idéntica en su texto a la de aquellos países ha de tener en América Latina la misma función.

Y existe también un quinto elemento que debe ser tenido en cuenta: Los países de América Latina presentan grandes asincronías en su progreso social, con una muy acusada diferencia cultural, racial y económica entre sus habitantes. En países, como algunos de los latinoamericanos, con porcentajes de analfabetismo que oscilan entre el 60 y el 90 por ciento, cuesta creer en la posibilidad de una vigencia efectiva del derecho escrito.

Tomando en cuenta esta serie de cuestiones, veamos algunos casos que ilustran esta problemática. Son los siguientes:

1) Dos ejemplos de la confianza en el poder conformador de la norma jurídica con respecto a la realidad social. Uno de ellos se refiere al orden constitucional y a su capacidad de plasmar no sólo un Estado sino una nación. Quienes sustentaron en su hora esta tesis adoptaron, desde luego, una actitud positiva frente a la Constitución que contribuyeron a redactar. El otro ejemplo se refiere a una actitud negativa frente al orden constitucional por considerárselo una traba al desarrollo.

2) Dos ejemplos de la diferente denotación que en América Latina y en Europa tienen dos conceptos estrechamente vinculados con el orden jurídico: el de funcionario público y el de la democracia como forma institucionalizada de gobierno.

3) Un ejemplo de la dificultad de identificar el orden jurídico vigente en los países de América Latina.

4) Un ejemplo tomado del derecho privado que ilustra la reducida vigencia de las normas jurídicas sancionadas, en amplios estratos de la población latinoamericana.

5) Un ejemplo de la influencia recíproca entre Europa Occidental y América Latina en el ámbito de la teoría jurídica.

## II

1) El llamado período de la organización nacional comienza en la Argentina después de la batalla de Caceres (1852) en la que fuera derrotado Juan Manuel de Rosas. Termina así una etapa de la historia argentina caracterizada por la lucha entre caudillos provincianos y la puja entre dos corrientes ideológicas: el unitarismo y el federalismo. Desde el punto de vista jurídico institucional, la consecuencia más importante fue la promulgación de la Constitución de 1853.

Nada más ilustrativo para comprobar la distancia que existió entonces entre el orden constitucional impuesto y la realidad del país, que tomar en cuenta los antecedentes doctrinarios de esta Constitución y echar una mirada a las actas de la Asamblea Constituyente.

Desde el punto de vista doctrinario, el documento más importante es el libro de Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sur*.

Alberdi no oculta en ningún momento que el modelo institucional propuesto no se adapta a la realidad social de la Argentina. La disyuntiva es entonces o renunciar al modelo o cambiar el país. La vía elegida fue esta última. Como la estructura étnica argentina no estaba en condiciones de aceptar un modelo institucional avanzado y éste debía ser impuesto para cumplir con la "ley capital y sumaria del desarrollo de la civilización cristiana y moderna" (4), era necesario reforzar la acción modernizante de la Constitución con el debido cambio demográfico. En palabras de Alberdi:

"Es utopía, es sueño, es paralogismo puro el pensar que nuestra raza hispanoamericana, tal como salió formada de sus tenebroso pasado colonial, puede realizar hoy la república representativa... *No son las leyes lo que necesitamos cambiar: son los hombres, las cosas*. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad por otras gentes hábiles para ella" (5). Y agrega: "Con tres millones de indígenas, cristianos y católicos no realizareis la república ciertamente. No la realizareis tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español

---

(4) Cfr. Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires/Madrid 1913, pág. 12.

(5) Op. cit. pág. 178. (Subrayado de E.G.V.).

puro es incapaz de realizarla allá o acá. Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno; si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para la población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio, la libertad y nos será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación de esta raza de progreso y civilización" (6).

Esta concepción de Alberdi con respecto a la incapacidad española o criolla y, por supuesto, indígena, para el desarrollo moderno, había sido expresada reiteradamente por otro gran escritor y estadista argentino, Domingo Faustino Sarmiento, en un libro que puede ser considerado como uno de los primeros estudios sociológicos argentinos: *Facundo - Civilización y barbarie*.

Igualmente en el *Dogma socialista*, no obstante la vocación democrática de su autor, Esteban Echeverría, es evidente que el orden institucional que se propone está destinado a tener vigencia efectiva en una reducida parte de la sociedad: "La soberanía es el acto más grande y solemne de la razón de un pueblo libre. ¿Cómo podrán concurrir a este acto los que no conocen su importancia? ¿Los que por su falta de luces son incapaces de discernir el bien del mal en materia de negocios públicos? ¿Los que como ignorantes que son de lo que podría convenir no tiene opinión propia y están por consiguiente expuestos a ceder a las sugerencias de los mal intencionados? ¿Los que por su voto imprudente podrían comprometer la libertad de la patria y la existencia de la sociedad?... Aquel cuyo bienestar depende de la voluntad de otro, y no goza de independencia personal, menos podrá entrar al goce de su soberanía; porque difícilmente sacrificaría su interés a la independencia de la razón. El tutelaje del ignorante, del vagabundo, del que no goza de independencia personal, es por consiguiente necesario. La ley no les veda ejercer por sí derechos soberanos, sino mientras permanezcan en minoridad: no los despoja de ellos, sino que les impone una condición para poseerlos, la condición de emanciparse" (7).

De la lectura de las actas constitucionales se infiere que la opinión general de los constituyentes, con pocas excepciones (la más notable es la de Facundo Zuviría), coincidía con los puntos de vista aquí expuestos.

---

(6) Op. cit. pág. 180.

(7) Cfr. Esteban Echeverría, *Dogma socialista de la Asociación de Mayo*, Vaduz 1978, págs. 60-61 y 62.



Y aún hasta el final de su vida, cuando ya se había puesto en marcha la organización institucional de la Argentina y abierto las puertas a la inmigración, Alberdi siguió considerando que el cambio de población era una promesa de igualdad y que el orden constitucional impuesto haría algún día realidad la práctica democrática (8).

Lo dicho con respecto al caso argentino puede aplicarse —mutatis mutandis— a los demás países latinoamericanos. Así, por ejemplo, José Galvao de Souza afirma: “La formación constitucional del Brasil y de los pueblos de América española acusa de una manera... elocuente el conflicto entre el derecho elaborado por las minorías dirigentes y las relaciones vividas por el pueblo en los caminos del progreso histórico de cada nacionalidad. Así se renegó de la constitución histórica y de todo su patrimonio institucional, rico en elementos aptos para dar nacimiento a un régimen democrático dotado de una autenticidad que es imposible de encontrar en las instituciones modeladas sobre la experiencia de otros países, especialmente de los Estados Unidos de América. Desde los primeros jefes políticos en la época de la independencia —como Miranda en Venezuela o Maia en el Brasil— hasta los reformadores o creadores de constituciones —como el argentino Alberdi o el brasileño Ruy Barbosa— todos estaban impregnados de fórmulas democráticas anglo-sajonas y no conocían suficientemente la vida del pueblo en el interior del país. La Constitución se volvió así la obra de hombres instruidos por influencias extranjeras, desarraigados de sus respectivos países natales y vinculados a los intereses de la clase social dominante. Eran élites marginales... La Constitución adquiere el carácter de una carta ideológica, redactada en función de ciertas concepciones políticas y ya no es un instrumento pragmático destinado a preservar libertades concretas, como la Magna Carta británica...” (9).

Que quienes dictaron estas Constituciones tenían una fe incommovible en el derecho no hay duda; que la realidad no se ajustaba a ellas y que este abismo entre orden normativo y realidad iba a ser una fuente de serios problemas políticos y sociales, tampoco. Y que en caso de conflicto entre la realidad constitucional y las exigencias de la realidad social y política, se optaría por restringir la aplicación de la Constitución, es un hecho fácilmente comprobable. Basta pensar en los prolongados

---

(8) Natalio Botana, “¿Habitantes o ciudadanos?” en Peter Waldmann y Ernesto Garzón Valdés (comps.), *El régimen militar argentino*, Francfort 1982.

(9) Cfr. José Galvao de Souza, “Remarques sur l'idée de constitution et la signification sociologique du droit constitutionnel” en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 10, Tubinga 1967, pág. 63.

períodos de implantación del estado de sitio: en el caso de la Argentina, desde 1930 hasta la fecha, ha imperado el estado de sitio durante 33 años, en distintos períodos. Así pues, la Constitución ni siquiera pudo cumplir los cometidos que se habían impuesto, al menos formalmente, los constitucionalistas. La fe en la Constitución terminó por convertirse en fórmula vacía, sin que disminuyera la firmeza de aquélla como lo demuestra su reiterada invocación no sólo por parte de los gobiernos constitucionales sino también por los de facto (10).

En 1975, un conocido jurista chileno, Eduardo Novoa Monreal, publicó un libro cuyo título es ya de por sí bien significativo: *El derecho como obstáculo al cambio social*. La tesis de esta obra puede ser resumida de la siguiente manera:

a) En América Latina, “nos encontramos en presencia de un derecho obsoleto que el conservantismo de los juristas es incapaz de advertir y mucho menos de remover” (11).

b) El derecho “ha perdido vitalidad” y se ha transformado en un pesado lastre que frena el progreso social y llega a ser un “verdadero obstáculo para éste” (12) y no satisface las exigencias de “una sociedad tan dinámica y cambiante como la que nos toca vivir” (13).

c) Este problema se nota en todo el mundo “pero cobra mayor importancia dentro de los países latinoamericanos” (14) y sus “sociedades modernas” (15).

Para una mejor comprensión de esta posición conviene aclarar que Novoa Monreal utiliza la palabra “derecho” para referirse al “sistema normativo y al conjunto de conocimientos teóricos relativos a los fenó-

---

(10) Así, al hacerse cargo de la presidencia argentina el general Reynaldo Bignone, el general Nicolaidis le pidió que jurara “observar y hacer observar la Constitución de la Nación Argentina” (cfr. *El País*, 2.7.1982). El pedido es disparatado pero no original: el 29 de marzo de 1976 el general Jorge Rafael Videla juró también: “... observar y hacer observar fielmente... la Constitución de la Nación Argentina”. (Cfr. Helio Juan Zarini, *Historia e instituciones en la Argentina*, Buenos Aires 1981, pág. 364.

(11) Cfr. Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México 1975, pág. 14.

(12) Op. cit. pág. 11.

(13) Op. cit. pág. 15.

(14) Op. cit. pág. 13.

(15) Op. cit. pág. 91.

menos jurídicos" (16) y por "sistema normativo" entiende el orden constitucional y no las medidas adoptadas por gobiernos de facto. He de referirme aquí a este último aspecto de la denotación de la palabra "derecho" en Novoa Monreal.

Desde luego, si es que la discusión no ha de mantenerse en un plano puramente teórico, es decir, en el del texto legal sin que importe su aplicación, sólo es posible aceptar la tesis de Novoa Monreal si se consideran verdaderas las premisas de las que se infiere aquélla, o sea: i) la existencia de un orden constitucional no sólo formalmente válido sino también eficaz y, además, ii) el carácter dinámico y moderno de las sociedades latinoamericanas. La conjunción de los enunciados que afirman estos dos hechos es lo que fundamenta la posición de Novoa Monreal.

Bastaría demostrar la falsedad de uno de ellos para rechazar la conclusión. Pienso que los dos enunciados son falsos.

Por lo que respecta al orden normativo dictado de acuerdo con los preceptos constitucionales, no es suficiente afirmar su validez para inferir su eficacia. Basta un ligero examen de la historia de los países latinoamericanos en estos últimos 50 años y de la cronología de los golpes de Estado y "revoluciones" que han padecido, o de los períodos en los que han sido gobernados con actas "constitucionales" o "institucionales", que dejaban total o parcialmente sin efecto las respectivas Constituciones, para concluir que la existencia o inexistencia del orden constitucional plantea serios problemas con respecto al origen legal de las disposiciones gubernamentales. Y aún en los casos de notoria estabilidad institucional como es el de México, no parece desacertado el juicio de Pablo González Casanova (apoyado en abundantes datos empíricos): "En la realidad, la estructura de gobierno y las decisiones políticas van por caminos distantes de los modelos ilustrados del siglo XVIII y principios del siglo XIX. No es por intermedio de éstos que se puede entender su funcionamiento real y sus significados más ricos... La dinámica política, la institucionalización del cambio, los equilibrios y controles, la concentración del poder, hacen de los modelos clásicos elementos simbólicos que recubren y sancionan una realidad distinta" (17).

No es posible entrar a analizar aquí el tema del supuesto dinamismo de las sociedades latinoamericanas; en todo caso, pienso que no es muy

---

(16) Op. cit. pág. 11.

(17) Cfr. Pablo González Casanova, *La democracia en México*, México 1965, pág. 23.

difícil encontrar datos suficientes como para poner en duda esta afirmación y formular serias reservas a la calificación de las sociedades latinoamericanas como "modernas". En un continente en donde el 43 por ciento de la población (118 millones) vivía en 1972 en situación de "extrema pobreza" y el 27 por ciento (73 millones) era "indigente" (18), parece algo extravagante el calificativo de modernidad aplicado a sus sociedades.

En todo caso el ejemplo de Novoa Montreal es instructivo por cuanto revela la firme creencia en un orden constitucional vigente al que habría que reformar para promover el desarrollo social o ajustarlo a la situación producida como consecuencia del dinamismo social. Es decir, que tácitamente se confiere al orden constitucional latinoamericano una función similar a la que tiene en los países de Europa Occidental.

El lector europeo desprevenido que se encuentra como acápite de este libro con una frase acerca del "nuevo modelo ideal de jurista" (tomada del informe presentado por la República Federal de Alemania para el estudio sobre "las ciencias sociales en la enseñanza superior", publicado por la UNESCO en 1972), con la afirmación (desde luego correcta) de que "los grandes códigos latinoamericanos pertenecen a la familia de la cultura jurídica continental europea" (19) y que, a lo largo de esta obra observa la abundancia de citas de juristas europeos, podría pensar que los problemas con los que se ven confrontados los juristas de América Latina son idénticos o muy similares a los de Europa.

Lo aquí dicho no significa, nótese bien, que no existan disposiciones jurídico-normativas que traben el desarrollo o hasta promuevan el subdesarrollo. Pero si éste es el problema que se desea analizar, dada la reducida vigencia de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, no es muy fecundo concentrarse en ellos para remover los obstáculos a la modernización. No hay que olvidar que muchas de las disposiciones vigentes que propician un orden económico y social que frena las posibilidades de un desarrollo justo e independiente (basta pensar, por ejemplo, en las disposiciones sobre comercio exterior, supresión del derecho de huelga y otros controles de la actividad sindical) no han sido dictadas de acuerdo con el orden constitucional sino que son medidas de gobiernos de facto. Y la reiterada aparición de este tipo de gobierno no es, desde luego, un problema puramente jurídico o que pueda ser solucionado por los juristas.

---

(18) Cfr. Cepal, *The economical and social development and external relations of Latin America*, E/CEPAL/AC.70/2 del 16 de febrero de 1977, pág. 15.

(19) Op. cit. pág. 17.

Nos llevaría demasiado lejos entrar en el tratamiento de este tema. Lo que me interesa aquí es señalar que los puntos de partida del jurista europeo y del latinoamericano son radicalmente distintos cuando se refieren al derecho como “obstáculo al desarrollo” o al “modelo ideal del jurista”. En América Latina, antes de poder hablar de un sistema constitucional “obsoleto”, hay que plantearse la cuestión de saber hasta qué punto este orden es realmente vigente (20). El no tener en cuenta esta circunstancia puede inducir al error de combatir, por exceso de fe en el poder del derecho y del sistema sancionado conforme a la Constitución, fantasmas normativos que poco tienen que ver con la realidad. Se comete así el mismo pecado que los constitucionalistas argentinos de 1853, aunque en dirección inversa.

2) Sin entrar a analizar aquí las ventajas o inconvenientes del sistema del funcionario profesional tal como el establecido, por ejemplo, en el artículo 33 IV y V de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, asunto que escaparía a los límites de este trabajo y sobre el que existe abundante bibliografía (21), no hay duda que en la mayoría de los países latinoamericanos la palabra “funcionario” no denota a un miembro de la administración pública caracterizado, por ejemplo, como en el caso del funcionario alemán, por dos notas fundamentales:

- a) designación vitalicia
- b) independencia de los partidos políticos.

Dejando de lado los casos de marcado nepotismo que condicionan la realidad administrativa de no pocos países latinoamericanos, sobre todo, los regímenes dictatoriales de América Central (22), es notoria en América Latina la transitoriedad de la función pública y la directa influencia que la política partidaria ejerce en los funcionarios. En el caso de la Argentina, esta inestabilidad política ha caracterizado no sólo a los regímenes de facto sino también a los constitucionales. Un buen ejemplo

---

(20) Con respecto a la escisión entre prescripciones jurídicas formalmente válidas y realidad jurídica y su larga tradición en América Latina, cfr. Friedrich Wehner, “Der Konflikt zwischen spanischer und liberaler Staatsauffassung in Hispano-Amerika” en *Idee und Wirklichkeit in Iberomaerika*, Hamburgo 1969, págs. 25-40.

(21) Cfr., por ejemplo, Thomas Ellwein, *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen 1977, págs. 335 y ss.

(22) Con respecto al fenómeno del nepotismo en la Nicaragua de los Somoza, cfr. entre otros, E. Torres Rivas “Síntesis histórica del proceso político” en *Centroamérica hoy*, México 1976, págs. 9-119, especialmente pág. 104.

al respecto es la llamada "ley de prescindibilidad" n° 20.549 sancionada por el congreso nacional durante el tercer gobierno de Juan Perón. En virtud de esta ley, cada secretario de Estado quedaba autorizado para remover a cualquier funcionario dentro de su respectivo ministerio o jurisdicción aduciendo "razones de servicio". Tres años más tarde, bajo el régimen de la junta militar, volvió a producirse una nueva reestructuración administrativa aduciéndose, a más de estas "razones" el grado de "confiabilidad" de los funcionarios. La vaguedad de estas causales permite comprender la discrecionalidad y la consiguiente inseguridad que estas disposiciones implican.

Desde 1966 a 1976, la administración pública argentina fue objeto de tres reestructuraciones generales: 1966 (gobierno militar de Onganía), 1973 (gobierno constitucional de Perón) y 1976 (gobierno de la junta militar). Es obvio que esta inestabilidad es fuente de otra serie de problemas que afectan la organización misma del Estado: ejercicio simultáneo de diversas actividades por parte del funcionario a fin de estar preparado para cuando cambie la situación política, con el consiguiente descuido de la función pública; tendencia a la corrupción (23), ya que el puesto público es considerado como una prebenda transitoria de la que conviene sacar el mayor provecho posible mientras dure; imposibilidad de promover la especialización profesional de los funcionarios.

Estas características se oponen diametralmente a la concepción euro-

---

(23) Con respecto al problema de la corrupción en la época peronista en la Argentina, cfr. Peter Waldmann, *Der Peronismus 1943-1955*, Hamburgo 1974; en el volumen *América Latina: historia de medio siglo* (editado por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM), México 1977, se encuentran abundantes datos sobre la corrupción en diversos países de América Latina. Con respecto a la corrupción en Venezuela, un buen ejemplo del nivel alcanzado son los discursos de los candidatos presidenciales durante la campaña de 1978 y las declaraciones del propio gobierno venezolano. En el caso de la corrupción administrativa, sucede lo mismo que en el caso del abismo entre ley formalmente válida y ley eficaz (lo que desde luego es evidente ya que sólo se trata aquí de una manifestación de este abismo): en el fondo se acepta el hecho de la corrupción como un dato más de la realidad y se convive con ella cual si fuera un fenómeno natural inevitable. Las comisiones investigadoras que de vez en cuando se crean (sobre todo cuando se produce un cambio de orientación política en el gobierno) suelen no llegar a ningún resultado concreto. Un caso notable relativamente reciente fue el llamado "caso de las 6 fragatas" en Venezuela, en donde el monto de las irregularidades administrativas era de 300 millones de bolívares y que concluyera sin la identificación de un solo responsable. Cfr. al respecto el informe de la Comisión de Contraloría de la Cámara de Diputados de Venezuela, publicado en *El Nacional* de 2.8.1979.

pea del funcionario público. Joseph LaPalombara (24) ha enumerado seis propiedades de la burocracia en las democracias occidentales. En primer lugar, su carácter instrumental con respecto a las diversas instituciones políticas de la sociedad.

A ello se añade, segundo, la expectativa de que el funcionario público actúe libre y abiertamente con la pluralidad de asociaciones voluntarias que existen en la sociedad, es decir, se espera que no aspire a formar "asociaciones de clientes", o sea, grupos de personas dependientes política o económicamente del gobierno y que, en el fondo son utilizados para aumentar los intereses de la burocracia misma. Tercero, el carácter instrumental de la burocracia es entendido también en el sentido de que debe actuar como mediadora entre los encargados de adoptar las decisiones políticas y las asociaciones voluntarias de la sociedad. Por ello asume también el cuidado del "interés público". Una cuarta nota distintiva es que la sociedad espera que los miembros de la administración pública consideren a quienes han sido elegidos para adoptar las decisiones políticas como "legítimamente dotados, mientras duren sus mandatos, del poder y el derecho de especificar lo que responde o no responde al interés público" (25).

En quinto lugar, se requiere del funcionario un alto nivel de profesionalidad y su rechazo de la corrupción administrativa. Por último, se espera que los funcionarios sean fieles a los principios de "racionalidad, jerarquía, disciplina y responsabilidad" (26). Estas características coinciden con las que ya a comienzos del siglo enunciara Max Weber como notas distintivas del funcionario público (27).

No he de entrar a considerar la cuestión planteada por LaPalombara acerca de si estas características son condiciones necesarias o no para promover el desarrollo económico. Me interesa en cambio subrayar que en América Latina estas condiciones no sólo no se cumplen sino que la realidad burocrática parece constituir precisamente la contraimagen del cuadro presentado por LaPalombara. La influencia política inmediata en la composición de la administración pública con su resultado de inestabilidad y de la primacía de las relaciones personales con quienes deten-

---

(24) Cfr. Joseph LaPalombara, "An Overview of Bureaucracy and Political Development" en del mismo autor, *Bureaucracy and Political Development*, Princeton University Press 1963, págs. 3-33.

(25) Op. cit. pág. 53.

(26) Ibidem.

(27) Cfr. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga 1976, pág. 125.

tan el poder impide la satisfacción de las condiciones quinta y sexta. El carácter de mediación o de custodia del interés público es también sumamente reducido. Ello explica la actitud escéptica con que el latinoamericano se enfrenta con la administración pública por lo que respecta a la consideración de sus intereses. En una encuesta realizada por Gabriel A. Almond y Sidney Verba, publicada en 1965 (28), el 48% de los mexicanos encuestados consideraban que sus asuntos serían tratados con poca atención por la administración pública y el 27% que serían simplemente ignorados (a guisa de comparación: en la República Federal de Alemania, estos porcentajes eran del 18% y del 5% respectivamente); el 50% no esperaba un tratamiento equitativo (en la República Federal de Alemania: 9%) (29).

Si se acepta con Max Weber, que la administración pública es el "núcleo del Estado occidental moderno" (30), la duda acerca de si cuando se pronuncia la palabra "funcionario" se denota la misma entidad en América Latina y en Europa Occidental, se extiende también a la palabra "Estado" (31). Y si se está de acuerdo con Joseph A. Schumpeter en el sentido de que una de las condiciones de un gobierno democrático en una sociedad moderna es contar con una "burocracia bien formada, de gran jerarquía, buena tradición, fuerte sentimiento del deber y no menos espíritu de corps..." (32), se entra también a dudar de hasta qué punto, bajo las condiciones descritas, es posible en América Latina el buen funcionamiento de la democracia.

Con respecto a este último aspecto, un buen ejemplo de las diferencias que existen entre los ordenamientos institucionales de América Latina y los europeos es el caso del funcionamiento del orden constitucional mexicano, es decir, un sistema democrático, al menos en su texto constitucional.

Algunos datos pueden servir para documentar la praxis de la democracia mexicana. Desde 1929, el partido del gobierno no ha perdido una

(28) Cfr. Gabriel A. Almond/Sidney Verba, *The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press 1965.

(29) Op. cit. pág. 109.

(30) Op. cit. pág. 128.

(31) Tilmar Evers ha analizado agudamente este problema y llegado a la conclusión de la necesidad de formular una teoría sistemática del Estado en lo que él denomina la "periferia capitalista". (Cfr. op. cit. en nota 1).

(32) Cfr. Joseph A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, Munich 1975, pág. 429.



sola elección de presidente, de gobernador o de senador. Por lo general, el candidato oficial obtiene más del 90% de los votos y la oposición no ha alcanzado más que una sola vez el 26%. Así, en 1934, Lázaro Cárdenas llegó al poder con el 98% de los votos; Avila Camacho, en 1940, con el 94%; Ruis Cortines, en 1952, con el 74%; López Mateo, en 1958, con el 90%; Díaz Ordaz, en 1964, con el 89%; Echevarría, en 1970, con el 85,13% y López Portillo, en 1976, con el 94,24% (33). Con respecto a las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo es interesante señalar que en 1935, 1937 y 1941, el 100% de los proyectos enviados al congreso por el ejecutivo fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados. A partir de 1943 es aprobado por unanimidad el 92% de los proyectos (1943), el 74% (1947); el 77% (1949); el 95% (1959); el 82% (1961). En cuanto al poder judicial, "en grandes líneas sigue la política del Ejecutivo y sirve para darle mayor estabilidad" (34). En este sentido, no parece exagerada la afirmación de Manfred Mols: "México, desde el punto de vista del rendimiento del poder judicial, no es lo que en las democracias occidentales se llama un Estado de derecho" (35).

Desde luego, esta realidad no significa que la Constitución mexicana no reconozca el principio de la división de los poderes. Por el contrario, el artículo 49 establece: "El poder supremo de la federación se divide en cuanto a su ejercicio, en el legislativo, ejecutivo y judicial". Y no hay que olvidar que el caso mexicano es el de una democracia "sui generis" que en ningún caso puede compararse con el de Nicaragua en la época de Somoza en donde los artículos 316, 320-324 de la Constitución establecían el sistema de la pluralidad de partidos políticos y el gobierno manifestaba reiteradamente su fiel observancia de la Constitución.

A todos estos casos podría aplicarse la frase de Pablo González Casanova con respecto al poder legislativo en México: "El legislativo tiene una función simbólica. Sanciona actos del ejecutivo" les da "una validez y una fundamentación de tipo tradicional y metafísico con la que los actos del ejecutivo adquieren la categoría de leyes o se respaldan en el orden de las leyes" (36).

---

(33) Cfr. Pablo González Casanova, op. cit. en nota 17, pág. 25 y Manfred Mols, op. cit. en nota 3, pág. 323.

(34) Cfr. Manfred Mols, op. cit. en nota 3, pág. 384. Lo dicho aquí sobre el caso mexicano vale también para otros países de América Latina. Con respecto a Colombia, por ejemplo, cfr. el prolijo análisis sobre la dependencia del poder judicial en sus relaciones con el ejecutivo, realizado por Marcus Maurer (*Organisations- und Verfahrensstrukturen in der Strafrechtspflege Kolumbiens*, Francfort 1980). Para el caso argentino, cfr. Roberto Bergalli, "Jueces e intereses sociales en Argentina" es del mismo autor, *Crítica a la criminología*, Bogotá 1982, págs. 245 y ss.

(36) Cfr. Pablo González Casanova, op. cit. en nota 17 pág. 33.

3) Pero no sólo existen problemas vinculados con las diferentes denotaciones de una misma palabra utilizada en América Latina y en Europa, sino que también dentro de un mismo país se plantean serias dudas acerca de la denotación de la expresión "sistema jurídico vigente".

Un interesante caso es el del régimen jurídico argentino vigente a fines de 1973. A él se refirió uno de los periódicos más importantes de la Argentina, "La Nación", bajo el significativo título "Estado de inseguridad" (37). Paso a citar algunas consideraciones de este artículo:

"... el país vive en un estado que no podría ser de mayor incertidumbre constitucional. En algunos aspectos jurídicos como el concerniente a la validez de la legislación dictada por los gobiernos de facto posteriores a 1966, el caos no puede ser mayor. Los tres poderes de la República tienen, en efecto, posiciones diferentes en esta materia crucial.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituida después del 25 de mayo, ha sostenido que esa legislación caducó con el gobierno que la había sancionado...

En segundo lugar, el Poder Ejecutivo ha demostrado en esta materia su preferencia por la ambigüedad: unas veces derogó por simple decreto un decreto ley o, como se decía entonces, una 'ley' del gobierno revolucionario... otras veces se dirigió al Congreso a través de proyectos propiciatorios de la derogación de 'leyes' dictadas entre el 28 de junio de 1966 y el 25 de mayo de 1973...

En tercer lugar, el Congreso de la Nación parece haberse desinteresado por la gravedad de la cuestión en la medida en que ha aceptado en silencio por un lado, la derogación por decretos de decretos leyes sancionados por los gobiernos revolucionarios y, por otro, se ha prestado a derogar por leyes disposiciones legales de naturaleza equivalente..."

El problema que aquí se presenta no es desde luego de naturaleza puramente teórica sino práctica. La cuestión residía en qué había de entenderse por "ley" durante los años 1966-1973. El gobierno militar que ocupara el poder en 1966, en virtud del artículo 5 del Estatuto de la Revolución Argentina, había asumido las funciones del Congreso; por lo

---

(37) Reproducido por Carlos S. Nino, *Notas de introducción al derecho*, Buenos Aires 1974, vol. 3, págs. 43 y ss.

tanto, sostenía, las normas que dictaba no eran "decretos" o "decretos-leyes" sino "leyes".

Si en 1972, Tilman Evers podía sostener que esta nueva terminología era "jurídicamente irrelevante" (38), en 1973 habría de verse que tal no era el caso.

Un ejemplo: según la Constitución argentina de 1853, cuya vigencia parcial el gobierno militar aceptó (39), la designación de generales, almirantes, brigadieres, jueces, embajadores y ministros del Servicio Exterior, requiere la aprobación del Senado. En virtud del artículo 5 mencionado, el gobierno militar consideró que las designaciones que había dispuesto en estos tres ámbitos, es decir, el de las fuerzas armadas, el de la justicia y el del servicio diplomático, eran perfectamente válidos.

Producido el cambio de gobierno, el 25 de mayo de 1973, la validez de estas designaciones no fue juzgada por criterios jurídicos uniformes, es decir, no se adoptó ni el criterio de declararlas nulas ni tampoco el de sostener su validez general. Se optó por criterios eminentemente políticos teniendo en cuenta los factores reales de poder: los ascensos en las fuerzas armadas no fueron objeto de impugnación alguna; los de la justicia fueron aceptados, pero se resolvió jubilar antes de tiempo a algunos jueces que no ofrecían la suficiente garantía de lealtad al ejecutivo; los del Servicio Exterior fueron considerados como actos incompletos, que requerían la convalidación del Senado.

En éste y otros casos similares (hay que tener en cuenta que durante el periodo del gobierno militar de 1966-1973 se dictó un gran número de estas llamadas "leyes") el derecho deja de jugar una de sus funciones primordiales, o sea, la de ordenar las expectativas de las personas cuya conducta pretende regular. Ello justifica la calificación de "estado de inseguridad" que utilizara el mencionado artículo periodístico.

No menos complicado fue en este período (que es tan sólo un ejemplo entre muchos) establecer la jerarquía de las fuentes del orden normativo vigente. El artículo 3 del Estatuto de la Revolución Argentina establecía tres fuentes principales: el propio Estatuto, la Constitución de 1853

---

(38) Cfr. Tilman Evers, *Militärregierung in Argentinien. Das politische System der "Argentinischen Revolution"*, Hamburg 1972, pág. 79.

(39) Cfr. artículo 3 del Estatuto de la Revolución Argentina.

y los objetivos de la Revolución Argentina fijados en el apéndice 3 del Acta de la Revolución.

Con respecto a la jerarquía existente entre el Estatuto y la Constitución, se formularon dos teorías opuestas: la una veía una relación vertical entre ambas disposiciones normativas ocupando el Estatuto una posición superior. La otra establecía una ordenación horizontal considerando que las disposiciones del Estatuto y las partes conciliables de la Constitución constituían un único cuerpo (40).

No menos difícil de determinar era la significación jurídica de los "objetivos de la Revolución", es decir, si eran derecho inmediatamente válido o sólo fuentes para la interpretación judicial.

La individualización del sistema normativo vigente en la Argentina desde 1966 a 1973 fue por ello motivo de no pocas perplejidades agravadas en la práctica por las relaciones de dependencia del poder judicial con respecto al ejecutivo.

4) En 1976, bajo el título *Recht und Konflikt*, Volkmar Gessner publicó un interesante libro en el que, sobre la base de observaciones empíricas, analizaba la forma como en el ámbito del derecho privado se solucionan en México los conflictos sociales para los cuales el orden jurídico ofrece un procedimiento o posibilidad de solución. El estudio abarca los años 1971-74. Lo que Gessner se había propuesto tratar era, dicho brevemente, el fenómeno de la "presencia del derecho en las relaciones interpersonales" (14).

La investigación de Gessner muestra claramente la reducida importancia que tiene la actividad judicial para la solución de conflictos en México, principalmente en las zonas rurales.

"Prácticamente no se recurre a los tribunales. Su función en el campo es muy reducida. Cuando existen diferencias de poder, en sistemas altamente interdependientes se agrega el hecho de que para el más débil existe poca posibilidad de éxito a través de un procedimiento que es distorsionado por las influencias de poder. Aún cuando obtuviera un fallo favorable y se llegara a la ejecución de la sentencia, tiene que contar con represalias. Por otra parte, en caso de conflicto, el más fuerte no necesi-

---

(40) Cfr., por ejemplo, Tilman Evers, op. cit. en nota 38, págs. 74 y ss.

(41) Cfr. Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt*, Tubinga 1976, pág. 11.

ta de los tribunales para imponer sus intereses. Posee medios suficientes internos al sistema... El derecho no juega ningún papel en conflictos entre desiguales. El más fuerte, el que puede determinar el resultado del proceso, no se rige por normas sino por intereses" (42). En caso de conflictos entre iguales, se recurre a la ayuda de árbitros quienes "pocas veces aplican normas jurídicas" (43). Hay que tener en cuenta, además, que el desconocimiento del derecho vigente (Constitución, leyes de seguro social, leyes laborales) en las zonas rurales encuestadas por Gessner llegaba al 89%. La conciencia jurídica en el campo tiene muy poco que ver con el derecho positivo vigente (44).

No es necesario exponer en detalle los resultados de Gessner; sólo me interesa señalar que los casos que este autor analiza no se reducen a las zonas rurales sino que abarcan también el ámbito urbano e incluyen conflictos en empresas industriales y entre ellas. Los resultados son similares: "Resumiendo, puede decirse con respecto a los conflictos en la economía que, en su gran mayoría, son solucionados directamente; sólo cuando no hay diferencias de poder entre las partes y cuando se trata de relaciones de negocios fugaces se llega a los tribunales... El derecho privado es poco aplicado en los tribunales. Por otra parte, entra en competencia siempre con otras normas e intereses y tiene una reducida influencia en el resultado del conflicto" (45).

Si a los datos y observaciones de Gessner con respecto al derecho privado se agregan las de González Gasanova acerca del derecho público en México, pienso que no cuesta mucho inferir que las funciones que en este país cumple el orden jurídico positivo son muy diferentes a las que se supone normales en los países de Europa Occidental.

---

(42) Op. cit. pág. 219.

(43) Op. cit. pág. 220.

(44) Op. cit. pág. 221.

(45) Op. cit. pág. 235. José M. Rico en *Crimen y justicia en América Latina, México 1977*, ilustra con abundantes ejemplos la opinión negativa que sobre la administración de justicia tienen los estratos inferiores de la sociedad latinoamericana, al igual que la divergencia que existe entre los valores que ellos aplican para la evaluación de las acciones sociales y los sustentados por el Código Penal. En una encuesta realizada en las barriadas de Santiago de Chile en 1971 (cfr. pág. 343), el 52 por ciento de los encuestados opinó que la acción de los abogados era prácticamente nula pues sólo actuaban con fines de lucro. En otra investigación realizada en Chile, en 1972, el 88 por ciento de los encuestados en estas barriadas declaró que sólo tenía un acceso limitado a la justicia. El 67 por ciento prefería solucionar sus problemas personalmente. En Panamá, en la Isla de San Blas, han sido investigados casos de venganza privada aceptados por la comunidad, que se rige por un sistema secular de justicia, al margen del Código Penal. No muy diferente es la situación en Guatemala (cfr. págs. 345 y ss.).

5) En el campo de la teoría del derecho no existe prácticamente ninguna corriente europea de alguna importancia que no haya sido receptada y reelaborada creativamente por los juristas latinoamericanos.

Con respecto a la filosofía del derecho, si en 1948 Enrique Martínez Paz podía decir con razón: "En todos los países de América Latina el pensamiento jusfilosófico ha seguido en su desarrollo, aunque con algo de retraso, el ritmo del pensamiento europeo occidental" (46), desde hace por lo menos dos decenios es notoria la influencia de los pensadores anglosajones como así también la creciente contribución latinoamericana al análisis de las cuestiones teóricas del derecho (47). Por cierto que a medida que es mayor el grado de abstracción en la consideración de los problemas del derecho, aumenta la comunidad de temas que preocupan tanto al latinoamericano como al europeo. El caso quizás más notorio de esta afinidad teórica es el de la lógica deóntica y el ejemplo más claro el de la influencia en Europa de los escritos de los deónticos argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Prácticamente no existe publicación europea sobre temas de lógica deóntica en donde ambos autores no aparezcan citados y comentados in extenso.

La sociología jurídica, en cambio, presenta un grado de desarrollo mucho menor quizás atribuible, en parte a la enorme influencia del pensamiento kelseniano en América Latina y a la "expulsión del pensamiento sociológico" (48) que trajo aparejada la teoría pura del derecho. A esto debe agregarse una tendencia a considerar que la actividad del teórico del derecho se limitaba al estudio de las normas constitucionalmente válidas, descuidando el aspecto de su eficacia o ineficacia. Es significativo que precisamente cuando en los nuevos regimenes autoritarios de América Latina las normas dictadas adquieren mayor eficacia, la atención comience a centrarse en los efectos sociales del derecho y se produzca una mayor acentuación de las perspectivas funcionalistas, no sólo entre los autores de ideología marxista.

Es probable además que la preocupación por el tema de la justicia que actualmente es notoria en la filosofía jurídica y social (en autores

---

(46) Cfr. *Latin American Legal Philosophy*, Cambridge/Massachusetts 1948, pág. XIX.

(47) Con respecto a la filosofía argentina del derecho, cfr. Manuel Atienza *Actual filosofía del derecho en Argentina*, tesis doctoral Madrid, 1979, de próxima publicación en Buenos Aires.

(48) Cfr. Norberto Bobbio, "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas" en del mismo autor, *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y nota preliminar de A. Ruiz Miguel, Valencia 1980, págs. 263-287, pág. 264.

tan dispares como Jürgen Habermas y John Rawls o Robert Nozick, pasando por Niklas Luhmann) y su creciente recepción en América Latina estimulen igualmente un cambio de actitud en los teóricos del derecho latinoamericano.

No hay duda que la influencia de Hans Kelsen tuvo una muy saludable influencia metodológica en América Latina y que en la lectura de sus obras se formaron generaciones de juristas más sobrios y sutiles en la consideración de los aspectos formales del derecho y que libró a no pocos de caer en la tentación de un falaz jusnaturalismo como el que surgiera en la Alemania de postguerra alrededor del concepto de la "naturalidad de las cosas". Pero también es verdad que, debido a las características del sistema jurídico normativo de la mayoría de los países latinoamericanos, la teoría pura ofreció amplias avenidas para alejarse de la realidad cotidiana del derecho. Los resultados de la crítica interna de Kelsen y del análisis de sus polémicas con H. L. Hart y Alf Ross principalmente, sumados a las nuevas corrientes de la filosofía jurídica y social comienza a manifestarse con progresiva intensidad en el tratamiento por parte de los teóricos del derecho de dos temas que habían sido "prohibidos" por la teoría pura: el de la justicia y el del aspecto social del derecho (49).

### III

Pienso que tras la presentación de estos ejemplos, no habrá mayor inconveniente en aceptar, por lo menos, las siguientes conclusiones:

1) En países significativos de América Latina, el orden jurídico sancionado de acuerdo con las disposiciones constitucionales o por gobiernos de facto, no regla las expectativas de comportamiento de las instituciones y de los individuos en amplios campos de la interacción social. No sólo el status deóntico de las acciones suele ser impreciso sino que también en los casos en los que no existen mayores dudas acerca de lo ordenado, prohibido o permitido jurídicamente, la aplicación de las correspondientes disposiciones es reducida, como lo demuestran, entre otras, las investigaciones de Gessner.

2) En muchos países de América Latina, el orden jurídico constitucional no constituye una fuente relevante de legitimación de los actos del poder político.

---

(49) Un buen ejemplo en este sentido es el caso de Carlos S. Nino.

La diferencia que existe entre la evolución jurídico-política en América Latina y en los países de Europa Occidental puede apreciarse claramente si se realiza el ejercicio de aplicar el criterio weberiano de la creencia en la legalidad como tipo de dominación legítima, a la génesis del poder político de gran parte de los gobiernos latinoamericanos. Difícil será en este caso hablar de "dominación racional", de la obediencia por parte del gobernante al "orden impersonal de la ley" (50).

Si se acepta que el derecho ha asumido, a lo largo de un prolongado desarrollo, la función de ser fuente de legitimación del poder en los países europeos, será también difícil atribuir al orden constitucional latinoamericano esta misma función.

3) Al no cumplir con las funciones 1) y 2), el orden constitucional no es el que proporciona las razones legales para las acciones de los individuos e instituciones. Y si se tiene en cuenta la confusión que suele existir con respecto al orden jurídico vigente en los regímenes de facto (como sucediera en la Argentina en 1966-1973, por ejemplo), esta deficiencia se extiende también a las normas de comportamiento que ellos mismos sancionan.

4) Debido a la frecuencia de los golpes militares y a la larga duración de los estados de sitio, el orden constitucional raras veces cumple la función de regular los procedimientos de modificación de la ley y la forma como deben operar los órganos encargados de su aplicación. En una serie de países significativos de América Latina estas funciones son cumplidas por las llamadas actas institucionales o constitucionales. Precisamente porque ello es así, la importancia del orden constitucional como obstáculo o como estímulo del desarrollo social es muy reducida y se hace difícil adoptar frente a él la posición optimista de Alberdi o la pesimista de Nova Monreal.

5) Lo dicho acerca de la deficiencia notoria de las funciones normativas de la Constitución y del orden sancionado de acuerdo con ella no significa que aquélla no cumpla función alguna y que sea sin más prescindible. Por el contrario, si se desea comprender la naturaleza de los sistemas jurídico-políticos latinoamericanos, no hay que olvidar que la Constitución cumple, por lo menos, estas funciones:

---

(50) Cfr. Max Weber, *op. cit.* en nota 27, págs. 124 y ss.



a) Una función casi “metafísica” (para usar la expresión de González Casanova) de ser una ideología siempre disponible y siempre deseable, según la situación del momento. La Constitución es una especie de “reserva argumentativa” a la que los gobiernos y los partidos políticos pueden recurrir utilizando además la carga emotiva de la expresión “derecho constitucional”.

b) Una función de declaración programática de tareas a cumplir en un futuro más o menos lejano. Ello la inmuniza frente a posibles transgresiones, por ejemplo en el plano de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano, pues siempre es posible aducir que se está en vías de realizar el programa contenido en la Constitución.

c) Como consecuencia de estas dos funciones, la Constitución pasa a convertirse en elemento esencial de la mitología política de los respectivos países. Efectivamente, se la invoca en un intento de reconciliación de las discrepancias que existen entre los valores profesados y el comportamiento real, por lo general en tiempos de crisis; sus principios no necesitan ser verificables ni ser guía de un estado de cosas realmente existente (51).

6) En el ámbito de lo que Joseph Raz denomina funciones sociales indirectas del derecho (52), sobre todo en sociedades muy heterogéneas (como son las de los países andinos o la mexicana), la aplicación general de la Constitución (que por lo general se inspira en las dictadas para sociedades homogéneas) suele traer aparejado un reforzamiento de la desigualdad social. En el caso de los regímenes que integran la clase de lo que se llama “moderno autoritarismo” (53) no hay duda que ésta no es una consecuencia indirecta no deseada sino una de las finalidades propuestas. Pero en ambos casos, el orden jurídico no cumple con una de las funciones que Carl J. Friedrich considera fundamental en los países occidentales, es decir, la reducción de las tensiones sociales (54). Ello trae

---

(51) Sobre esta concepción del mito político cfr. Kenneth M. Coleman, “The Political Mythology of the Monroe Doctrine” en John D. Martz y Lars Schoultz, *Latin America, the United States, and the Inter-American System*, Boulder, Colorado, 1980, págs. 95-114, pág. 97.

(52) Cfr. Joseph Raz, “On the Functions of Law” en A.W.B. Simpson *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford 1973, págs. 278-304, pág. 299.

(53) Sobre el concepto “moderno autoritarismo”, cfr. entre otros, David Collier (comp.), *The New Authoritarianism in Latin America*, Princeton University Press 1979, con abundante bibliografía sobre este tema.

(54) Cfr. Carl J. Friedrich, “Die Verfassungsproblematik der Entwicklungsländer im Hinblick auf die Aufgaben des modernen Staates” en Theo Stammen, *Vergleichende Regierungsslehre*, Darmstadt 1976, págs. 451-476.

aparejados grandes déficits en lo que respecta a la satisfacción de principios mínimos de justicia, con lo que se vuelve problemática también la justificación ética de este derecho (55). Este ámbito es el que más interés ha despertado en los politólogos y sociólogos que analizan el funcionamiento del Estado en América Latina (56).

7) Estas características del derecho como sistema normativo condicionan también la posición del jurista. Si es verdad, como creo haberlo ejemplificado, que los sistemas jurídicos latinoamericanos están afectados por una casi permanente incertidumbre con respecto a la regla de reconocimiento, presentan un marcado distanciamiento entre el orden constitucionalmente sancionado y su aplicación real, a la vez que anomalías estructurales en sus instituciones, no parece muy aventurado afirmar que el jurista corre el peligro de cometer los siguientes "pecados graves":

a) describir un derecho de vigencia prácticamente nula, pero no como podría hacerlo el historiador, sino con la pretensión de hacer referencia a una realidad actual. Es el caso de los constitucionalistas en muchas universidades de América Latina. El jurista contribuye así, bajo el manto de un supuesto respeto a la Constitución, al encubrimiento de la realidad y a aumentar el despiste ciudadano (57);

b) pretender armonizar el sistema jurídico de facto con el constitucionalmente sancionado, disimulando las contradicciones que entre am-

(55) Cfr. al respecto, John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1971 o Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford 1974, por ejemplo.

(56) Cfr. al respecto las obras de Tilman Evers y de Norbert Lechner citadas en nota 1.

(57) "Desde el punto de vista conceptual, el constitucionalismo latinoamericano identifica, describe y funcionaliza un poder político abstracto que nada tiene que ver con las determinaciones concretas que emanan de la realidad histórico-social. Este no es un *argumentum ad hominem* dirigido a legisladores y tratadistas, sino el rasgo intrínseco de una disciplina social tipificada como secundaria". (Mario Miranda Pacheco, "Crisis de poder y poder ejecutivo en América Latina" en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (ed.) *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México 1977, págs. 351-364, pág. 355). Es claro también que el método de describir el derecho constitucional sancionado como si fuera el efectivamente vigente es uno de los recursos predilectos por quienes intentan disimular el carácter dictatorial de algunos regímenes "constitucionales" en América Latina. Un muy buen ejemplo al respecto es el libro de Hubert Krier, *Tupferes Paraguay*, Würzburg 1979, y sus referencias a los derechos del ciudadano establecidos por la Constitución paraguaya, que pueden ser "comparados a las normas correspondientes de cualquier Constitución vigente en el mundo libre" (op. cit. pág. 51).

bos existen. Suele ser el comportamiento de no pocos jueces y funcionarios del poder judicial (58);

c) minimizar las diferencias que existen entre el derecho constitucionalmente sancionado y su aplicación, en países que no están sometidos a regímenes de facto. El jurista proporciona aquí una especie de "cemento ideológico" sustitutivo de una inexistente estructura social y económica homogénea (59).

En los dos primeros casos, los juristas constituyen un importante grupo social que contribuye a reforzar la estabilidad de los regímenes de facto. En efecto, si se acepta que la calificación de un gobierno como "legal" no es una mera descripción de acuerdo con criterios establecidos sino más bien un acto de reconocimiento y de leal adhesión, con clara connotación prescriptiva, no hay duda que una forma eficaz de proclamar esta legalidad es actuar en la manera aquí descrita (60).

8) En vista de estos peligros, conviene recordar las sugerencias formuladas por Carlos S. Nino en el sentido de que las tareas descriptivas y sistematizadoras de la dogmática jurídica "deberían comenzar por determinar qué normas tienen efectivamente vigencia en cierto ámbito, para lo cual tendrían que dejar de lado ciertos preconceptos sobre las 'verdaderas' fuentes del derecho y analizar, fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, cuáles son las pautas que reciben real aplica-

---

(58) Sobre las relaciones entre la administración de justicia y las Fuerzas Armadas, cfr. Aníbal Palma Fourcade "Poder Judicial-Fuerzas Armadas" en Universidad Menéndez Pelayo (ed.), *La lucha por la democracia en América Latina*, Guadalajara, s.d. págs. 153-160. El estudio de las razones de la actitud complaciente del poder judicial frente a los regímenes de facto supera los límites de este trabajo. En el artículo aquí mencionado, Palma Fourcade enumera entre otras, el conservadurismo del poder judicial, la forma de designación de sus miembros, su origen social. Enrique Vescovi ("El predominio del poder ejecutivo en América Latina" en el libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM mencionado en nota 53, págs. 439-447) añade, además, la falta de una carrera judicial y los bajos sueldos de los jueces, cuya existencia depende de las decisiones del ejecutivo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que por lo general los gobiernos de facto, entre sus primeras medidas, suelen remover a los jueces de las cortes supremas, las que después se limitan a legalizar los actos del ejecutivo enmarcándolos en el estatuto por él sancionado sin por ello dejar de invocar la Constitución. (Cfr. al respecto Helio Juan Zarini, op. cit. en nota 10, especialmente págs. 324 y s.).

(59) Cfr. Norbert Lechner, op. cit. en nota 1, pág. 160, nota 10.

(60) Sobre el carácter adscriptivo del concepto "gobierno legal", cfr. R.M. Hare "The Lawful Government" en Peter Laslett y W.G. Runciman, *Philosophy, Politics and Society*, Third Series, Oxford 1967, págs. 157-172.

ción" (61). Además, los juristas "deberían encarar también la tarea de mostrar las consecuencias de índole social, económica, etc. que se siguen de cada una de las posibles alternativas interpretativas" (62).

Ambas propuestas implican un acercamiento a la realidad que permitiría eliminar la situación a) del punto anterior y reducir los problemas señalados en c). La connotación ética de la segunda propuesta de Nino exige tener una mayor conciencia de las consecuencias en el caso de la posición b).

9) Como bien lo ha señalado García Méndez (63), en los regímenes que integran la clase del llamado "nuevo autoritarismo", la diferencia entre norma sancionada y norma vigente tiende a reducirse enormemente. Ello se debe a) a la mayor concentración del poder legislativo, b) a la firme voluntad de imponer las disposiciones normativas dictadas y c) a la disponibilidad de la fuerza necesaria para ello.

Un buen ejemplo de a) es el artículo 182 introducido en la Constitución brasileña de 1967 por la reforma del 17 de octubre de 1969. Su texto es el siguiente:

"Continúa en vigencia el Acta Institucional número 5 del 13 de diciembre de 1968 y las demás Actas expedidas posteriormente. Parágrafo único: El presidente de la República, después de consultar al Consejo de Seguridad Nacional, podrá decretar la cesación de la vigencia de cualquiera de esas Actas cuyas disposiciones fueran consideradas innecesarias".

Este es un excelente caso delo que Kelsen llama "competencia suprema", es decir, la posibilidad jurídica de modificar la Constitución sin limitación alguna (64). En realidad, podría afirmarse que la Constitución brasileña de 1969 consta de un solo artículo: el 182 (65).

---

(61) Cfr. Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires 1980, págs. 342.

(62) *Ibidem*, págs. 343-344.

(63) Cfr. *op. cit.* en nota 1.

(64) Cfr. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Aalen 1960, págs. 47 y ss.

(65) Así lo señaló acertadamente el senador Paulo Brossard. Cfr. Luiz Pinto Ferreira, "Predominio del poder ejecutivo en América Latina" en el libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM citado en nota 53, págs. 25-64, especialmente pág. 34).

Ilustrar los puntos b) y c) superaría los límites de este trabajo aunque quizás no esté de más subrayar que la voluntad de imposición normativa está estrechamente vinculada con la convicción que sustenta este tipo de gobierno en el sentido de que posee razones suficientes para el autoabastecimiento de legitimidad política (66). Por ello, en este tipo de gobiernos, disminuye consecuentemente la necesidad de contar con declaraciones adscriptivas de legalidad (67).

#### IV

Lo aquí expuesto pretende poner de manifiesto algunos rasgos peculiares del derecho latinoamericano, en su doble acepción indicada al comienzo de este trabajo. Estas notas distintivas no autorizan una generalización absoluta con respecto a todo el continente pero advierten acerca de la necesidad de actuar con cautela cuando se trata de estudiar las funciones del derecho en América Latina, sobre todo desde una perspectiva europea.

---

(66) Esta característica convierte a los Estados del "nuevo autoritarismo" en formas de gobierno diametralmente opuestas a la del Estado liberal surgido después de la Ilustración. Sobre esta problemática, cfr. por ejemplo, Hermann Lübke, "Staat und Zivilreligion. Ein Aspekt politischer Legitimität" en *ARSP*, Beiheft n° 15 (1981) págs. 40-64.

(67) Esta confianza en el autoabastecimiento de ideología legitimante hace que estos gobiernos se nieguen, en principio, a buscar fundamentos de legitimación ajenos a ellos mismos. Muy ilustrativo en este sentido es un documento de la Presidencia de la Argentina del 8 de agosto de 1978 en donde se dice: "Todo este proceso parte de una fuente de legitimidad: los documentos del 24 de marzo de 1976. En ningún momento debe producirse, por lo tanto, una transferencia abierta o indirecta de legitimidad hacia otras fuentes. No hay que someter este plan ni a la consulta de los dirigentes —lo cual supone darles de antemano representatividad y 'soberanía'— ni tampoco a plebiscitos que, aún cuando se ganen, suponen restablecer el concepto demagógico de 'pueblo' y darle a ese término —en definitiva un mito político— la soberanía".

# *DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO FINANCIERO*

*JUAN RAMALLO MASSANET*

*Catedrático de Derecho financiero y tributario*

SUMARIO: I. La Constitución y la actividad financiera en el ordenamiento jurídico. II. La disgregación del Derecho financiero en el Derecho constitucional y en el Derecho administrativo. La primera doctrina austriaca y sus repercusiones. III. La Constitución como marco de los criterios para el reparto de la carga tributaria. A) Los principios de capacidad económica e igualdad. a) La Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919. b) La posición del prof. PALAO: la igualdad como interdicción de la arbitrariedad. B) Revisión (por GIARDINA Y MAFFEZZONI) de la teoría causalista de GRIZIOTTI. Capacidad contributiva y capacidad económica y su incidencia en la proporcionalidad o progresividad del tributo. C) Conclusión.

## *I. LA CONSTITUCION Y LA ACTIVIDAD FINANCIERA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO*

Si entendemos por ordenamiento jurídico, abreviadamente, el conjunto de normas —de distinto rango y origen— que regulan el conjunto de fenómenos que, a juicio de un grupo social organizado, son colectivamente relevantes, nos encontramos que en este acervo se hallan tanto la Constitución de un país como la actividad de los entes públicos encaminada a la obtención de recursos con los que hacer frente a los gastos públicos necesarios para crear y mantener los servicios públicos oportunos con la finalidad de satisfacer, con ellos, las necesidades colectivas. Así pues, desde la perspectiva jurídica tendremos —por lo menos convencional o didácticamente y sin entrar ahora, ni por asomo, en análisis y problemas de autonomías científicas— un Derecho constitucional, es decir el Derecho que disciplina el fenómeno Constitución, y el Derecho financiero, es decir, por su parte, el Derecho que disciplina la actividad antes sumariamente descrita.

Planteadas así las cosas, hay que señalar inmediatamente, con todo, que la relación del Derecho financiero con el constitucional no ha

sido siempre entendida del mismo modo. Ello se ha debido, entre otros factores, a la consideración que de la Constitución y del Derecho constitucional se ha hecho, bien analizados desde el punto de vista del Derecho administrativo, bien desde la totalidad del ordenamiento jurídico y —como indudable herencia kelseniana— colocado a la cabecera del mismo.

Para O. MAYER —según expone en la introducción a su *Derecho Administrativo alemán*— “la administración es la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines. Así entendida, es lo opuesto de la Constitución que no hace más que preparar esta acción: la administración significa la formación de la potencia soberana mediante la cual el Estado se capacita para obrar” (1). Enfocada de tal modo la Constitución, en ella se establece el marco de actuación de las distintas actividades del Estado: administrativa, judicial, legislativa; y, por lo que respecta al Derecho financiero, en la Constitución se encontrará un mayor o menor número de disposiciones que regulen la actividad estatal (y, principalmente, la administrativa y la legislativa) en orden a los ingresos y gastos públicos. Fue la doctrina alemana la que elaboró esta distinción dentro del Estado con el fin de encontrar un concepto para el Derecho administrativo: “La administración, dice MOHL, es el conjunto de actos y resoluciones destinados a aplicar a los casos concretos el contenido de la Constitución y a dirigir, conforme a ella, la vida entera del Estado. La Constitución es, pues, el fundamento, el principio, lo que está fijo y permanente; la Administración indica lo que se mueve y cambia, lo que es actual y concreto” (2).

La Constitución, además de establecer la organización del Estado en el sentido apuntado, contiene también directrices materiales para la actuación legislativa, administrativa y judicial del mismo. Los principios constitucionales equivalen a un verdadero programa, cuya realización corresponderá a los órganos titulares de las diversas actividades estatales, y que se comporta como techo y amparo de la vida jurídica de una co-

(1) Redacción que coincide prácticamente con la del art. 1. de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de Julio de 1957, al decir: “La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”. La actual Constitución española de 1978, en su art. 103. 1 establece que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

(2) Citado por ORLANDO —importador y reelaborador de la doctrina alemana en Italia— en *Principi di Diritto Amministrativo*, Firenze, 1891, pág. 1. Trad. cast. de Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO. Edit. Inst. Est. Admon. Local. Madrid, 1978.

munidad política. Vista la Constitución desde este ángulo, de ella depende todo el ordenamiento jurídico que, recíprocamente, debe acomodarse a ella tanto en el momento de ser creado por el legislador como de ser aplicado por los particulares y por la Administración, como de ser contrastados ambos por el juez. Sin desconocer la diferencia entre los llamados principios generales del Derecho y los principios constitucionales de un ordenamiento jurídico, sí que debe reiterarse su relación existente con independencia del régimen político vigente en un país y en un momento histórico concreto (3).

## II. LA DISGREGACION DEL DERECHO FINANCIERO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA PRIMERA DOCTRINA AUSTRIACA Y SUS REPERCUSIONES.

Es en el primero de los dos aspectos expuestos en el que la primera doctrina austríaca del Derecho financiero se desarrolló. MYRBACH-RHEINFELD, en primer lugar, no se limitó a definir el Derecho financiero "como aquella parte del Derecho público positivo que tiene por objeto la regulación de las finanzas de las Corporaciones públicas (Estado y Corporaciones que, dentro de él, gozan de la autoadministración)" (4) sino que, a continuación, distinguió el Derecho constitucional financiero del Derecho administrativo financiero. La parte del Derecho financiero en sentido jurídico que pertenece al Derecho constitucional está compuesto por las normas que pertenecen a este Derecho, mientras que, por el contrario, el Derecho administrativo financiero está compuesto por las normas que pertenecen al Derecho administrativo. Al primero de estos Derechos apenas le dedica MYRBACH-RHEINFELD tres páginas de su obra, y en ellas se refiere únicamente al problema del Presupuesto y del

---

(3) FERNANDEZ-CARVAJAL, refiriéndose al régimen político español anterior a la Constitución de 1978 y, concretamente, a la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, afirmaba que "las decisiones políticas básicas aparecen configuradas aquí precisamente como principios, con lo cual queda establecida una fecunda conexión entre lo político y lo jurídico ya que la expresión nos remite a los principios generales del Derecho", *La Constitución Española*. Madrid, 2ª edic. 1969, pág. 19. Para GARCIA DE ENTERRIA, los principios generales son los principios institucionales, los cuales expresan, a través de la conversión técnica correspondiente, el orden de valores propio del Derecho natural o del orden político, ver *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en *Rev. Admón. Públ.* 40 (1963), pág. 221. Para Matías CORTES "es mejor hablar de principios constitucionales del sistema tributario que de principios generales del ordenamiento tributario", en *Sem. Est. Der. Fin.* 16 (1968), pág. 93.

(4) MYRBACH-RHEINFELD, F.: *Grundriss des Finanzrechts*. Leipzig, 1906, pág. 9.



consentimiento de los tributos por la representación popular (5). Todo el resto se dedica al Derecho administrativo financiero, es decir a las normas de Derecho administrativo que se refieren a los ingresos y gastos públicos.

Este antiguo profesor de Economía Política en la Universidad de Innsbruck dio un buen paso en favor del Derecho financiero con su *Grundriss des Finanzrechts*, pero creo que, junto a los méritos de su obra, mucho ayudó a su fama y difusión el acierto del título dado a la misma. El Derecho financiero, para este autor, no deja de ser el resultado de sumar los preceptos que en el Derecho constitucional y en el Derecho administrativo hacen referencia a las finanzas públicas.

En igual sentido construyó el Derecho financiero el que podemos considerar sucesor de MYRBACH-RHEINFELD en Austria: OTTO WITTSCHIEBEN. Entiende este autor que el Derecho financiero es el "conjunto de normas jurídicas según las cuales se cubren las necesidades de las Corporaciones públicas de un Estado" (6), y señala que los preceptos de este Derecho están contenidos parte en el Derecho constitucional y parte en el Derecho administrativo; ambos campos del Derecho, el Derecho constitucional financiero y el Derecho administrativo financiero, afirma (7), se han convertido en partes autónomas dentro de las dos grandes disciplinas: el Derecho constitucional y el Derecho administrativo.

Lo que WITTSCHIEBEN considera como objeto de ambas ramas del Derecho financiero se acomoda a la distinción anteriormente expuesta entre Constitución y administración.

El Derecho constitucional financiero tiene por objeto la exposición de los principios por los que debe regirse la elaboración del Derecho en temas financieros y la definición de los factores a tomar en cuenta para llevar a cabo la construcción del ordenamiento jurídico-financiero. Más concretamente este autor lo resume en cuatro puntos:

1º) Determinación del poder público del Estado y de las demás Corporaciones públicas inferiores en cuanto a la legislación, administración y justicia financiera.

---

(5) MYRBACH-RHEINFELD, F.: *Grundriss* cit., pág. 17-19.

(6) WITTSCHIEBEN, O.: *Grundriss des österreichischen Finanzrechtes*. Graz, 1937, pág. 1. Este libro fue la 2ª edición de *Das Österreichische Finanzrecht*. Graz, 1926.

(7) WITTSCHIEBEN, O.: *Grundriss*. Cit., págs. 4 - 5.

2º) Creación de medidas de seguridad contra las arbitrariedades que se puedan cometer en la esfera privada de los particulares.

3º) Regulación de las relaciones financieras de las distintas Corporaciones públicas entre sí.

4º) El Derecho constitucional financiero austriaco se basa en el principio de que las cargas públicas sólo pueden ser exigidas en base a una ley.

Por lo que se refiere al Derecho administrativo financiero, señala que este Derecho, al igual que el Derecho administrativo, “se encuentra también anclado en la Constitución y regula la continua y planificada actividad de las Corporaciones coactivas para asegurar y cubrir sus necesidades económico financieras”.

Esta distinción parecía tan importante en aquellos momentos que LIPPERT (8) al definir el Derecho financiero como “el conjunto de todas aquellas normas del Derecho público que regulan las relaciones entre los Estados dotados de soberanía financiera y los círculos de personas y ámbito territorial sometidos a él”, sin hacer referencia a la citada distinción y construir un concepto central básico del Derecho financiero, cosechó un buen número de críticas (9).

También en Suiza se siguió esta orientación, como se demuestra en uno de los pocos trabajos dedicados al Derecho financiero. Así, para SCHAERR (10) “las normas del Derecho financiero pueden estar contenidas en la Constitución, Derecho constitucional, o en leyes especiales o normas reglamentarias, es decir, Derecho administrativo”. BLUMENSTEIN, sin embargo, al no considerar el Derecho financiero como disciplina —e incluso el Derecho tributario, según es sabido, como una parte del Derecho administrativo (11)— únicamente ha hablado, en alguna ocasión, del Derecho administrativo financiero, entendiendo que el mismo “regula la fijación y utilización de los recursos financieros como fenómeno global (Derecho administrativo financiero material), y las institu-

---

(8) LIPPERT: *Internationales Finanzrecht*. Triest, Wien, Leipzig. 1912. pág. 11.

(9) Por ejemplo la de Karl NEUMAYER: *Internationales Finanzrecht*, en *Zeitschrift für internationales Recht* (1915), pág. 186.

(10) SCHAERR, A.: *Das Finanzrecht des Kantons, Zürich*, 1933, pág. 11. Este trabajo por toda división dos apartados, dedicado el primero al Derecho constitucional financiero (págs. 14 - 49) y el segundo al Derecho administrativo financiero (págs. 50 - 128).

(11) Véase por todas las ocasiones en que BLUMENSTEIN, E. ha mantenido esta opinión: *System des Steuersrechts*. Zürich, 3ª edic. 1971, pág. 10.

ciones de procedimiento que sirven para el control y garantía del legítimo destino de los recursos financieros (Derecho administrativo financiero formal)" (12). Ante ello puede pensarse que este Derecho administrativo financiero de BLUMENSTEIN no es equivalente y no se corresponde con el Derecho administrativo financiero de MYRBACH-RHEINFELD, sino que para el profesor de Berna el Derecho financiero era parte del Derecho administrativo: es el *Orden jurídico de la Economía de las Finanzas*, según reza el título de su colaboración en el Tratado de Finanzas de GERLOFF y NEUMARK, y con el que se quiere expresar la relación existente entre el orden jurídico y la Hacienda Pública en una comunidad política regida por el principio del Estado de Derecho.

En Alemania, esta concepción dual del Derecho financiero, formado en base a preceptos del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, no fue desarrollada, lo cual no quiere decir que no se recogiese por los autores que, sin embargo, se dedicaron fundamentalmente al estudio del Derecho tributario. "El Derecho financiero —dice WALDECKER (13)— pertenece en su parte jurídico constitucional al Derecho constitucional, mientras que en lo que se refiere a la realización de dicha parte constitucional, pertenece al Derecho administrativo".

Quizá el que se pasara a definir el Derecho financiero por su contenido objetivo (ingresos y gastos), en lugar de hacerlo por las zonas normativas en donde se regulaba (constitucional y administrativo) condujo a que los temas referentes a gasto público y presupuesto quedasen definitivamente relegados al campo del Derecho constitucional siendo objeto de estudio fundamental por los constitucionalistas como uno de los problemas de la relación entre gobierno y parlamento (14). Con ello, la ordenación de los ingresos quedó como materia del Derecho administrativo (15).

Sin embargo, algunos autores de los que se dedicaron al Derecho tributario no pudieron ignorar que este Derecho también tenía relación

---

(12) BLUMENSTEIN, E.: *El orden Jurídico de la Economía de las Finanzas*. Trad. cast. en el *Tratado de Finanzas* de GERLOFF/NEUMARCK. Buenos Aires, 1961, págs. 112 y 115 - 121.

(13) WALDECKER, L.: *Deutsches Steuerrecht*. Breslau, 1924, pág. 10.

(14) Esta afirmación se sigue manteniendo hoy, por ejemplo ALBIÑANA, C.: *La evolución histórica del presupuesto español*, en Hac. Públ. Esp. 11 (1971), pág. 30: "el presupuesto, a pesar de su naturaleza pluridisciplinar corresponde ser estudiado por el Derecho constitucional con plenitud de concepto y de significación jurídica".

(15) Ver, por todos, HENSEL, S.: *Steuerrecht*. Berlin, 1924, págs. 1 - 2.

con el Derecho constitucional. En este sentido, la distinción que antes se había referido por los austríacos al Derecho financiero, se aplicó al Derecho tributario y así, nos encontramos con un Derecho constitucional tributario y un Derecho administrativo tributario en las obras de Hermn MIRBT y Kurt BALL (16). También en este caso se dedica mucha mayor atención al Derecho administrativo tributario que al Derecho constitucional tributario, como había ocurrido con el Derecho financiero.

Desde este punto de vista de la sistematización, no es de extrañar, pues, que la materia estudiada fundamentalmente por el Derecho financiero y por el Derecho tributario coincidiesen. Se trataba, ante todo, de estudiar los tributos y, cuando más, el resto de los ingresos públicos (17).

Esta orientación, la de identificar Derecho financiero con tributario al haber dejado en manos del Derecho constitucional lo que se refiere a los gastos públicos y presupuesto, fue la seguida también en Italia: el *Corso di Diritto finanziario* de O. RANELETTI, las *Lezioni di Diritto finanziario* de TESORO, los *Elementi di Diritto finanziario* de A.G. GIANNINI, y las *Instituzioni di Diritto finanziario* de M. PUGLIESE, centraron su atención en el Derecho tributario a pesar de los títulos de sus obras (18).

### III. LA CONSTITUCION COMO MARCO DE LOS CRITERIOS PARA EL REPARTO DE LA CARGA TRIBUTARIA

El otro aspecto de la vinculación del Derecho financiero al constitucional hace referencia a los criterios que en la Constitución se establecen en orden a la regulación de los ingresos y gastos públicos. En efecto, la Constitución suele establecer una serie de principios en virtud de los cuales se debe regir la ordenación de la actividad financiera del Estado. La atención dedicada a la relación del Derecho financiero con los principios constitucionales ha dependido, y sigue dependiendo históricamente, tanto de que las Constituciones acojan dichos principios como de la efectivi-

---

(16) MIRBT, H.: *Grundriss des deutschen und preussischen Steuerrechts*. Leipzig, Erlange, 1926, págs. 34 y 84. Ball, K.: *Grundriss des gesamten Steuerrechts. II. Allgemeines Steuerrecht*. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1933, págs. 6 y 29.

(17) MYBARCH-REHEINFELD dedica una de las partes de su obra al estudio de los monopolios estatales *Grundriss*, cit. pág. 40 - 53.

(18) Milano, 1928; Roma, 1932; Milano, 1945; Padova, 1937, respectivamente.

dad inmediata que tengan los preceptos constitucionales ante los tribunales ordinarios y, sobre todo, ante un Tribunal Constitucional.

En esta relación hay que distinguir aquellos principios que se refieren estrictamente a la materia tributaria y que la Constitución ha recogido, es decir, principios tributarios constitucionalizados, de otros principios constitucionales que no haciendo referencia expresa o no siendo privativos de la materia financiera le son aplicables, es decir, principios constitucionales directamente relacionados con la materia financiera.

Los primeros son los que, evidentemente, mayor importancia —por su especialidad— tienen en el campo financiero, y de ellos sobresale uno, que afecta de forma inmediata al campo de los tributos: el principio de capacidad contributiva.

Hoy es normal (sobre todo en la doctrina científica italiana y española) que al hablar del Derecho constitucional financiero se haga referencia a este enfoque de los principios y al de capacidad económica de manera específica.

Este principio, si bien constituye la pieza clave del ordenamiento tributario, su virtualidad ha sido, no obstante, generalmente olvidada en los planteamientos dogmáticos de la disciplina, quedando centrado su papel a constituir un límite constitucional a la hora de determinar los presupuestos de hecho de los tributos.

#### A) *Los principios de capacidad económica e igualdad*

##### a) *La Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919*

Si muchos son los autores que no han admitido la efectividad de dicho principio en la elaboración y construcción del Derecho tributario, este rechazo no es de extrañar en los autores alemanes tanto por su concepción formalista y científica (pura) de su construcción jurídica como por el hecho de no tener en la Constitución un precepto que recogiese la obligación del gravamen de acuerdo con la capacidad contributiva. En efecto, hasta la Constitución de Weimar, de agosto de 1919, no se había recogido a nivel constitucional el citado principio. En el art. 134 de esta Constitución se establecía que “todos los ciudadanos sin distinción contribuirán al mantenimiento de todas las cargas públicas en relación a sus medios y en la medida establecida por la ley”.

La doctrina consideró con bastante unanimidad que los “medios” a que se refería el art. 134 era la capacidad contributiva (*Leistungsfähigkeit*) (19). El verdadero problema se planteaba en saber el grado de vinculación que el legislador tenía a dicha medida de la capacidad contributiva, pues, como se desprende del art. 134, la contribución de los ciudadanos a las cargas públicas tiene dos condiciones: 1ª) contribuir en relación a sus medios. 2ª) contribuir en la medida establecida por la ley.

Con lo cual la primera condición pasa a través de la segunda. Esta segunda condición es la que pone de manifiesto la vinculación del legislador ordinario al principio constitucional. Principio que, de un lado, se reconocía como “idea del liberalismo” (20) heredada de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que, de otro, se concretaba en la alternativa entre progresión o proporcionalidad en el reparto de la carga tributaria.

Sin embargo la alternativa entre proporcionalidad y progresión remitía a explicaciones exteriores al principio de la capacidad contributiva del art. 134, por lo que se intentó su concreción lógico-formal en el principio de la igualdad relativa (*Verhältnismäßigkeit*) propuesta hecha de un modo decisivo por LEIBHOLZ (21) y cuya importancia se demuestra en el hecho de que la Constitución alemana de Bonn no haya recogido el principio de la capacidad contributiva siendo suficiente el principio general de igualdad establecido en el art. 3.

No deja de ser curioso que si bien el principio del gravamen en relación con los medios, establecido en el art. 134 de la Constitución de Weimar, es, hoy, considerado como un caso de aplicación del principio de

---

(19) Ver, entre otros, BUHLER, O., en *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, obra dirigida por NIPPERDEY. Berlin 1929 - 30, tomo II, pág. 313. HENSEL, A.: *Verfassungrechtliche Bindungen des Steuergesetzgebers. Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Gleichheit vor dem Gesetz*, en *Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht* (1930), págs. 451 y 463. MAINZER, O.: *Gleichheit vor dem Gesetz. Gerechtigkeit und Recht*. Berlin, 1929, pág. 33.

(20) HÜTTEL, A.: *Gleichmässige Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit (Inhalt und Bedeutung des Artikels 134 der Reichsverfassung)*. Bochum, 1934, pág. 33.

(21) LEIBHOLZ, G.: *Gleichheit vor dem Gesetz*. Berlin, 1925, pág. 39. En 1924 se da un cambio en la literatura jurídico-pública, que a partir de entonces, va a entender que el principio de igualdad no afecta exclusivamente al ejecutivo (aplicación de la ley) sino también al legislador. La aportación de LEIBHOLZ se basó en la profundización y desarrollo de la teoría formulada sobre este punto por TRIEPEL, cuyas implicaciones para el Derecho tributario fueron de la mayor importancia, y que se plasmaba en que “*Gleiche Tatbestände müssen gleich behandelt werden*” (a igualdad de supuestos de hecho tiene que darse una igualdad de tratamiento en sus consecuencias).

igualdad que establecía dicha Constitución en su art. 109 (22), en las dos Ponencias presentadas a la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* en 1926 por Erich KAUFMANN y Hans NAWIASKY sobre el tema *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* (23) no se hiciera ninguna alusión al art. 134 como caso de especificación del art. 109. Únicamente en una intervención oral, en el coloquio posterior al informe, Albert HENSEL recordó que “ya en la *Kommunallabgabengesetz* prusiana de 1893 se encontraba el principio de igualdad. En la actualidad, el Derecho tributario realiza esfuerzos por encontrar un principio de igualdad. No obstante, los principios de igualdad, que han sido puestos de manifiesto por el Derecho tributario no se han tenido absolutamente en cuenta” (24). Posteriormente, en 1930, este autor analizó más detenidamente el problema, considerando el art. 134 como un caso especial del art. 109 de la Constitución, pero afirmando, al mismo tiempo, que contenía criterios de justicia tributaria material con significado autónomo (25).

b) *La posición del Prof. PALAO: la igualdad como interdicción de la arbitrariedad*

Recientemente ha vuelto sobre este importante tema el Profesor PALAO y, tras la exposición del camino seguido por el principio de capacidad contributiva en la doctrina italiana, se pronuncia por la crítica de dicho concepto en la medida en que se le considere como criterio material de justicia tributaria que concretiza el “más general principio de igualdad al que vendrían a dotar de un contenido material” (26). Para este autor, siguiendo una vasta corriente doctrinal, el verdadero significado

(22) APELT, W.; *Geschichte der Weimarer Verfassung*. München, Berlín, 2ª edic., pág. 303.

(23) *Veröffentlichung der Vereinigung*. Berlin, Leipzig, 1927, págs. 2-62. Recuérdese que fue en esta misma Sesión de 1926 en la que se trataron como segundo tema, las Ponencias de A. HENSEL y O. BÜHLER sobre *La influencia del Derecho tributario en la formación de conceptos del Derecho público*, traducidas al castellano en la *Rev. Hacienda Pública Española* 22 (1973) pág. 173 - 206.

(24) HENSEL, A.: *Veröffentlichung der Vereinigung*, cit; pág. 58.

(25) HENSEL, A.: *Verfassungsrechtliche Bindungen der Steuergesetzgeber*, cit. pág. 443.

(26) PALAO, C.: *Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva*, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor de Castro. Madrid, 1976, pág. 400. Ver también su conferencia en el VII Curso de Especialização em Direito Tributário de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Sao Paulo (octubre, 1978) recogida en la *Revista de Direito Tributario* 4 (1978) pág. 125 bajo el título *Isonomia e capacidade contributiva*.

del principio de igualdad es la “interdicción de la arbitrariedad”, por lo cual, y “no requiriendo privar de todo contenido material al concepto de capacidad económica, puede pensarse que ésta constituye una especificación del principio de igualdad, si bien indeterminada y sujeta, en cuanto a su modo de operar, a los límites que se derivan con carácter general del principio superior; es decir, en el sentido de que no serían inadmisibles las discriminaciones que se establezcan prescindiendo de la capacidad contributiva, siempre que estuviesen objetivamente justificadas y no pudiesen ser consideradas como infundadas o arbitrarias” (27).

No es necesario, según esta línea de pensamiento, dicho principio de capacidad económica siempre y cuando el principio de igualdad se entienda como imperativo dirigido al legislador de justificación de las normas, de eliminación de la arbitrariedad. En este supuesto, afirma PALAO (28), “no es necesario que la Constitución imponga expresamente (positiva o negativamente) determinados contenidos a la legislación cuando estos límites materiales se deducen inmediatamente de la idea de justicia, de modo que las normas que los violasen serían consideradas como evidentemente contrarias al sentimiento de lo justo del que participa la comunidad”. Así es como se puede explicar, señala el citado autor, “por qué la alusión a la capacidad contributiva puede desaparecer de los textos constitucionales sin que ello suponga una merma absoluta en los límites a las leyes tributarias ni en la precisión y determinación con que éstos se formulan técnicamente”.

La relación entre principio de capacidad contributiva y el de igualdad se ha dado también en el Derecho constitucional español. Desde la Constitución de Cádiz se repite en todas las Constituciones el citado principio del gravamen en relación a los medios. Sin embargo, en la Constitución de la II República española no se hace referencia al mismo siendo suficiente el principio de igualdad de su art. 2 (29).

---

(27) PALAO, C.: *Apogeo y crisis*, cit. pág. 422.

(28) PALAO, C.: *Apogeo y crisis*, cit. pág. 416.

(29) Constitución de 1812. arts. 8 y 339; Constitución de 1837, art. 6; Constitución de 1845, art. 6; Constitución (no promulgada) de 1856, art. 7; Constitución de 1869, arts. 26 y 28; Constitución (proyecto) de 1873, art. 30; Constitución de 1876, art. 3.



B) *Revisión (por GIARDINA y MAFFEZZONI) de la teoría causalista de GRIZIOTTI. Capacidad contributiva y capacidad económica y su incidencia en la proporcionalidad o progresividad del tributo*

Parece oportuno, llegados a este punto, hacer referencia con algún detalle a la posición mantenida por GRIZIOTTI y, sobre todo, a la reconsideración que de ella hicieron, en Italia también, GIARDINA y MAFFEZZONI (30), maxime si tenemos en cuenta el paralelismo que han tenido en aquel país y en España los preceptos constitucionales sobre la capacidad contributiva en relación con el de capacidad económica y la incidencia de ambos con el problema de la proporcionalidad o progresividad del reparto de la carga tributaria.

Antes, con todo, recordemos brevemente, siguiendo a PALAO (31), cuáles han sido las teorías formuladas sobre el principio de capacidad contributiva en cuanto límite constitucional de carácter material para la legislación tributaria y que, resumidamente, son las siguientes:

1ª) La tesis de GRIZIOTTI y sus seguidores, llamada también concepción causal del impuesto, según la cual la capacidad contributiva es la causa última de pagar el impuesto, por ser manifestación de la causa primera, que es el beneficio derivado de los servicios públicos.

2ª) Un posterior desinterés de la doctrina, motivado en gran medida por la crítica de la concepción anterior. La noción de capacidad contributiva se considera demasiado indeterminada para constituir un límite al legislador (A.D. GIANNINI, entre otros).

3ª) Una fase de rehabilitación (GIARDINA) y posterior apogeo del principio (MAFFEZZONI). Para los autores que se integran en este grupo la capacidad contributiva viene a ser la medida de la justicia fiscal, al concretar en el ámbito tributario el principio de igualdad. Interpretando la noción de capacidad contributiva adoptada por el legislador constitucional se piensa incluso que podrían llegar a extraerse de ella las lí-

---

(30) A efectos de esta reconsideración, en las páginas que siguen se hace un análisis y comentario de las obras de GIARDINA, E.: *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Milano, 1961 y de MAFFEZZONI, F.: *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Torino 1970; y con anterioridad, sobre todo, *Valore positivo di principi costituzionali in materia tributaria*, Rev. jus (1956), pág. 326.

(31) PALAO, C.: *Los límites del control de Constitucionalidad de la legislación fiscal*. Comunicación presentada a la Ponencia núm. 8: *Estructura socio-política y sistemas fiscales*, en la 1ª Mesa Redonda sobre el Reparto de la Carga fiscal. Valle de los Caídos, 1974. Esta comunicación era un avance del trabajo del Profesor PALAO: *Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva*, citado más arriba en nota (26).

neas esenciales del sistema fiscal querido por la Constitución, lo cual permite declarar la inconstitucionalidad de aquellos tributos que no se ajustan a los prejuicios de cada autor.

4ª) Los excesos conceptualistas de esta corriente doctrinal producen una crisis del principio de capacidad contributiva, que deja de ser considerado por un nuevo sector doctrinal (GAFFURI, LA ROSA) (32) como manifestación de la igualdad en materia tributaria. Se distingue el campo de actuación de ambos principios, y el de capacidad contributiva, al que se atribuye un contenido mucho menos amplio que en la concepción anterior, pasa a compartir con el de igualdad, concebida como igualdad formal, su antiguo monopolio como rector de la justicia tributaria. El principio de capacidad contributiva se entiende como mínima exigencia material de la legislación fiscal.

En Italia el problema se plantea partiendo del art. 53 de su Constitución, que dice: "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro *capacità contributiva*". El problema podría parecer resuelto en el Derecho español por cuanto el art. 31.1 de la Constitución de 1978 dice que "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su *capacidad económica*...", lo cual, a nivel de ley ordinaria, se hallaba ya establecido desde 1963 en el art. 3 de la Ley General Tributaria al decir que "la ordenación de los tributos ha de basarse en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlos..." (33). Como puede observarse, se elude el problema que plantea la delimitación conceptual de la capacidad contributiva recurriendo a otro principio, el de capacidad económica, estrechamente relacionado con aquél y de una aparente objetividad muy superior.

Benvenuto GRIZIOTTI intentó dar un sentido concreto a la expresión "capacidad contributiva" afirmando que lo que se quería consagrar con tal principio era la necesaria relación que debía de existir entre la persona llamada a satisfacer el tributo y los servicios o ventajas que

---

(32) GAFFURI, F.: *L'Attitudine alla contribuzione* Milano, 1969. A estos autores hay que unir también MOSCHETTI, F.: *Il principio della capacità contributiva*. Padova, 1973, traducción castellana de J. CALERO y R. NAVAS, Madrid, 1980.

(33) Sobre el principio de capacidad económica en la Constitución española de 1978. PEREZ DE AYALA, J.L.: *Las cargas públicas: principios para su distribución*. Hac. Públ. Esp. 59 (1979) pág. 87. MARTIN DELGADO, J. M<sup>º</sup>: *Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978*, Hac. Públ. Esp. 60 (1979) pág. 61, del mismo autor: *El control constitucional del principio de capacidad económica*, en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, pág. 1571, PONT MESTRES, M.: *La justicia tributaria y su formulación constitucional*, Rev. Esp. Der. Fin. 31 (1981) pág. 365.

le proporcionaban los gastos públicos. De esto resulta que la capacidad contributiva es sólo una cualificación, determinable objetivamente, de los hechos elegidos por la Ley como supuestos fácticos de los tributos. Se parte, por tanto, de considerar la capacidad contributiva como un índice del disfrute de los servicios públicos, y no como una referencia a la capacidad económica del sujeto pasivo, como se había entendido este principio con anterioridad en otros países.

Para Federico MAFFEZZONI es válido este punto de partida: se trata de delimitar los sujetos pasivos de los ingresos públicos, lo cual puede hacerse de varias formas. En principio cabría la posibilidad de hacerlo en base a criterios puramente territoriales, sin la necesidad de recurrir a una determinada noción de capacidad contributiva. Pero pronto se llega a la conclusión de la inadmisibilidad de tal criterio, por llegar a situaciones que resultan difíciles de aceptar; evidentemente, la dificultad de admisión de este criterio deriva de la existencia de una subconsciente exigencia de justicia tributaria, y la concreción de exigencias de este tipo se hace, precisamente en el principio de capacidad contributiva.

Toda la doctrina está de acuerdo en admitir la necesidad de justicia tributaria, pero la discordancia surge en el momento de determinar cómo deba realizarse tal justicia en un sistema impositivo concreto. Según MAFFEZZONI resulta indiscutible que todo tributo será justo sólo si se exige en proporción a los beneficios que el sujeto llamado a satisfacerlo percibe de los servicios públicos del Estado.

Otra posible solución al problema de la delimitación de los sujetos pasivos de la imposición, tal como resulta del art. 53 de la Constitución italiana, es la aportada por BERLIRI, al afirmar que la expresión "tutti" hace referencia a todos los ciudadanos italianos, con lo cual no sería el principio de capacidad contributiva el criterio delimitador, sino simplemente el estado de ciudadanía. Resulta manifiesta la intención de BERLIRI de salvar la dificultad del problema de la delimitación conceptual del principio de capacidad contributiva recurriendo a esta fácil salida, pero ello no nos aclara en absoluto nuestras dudas.

La cuestión más interesante que tanto GRIZIOTTI como MAFFEZZONI deben resolver es la fundamentación de la negativa a admitir la tradicional interpretación de la capacidad contributiva como capacidad económica.

Analicemos, por tanto, las objeciones expuestas por MAFFEZZO-

NI. dice este autor, en primer lugar, que el consentir al legislador ordinario elegir como presupuestos de los impuestos los hechos indicativos de riquezas o de capacidad económica, aunque no sean indicativos de las ventajas usufruidas de los servicios públicos, significa consentir al legislador que imponga, a igualdad de capacidad económica, igual prestación tributaria, tanto a quien manifiesta índices de disfrute de los servicios como a quien no manifiesta nada, es decir, tanto al extranjero ocasionalmente residente en el país, como al que reside en él habitualmente, lo cual resulta inadmisibile.

En segundo lugar, y esto es especialmente interesante para los fines de esta exposición, afirma que en contra de la difundida convicción de que la capacidad económica de los sujetos pasivos de los ingresos públicos sea una entidad objetivamente determinable, se puede afirmar con seguridad que no lo es, por la siguiente razón: la capacidad económica no puede medirse por la renta, pues no existe una noción unívoca de la misma. La existencia de varios conceptos de renta haría posible distribuciones de los ingresos públicos muy distintas unas de otras. Los conceptos de renta-producto, renta-ingreso, renta media, renta efectiva etc. pueden combinarse en un número indefinido de formas, y cada una de estas combinaciones corresponde a una medida distinta de la capacidad económica de un sujeto. La elección entre el número indefinido de posibles medidas de la capacidad económica corresponde al legislador ordinario, el cual se convierte así en árbitro de la situación, dando a esta capacidad el contenido que mejor le parezca. La intrínseca contradicción de la noción de capacidad económica se manifiesta también en otro aspecto: como hemos visto, la capacidad económica de una persona puede determinarse en base a un número indefinido de elementos, como la renta, el patrimonio, etc. y ninguno de estos elementos por sí mismos es suficiente para representar dicha capacidad. Pero en la realidad cada figura de ingresos público no puede referirse simultáneamente a todos estos elementos, sino sólo a uno o algunos de ellos, de lo que resulta que ninguno de los tributos puede fijarse en relación con la capacidad económica.

Finalmente, tampoco puede eliminarse la indeterminación de la capacidad económica recurriendo a la capacidad de gasto de las personas y deduciendo ésta de su gasto efectivo. En efecto, del gasto efectivo no puede obtenerse una medida de la capacidad económica por las siguientes razones: ante todo, el relacionar los ingresos públicos con el gasto efectivo significa excluir la posibilidad de que guarden relación alguna con el ahorro, es decir, implica afirmar que el ahorro no manifiesta capacidad económica de contribuir al gasto público, lo cual es insostenible.

En segundo lugar, el gasto de una persona no puede considerarse como un todo homogéneo, sino que debe de ser cualificado en base a juicios de valor referentes a su destino (para evitar el poner en un mismo nivel el gasto del drogadicto o el de quien debe contribuir al sustentamiento de sus familiares, por ejemplo). Pero entonces un gasto cualificado por tales juicios de valor debe admitir necesariamente un poder prácticamente ilimitado del legislador ordinario para elaborar criterios que relacionen el gasto con los ingresos públicos, cesando por tanto de ser aquel un criterio unívoco de determinación de los ingresos públicos. Por otra parte, el gasto de una persona es un índice seguro de la existencia en dicha persona de una necesidad que satisfacer, una necesidad precisamente distinta de la que se pueda satisfacer con el gasto público. De aquí cabe deducir que el gasto individual es por sí sólo prueba de incapacidad económica de contribución a los gastos públicos, a menos que imponga un juicio de valor según el cual es necesario o conveniente sacrificar la necesidad que se satisface mediante el gasto privado, en beneficio de la que pueda satisfacerse mediante el gasto público.

Estos razonamientos inducen a MAFFEZZONI a concluir que la explicación de que la doctrina financiera y jurídica hayan sido en el pasado poco propicias a dar crédito a las nociones de capacidad contributiva y darles fuerza vinculante para el legislador ordinario consiste en que ésta se entendía, expresa o tácitamente, como capacidad económica, noción de todo punto inutilizable para esbozar cualquier sistema homogéneo de ingresos públicos.

Sentada la tesis de la imposibilidad de identificación de los principios de capacidad contributiva y capacidad económica, MAFFEZZONI pasa a demostrar que el verdadero significado de la capacidad contributiva está en el aprovechamiento de las ventajas proporcionadas por los servicios públicos.

Se basa ello en la afirmación de que todos los supuestos de hecho fijados por el legislador italiano para la determinación de los tributos deben de considerarse, con la excepción de los hechos ilícitos, como manifestaciones de goce de un servicio público, mientras que no cabe considerarlos como manifestación de capacidad económica.

En efecto, dicha consideración es válida respecto de la petición de servicios públicos dirigida a entes públicos, pero lo es también respecto de la renta personal, en cuanto ha sido producida por una actividad productiva asistida por los servicios públicos. Y lo mismo puede decirse del

patrimonio, cuya formación y conservación no es concebida sin el auxilio de los servicios. Como, por otra parte, estos supuestos de hecho son todos de naturaleza económica y representan un valor expresable en dinero, se soluciona el problema de la medición del goce de los servicios públicos. No es que se quiera decir que el valor económico representado por dichos supuestos de hecho sea el mismo del goce que experimenta el sujeto por los servicios públicos, sino que su valor varía en el mismo sentido que los servicios públicos recibidos.

Otra justificación de este significado del principio de capacidad contributiva deriva del hecho de que el Estado debe ejercitar sus poderes para tutelar los derechos y garantizar el desarrollo económico y social de los individuos y de la colectividad. Por consiguiente, si el Estado debe, con su actividad y sus servicios, promover el bienestar de los individuos y de la colectividad, es obvio que en el esquema general de la Constitución debe existir una correlación directa y necesaria entre el valor de los hechos económicos gravados por los tributos y el de los servicios públicos gozados.

Llegados a este punto todos los autores que defienden esta interpretación del principio de la capacidad contributiva deben defenderse de la tradicional acusación de que no resulta mensurable la satisfacción producida a cada individuo por el disfrute de un servicio público.

MAFFEZZONI lo hace del siguiente modo: Las ventajas que los servicios públicos comportan a los individuos son ciertamente entidades sin un precio de mercado, a diferencia de otros bienes económicos. La imposibilidad de determinar el valor de dichos servicios en base a las valoraciones individuales de los sujetos pasivos de los ingresos públicos no implica la imposibilidad de determinar el valor en base a valoraciones del legislador ordinario. Por el contrario, el legislador ordinario puede llegar al valor de los servicios públicos de que se han beneficiado los sujetos pasivos de los tributos atribuyendo a las distintas manifestaciones de goce de los servicios públicos un valor idóneo para expresar su naturaleza y relacionando la cuantía del tributo a este valor expresivo de la intensidad del goce experimentado.

Se trata de un modo de determinar el valor de las ventajas de los servicios públicos adecuado al legislador, como órgano del Estado que debe repartir las cargas públicas, no conforme a valoraciones individuales, sino según valoraciones de interés general

De aquí que la importancia del principio de capacidad contributiva reside precisamente en imponer al legislador ordinario este tipo de reparto de los ingresos públicos.

Se detiene a continuación MAFFEZZONI en un detallado análisis de los distintos supuestos de hecho contemplados por el sistema tributario italiano, relacionándolos con su interpretación del principio de capacidad contributiva, lo cual resulta especialmente difícil en el caso de los hechos delictivos, que en ningún caso es posible asimilar a manifestaciones de goce de un servicio público, y que por tanto él asocia al hecho de impedir que otras personas se beneficien de dichos servicios.

Pero con su exposición general de la teoría, se tienen ya bastantes datos para encontrar los puntos débiles de la misma, que la hacen también inaceptable.

En primer lugar, la tan repetida necesidad de que la Constitución señale un criterio objetivo de reparto de la carga impositiva queda insatisfecha si se acepta que el principio de la capacidad contributiva hace referencia al goce experimentado por el sujeto al recibir un servicio público, puesto que la valoración de dicho goce se deja en manos del legislador ordinario, quien carece de criterios objetivos de medida o valoración. Es como si la Constitución se hubiese limitado a establecer que el sistema tributario debe ser justo, dejando a la voluntad del legislador ordinario la valoración de la justicia de cada tributo según criterios no especificados.

Por otra parte, y aquí reside el punto más débil de esta teoría, no se ve la necesaria correlación entre servicios públicos y obligación de satisfacer tributos. Evidentemente esta relación debe existir a nivel colectivo, en el que los servicios prestados por el Estado deben ser iguales a las cantidades sustraídas a los particulares para su financiación; pero esto no quiere decir que esta ecuación debe producirse a nivel individual para cada persona, sino que puede suceder lo contrario, a saber, que quien más se beneficie de los servicios públicos sea quien se encuentra en los niveles más bajos de renta, y que por tanto no puede satisfacer tributo alguno. Si esto no fuera así perdería mucha de su razón de ser la vida en comunidad, no habiendo nadie que estuviese dispuesto a atender las necesidades de los más indigentes.

El querer basar la justicia impositiva en criterios de equiparación de prestaciones, como si se tratase de contratos sinalagmáticos, lleva al ab-

surdo, que se intenta salvar afirmando que la mejor expresión de goce de los servicios públicos es la riqueza del que los percibe.

En cierto sentido se trata de dar la vuelta al problema: en un principio parece que las cargas de la comunidad deben satisfacerse en proporción a las posibilidades de cada uno, pero no hallando justificación clara a esta necesidad, se intenta explicarla mediante la creación de una concepción según la cual las posibilidades de cada uno están en función directa de los servicios públicos aprovechados, por lo que debe establecerse una equivalencia entre los servicios percibidos y los prestados.

Toda la teoría, como se ve, descansa sobre el principio de que quien más tiene es aquel que más se ha beneficiado de los servicios públicos, aunque se quiera rechazar expresamente esta acusación. No tiene otro significado, en efecto, la afirmación de MAFFEZZONI de que tanto la renta como el patrimonio son manifestaciones de goce de los servicios públicos. Paradójicamente, y a pesar de los esfuerzos derrochados en rechazar la interpretación de la capacidad contributiva como capacidad económica, se vuelve a la estimación de aquélla en base a elementos de carácter económico que bien podemos reunir bajo el concepto de capacidad económica.

Y es que, a pesar de las posibles contradicciones del concepto de capacidad económica, es instintiva la idea de riqueza de la persona como criterio de reparto de la carga tributaria.

Lo que no resulta ya tan instintivo es el afirmar la progresividad del sistema tributario, es decir, que los más ricos deben de participar de manera más que proporcional al nivel de su riqueza al sostenimiento de las cargas públicas.

Es evidente que para llegar a una polémica sobre la justicia de la progresividad haya de haber acuerdo sobre la justicia de la proporcionalidad, y esto significa que, tácita o expresamente, se admite que el principio de capacidad contributiva consiste en el reparto de las cargas públicas en relación con la riqueza de las personas.

Emilio GIARDINA había partido, precisamente, de esta idea, al decir que parece como si la afirmación en ámbito constitucional del principio de capacidad contributiva no sería más que emplear palabras vacías, sin significado concreto, o, todo lo más, manifestación de buenas intenciones, fórmula litúrgica a pronunciar ante el altar del mito de la justicia,



al que es oportuno elevar un poco de incienso, pero para la cual es suficiente un obsequio verbal.

GIARDINA afirma que el principio de capacidad contributiva tiene dos significados, al poderse predicar separadamente del ordenamiento tributario como un todo homogéneo, y de cada figura de tributo en concreto. En el primer sentido se pone en evidencia el concepto genérico de aptitud para la contribución elaborado por el legislador, mientras que en cada tributo sólo se manifiesta un aspecto parcial de dicha aptitud.

Como consecuencia de esta distinción, elabora dos nuevos conceptos, a saber, el de capacidad contributiva absoluta y el de capacidad contributiva relativa. El primero engloba los problemas relativos a la delimitación de la base imponible, y el segundo los criterios de valoración que llevan a la determinación de la carga concreta del tributo.

Se deduce fácilmente de estas consideraciones la posibilidad de que de esta pluralidad de conceptos de capacidad contributiva no todos tengan el mismo sentido, siendo verosímil la eventualidad de tributos que postulen una interpretación de aquel principio que esté en contradicción con el que se deduce del conjunto del ordenamiento tributario. Puede hacerse así una labor de comparación entre el principio abstraído del conjunto del ordenamiento y el que resulta de cada figura tributaria.

A la luz de estas ideas, se detiene también GIARDINA a analizar la concepción de GRIZIOTTI, como figura más destacada de la doctrina italiana en este campo. Como vimos anteriormente, la tesis de GRIZIOTTI consiste en considerar que todo tributo debe tener una causa, en el sentido estricto que esta palabra tiene en Derecho, y que esta causa no puede ser la Ley, como generalmente se afirma, sino que debe remontarse a la razón que justifica a la Ley para exigir con justicia un tributo. Para GRIZIOTTI esta causa no es otra que la adecuación entre los beneficios percibidos por el individuo de los servicios públicos y la carga impositiva que debe sufrir. El principio de capacidad contributiva viene así a jugar el mismo papel de la causa en todo negocio jurídico.

GIARDINA aporta, además de los argumentos de crítica ya expuestos con anterioridad respecto de MAFFEZZONI, algunas nuevas ideas dignas de nota.

En primer lugar, resulta evidente que el principio de capacidad contributiva, entendido en la forma propuesta por GRIZIOTTI no es la

única causa que informa la totalidad de los tributos que componen el ordenamiento tributario, sino que en bastantes casos juega otro principio, que podríamos denominar de solidaridad, cuando el sujeto pasivo carece de bienes pero disfruta de los servicios públicos. En estos casos, la aplicación estricta de la interpretación de GRIZIOTTI llevaría al absurdo de gravar con un tributo a quien no puede apenas contribuir a su propio sustento.

Otra dificultad resulta de la necesidad de una manifestación positiva del principio de capacidad contributiva, para que pueda jugar el papel de causa jurídica de los distintos tributos. Y aquí, aunque para GRIZIOTTI resulte evidente que el ordenamiento tributario italiano está construido en base a la equiparación entre ingresos públicos y beneficios aportados a los individuos a través de los servicios públicos, esta evidencia no basta para afirmar que una norma constitucional exige tal correlación, puesto que por muy extensiva que quiera hacerse la interpretación del art. 53 de la Constitución italiana no podrá nunca llegarse a entender la expresión “capacidad contributiva” como “necesidad de correlación entre la satisfacción experimentada a través de un servicio público y la carga tributaria a satisfacer”.

Por otra parte, aún admitiendo tan elástica interpretación, la concepción de GRIZIOTTI carece de los requisitos de certidumbre que se reputan indispensables para la formulación de la figura jurídica de la causa. Los contornos que la definen se manifiestan totalmente evanescentes y, de querer tomarla como elemento esencial de la deuda tributaria, se somete la aplicación de la ley al arbitrio del intérprete, con el riesgo de comprometer la certidumbre del Derecho. Las ventajas de los servicios públicos, los beneficios que derivan directamente o indirectamente del hecho de pertenecer a un Estado, a una sociedad o a una economía nacional son valores vagos e indeterminados, que no se prestan a configurar conceptos válidos y operantes en el plano jurídico.

Estas dificultades que se presentan ya en el ámbito global del Derecho tributario se hacen insuperables cuando se trata de una figura concreta de tributo, puesto que esta concepción implica la institución de un nexo causal entre cada tributo y el destino que se dé a los fondos recaudados con él, lo cual resulta absurdo en la práctica, puesto que la cantidad recaudada por cada tributo afluye a las arcas del Estado y allí se confunde con los productos de los demás tributos. De esta simple observación resulta que, aún admitiendo que se puedan valorar concretamente los beneficios derivados de cada servicio público para los contribu-

yentes, tal valoración podrá sólo hacerse para el conjunto indiscriminado de los tributos, y no para uno determinado, al cual no es posible relacionar los gastos públicos.

Finalmente, como justificación de la teoría de GRIZIOTTI, aduce GIARDINA los motivos históricos que originaron su creación y que en cierto modo le confieren sentido. La teoría causal de GRIZIOTTI nació merced al interés suscitado por el estudio de los problemas relacionados con la doble imposición internacional. En este plano, las ventajas derivadas de los gastos públicos manifiestan un significado importante, en cuanto sirven para esclarecer el fundamento del poder de imposición. El intento hecho para relacionarlas con una explicación más general del fenómeno tributario, atribuyéndoles la función de delimitar las concretas obligaciones fiscales no sólo en lo que se refiere a relaciones internacionales, sino también en relación al ordenamiento interno, no parece que se haya demostrado positivo.

Concluida la crítica a GRIZIOTTI, GIARDINA pasa a exponer sus propias ideas en torno a este tema.

Para iluminar el significado de la fórmula del art. 53 de la Constitución recurre a los esquemas lógico formales enunciados al principio de su exposición, a saber, las categorías formales de la capacidad contributiva absoluta y relativa, fijando la distinción en los dos momentos de la composición, relativos a la delimitación de la base imponible y a la formulación de los criterios de valoración que conducen a la determinación de la carga concreta del tributo.

La expresión "contribuir en razón de la capacidad contributiva" hace referencia, según GIARDINA, a ambos conceptos, es decir, que expresa tanto el resultado de la valoración como el elemento que constituye el objeto de dicha valoración. El posible polimorfismo del concepto no autoriza a sostener que el legislador constituyente haya querido referirse a una noción genérica o indeterminada. En opinión de GIARDINA, la capacidad contributiva se refiere, en concreto, a la capacidad económica.

Admite que el concepto de capacidad económica, a la luz de las demás recientes doctrinas, no resulta tan sólo de los bienes poseídos por los particulares, sino que es el resultado de una valoración de la global posición fiscal de los individuos pero hace notar que esta nueva concepción no excluye de la capacidad económica su elemento fundamental, la riqueza, sino que tan sólo pretende matizar este dato con otros elementos de valoración.

En su acepción corriente, la capacidad contributiva designa a la idoneidad para concurrir a las cargas públicas, y no ya la mera aptitud para ser sujeto pasivo de un tributo, (que en principio es común a todos los ciudadanos, como sometidos a la Soberanía del Estado). Tal concepto implica que el contribuyente posea una capacidad que no puede ser más que económica. Para el autor que venimos siguiendo, mediante esta interpretación del principio constitucional se alcanza, por fin, la necesaria claridad que salve a éste de la inoperante vaguedad en que se hallaba sumido. Estimando que la noción de capacidad contributiva “abarca toda la realidad fiscal” se acaba por vaciar a este precepto de casi todo su significado y eficacia.

Ahora bien, la capacidad económica, que constituye el substrato de la noción de capacidad contributiva, no agota su contenido. Precisa de una valoración que fije los criterios para la determinación de la concreta medida de la prestación tributaria, y teóricamente esta valoración puede realizarse a la luz de distintas consideraciones relativas, aparte de carácter económico, también a factores de índole política, social, técnica, etc., a pesar de lo cual debe siempre predominar el factor económico.

Empezando por el principio de capacidad contributiva absoluta, es decir, los criterios de determinación de la base imponible, se trata de ver las distintas formas de gravar la riqueza y sus posibles contradicciones. Existen algunos hechos que son indicio directo de capacidad económica, como son la posesión, producción y la adquisición de riqueza. En relación con los dos últimos no puede surgir duda alguna acerca de su legitimidad constitucional. El primero, en cambio, podría hacer surgir algún problema. La posesión de la riqueza entra en juego en el campo tributario bajo dos aspectos: en primer lugar, como índice de percepción de una renta, en cuyo caso volvemos a los dos casos anteriores; y en segundo lugar, por sí misma, es decir, como objeto directo de la imposición. Otros hechos son susceptibles de ser tomados como indicios indirectos de capacidad económica, como son la transferencia y el consumo de riqueza. Es en relación a ellos como puede ser planteado el problema de la validez del principio de capacidad económica. La imposición sobre la transferencia de riqueza pretende gravar la renta, y en cuanto tal respeta el principio constitucional que impone relacionar la imposición con la capacidad económica. Pero —se ha dicho— ¿cuál es la capacidad contributiva de quien, apretado por la necesidad debe vender su casa?

Por otro lado, la imposición que grava el consumo valora éste como indicio de capacidad económica en un doble sentido: en primer lu-

gar, en cuanto que el gasto de una renta presupone la existencia previa del mismo, y en segundo lugar en cuanto el gasto de un determinado elemento es índice de disfrute de una cierta riqueza.

Resulta evidente que, siendo todos estos principios válidos en el campo teórico, en la práctica se dan casos difícilmente justificables. Los ejemplos citados son ya típicos: la posesión de un perro puede ser índice de una cierta riqueza, pero al mismo tiempo dicho animal puede pertenecer perfectamente a un vagabundo. En tal sentido, sin recurrir a determinados elementos de juicio, no es posible fijar la justicia de un determinado tributo. Así, si en la generalidad de los casos la posesión de un perro es índice de riqueza, el tributo que grave dicha posesión será justo, aunque debe prever —desgravándolo— el caso en que dicha posesión no sea índice de ello.

De igual modo, hay que hacer notar que no toda riqueza es imponible. En la actualidad es ya cuestión pacífica la necesaria exención de un mínimo vital para permitir a las clases más necesitadas una existencia digna, no siendo admisible el gravámen de quien no tiene apenas para subvenir a su propio sustento. El principio de exención de un mínimo vital se relaciona así estrechamente con el de la capacidad contributiva, y presenta serios problemas en lo que se refiere a los impuestos indirectos, en los que al hacerse abstracción de las condiciones personales del sujeto pasivo se grava con el mismo impuestos a quienes gozan de una riqueza apreciable y a quienes no tienen apenas. La consideración de condiciones personales de los sujetos pasivos en los impuestos indirectos puede hacerse a través de la calidad de los bienes gravados. Es evidente que el problema apuntado no tiene sentido respecto a los bienes de lujo que sólo son adquiridos por personas suficientemente capacitadas económicamente; por el contrario, si se trata de bienes de consumo necesario el problema se plantea en toda su agudeza.

En resumen, la posición de GIARDINA representa la otra versión del principio de capacidad contributiva, y resulta más próximo a la problemática española, en relación con el art. 3º de la Ley General Tributaria. Esta posición es, dentro de la indeterminación del concepto, quizá la más realista y práctica, puesto que puede proporcionar al legislador ordinario criterios más concretos a seguir tanto en la delimitación de la base imponible, como en la valoración de cada deuda tributaria en concreto, puesto que el principio de capacidad económica está estrechamente relacionado con el de la progresividad de los tributos.

Efectivamente, las críticas hechas por MAFFEZZONI a esta concepción siguen en parte en pie: sigue siendo válido el ejemplo del gravámen a una persona extranjera que transite por el país con una considerable riqueza en joyas, por ejemplo. En tal caso, la aplicación estricta del principio de capacidad económica llevaría a conclusiones absurdas. Ahora bien, el principio en cuestión es preciso que sea matizado por otras medidas, tendentes sobre todo a resolver el problema de la doble imposición. Y es que, por otra parte, la tesis de GRIZIOTTI no carece del todo de sentido, en cuanto que sólo cabe pensar racionalmente gravar a las personas que de una manera estable forman parte de la comunidad nacional, ya que los ingresos públicos tienen su justificación en el empleo a beneficio de la misma comunidad.

Podríamos concluir así que la capacidad contributiva es un principio que hace referencia a la relación individual de cada persona con el Estado, haciéndole contribuir de una manera justa al sostenimiento de las cargas públicas. La necesaria correlación entre las cantidades percibidas por el Estado a través de su actividad tributaria y los servicios prestados por él a la comunidad nacional es un principio distinto, válido sólo para regular la relación Estado-Comunidad en un sentido global. Se trata, pues, de dos aspectos de la justicia tributaria, independientes el uno del otro, pero ambos necesarios.

Ni que decir tiene que la expresión "capacidad económica" guarda en sí aún una cierta dosis de ambigüedad, por las razones expuestas por MAFFEZZONI, pero no podrá negarse que se trata de la aproximación mayor de que se dispone al ideal de norma concreta. La trascendencia de la polémica que hemos descrito en sus líneas esenciales se pone de manifiesto al considerar que depende del concepto que se acepte de capacidad contributiva el que pueda o no admitirse otros principios igualmente importantes que suelen informar todos los sistemas tributarios. Tal es el caso del principio de progresividad, generalmente admitido en la actualidad.

Si partimos de la idea de capacidad contributiva como relación entre las ventajas percibidas a través de los servicios públicos y las cargas públicas a sostener mediante el tributo, resulta difícil fundamentar al mismo tiempo el principio de progresividad. En efecto, a menos que se admita que el goce derivado de los servicios públicos crece en medida más que proporcional en relación con la riqueza de que dispone quien los recibe, no hay razón que justifique la progresividad del tributo. Por el contrario, una explicación como ésta, impregnada de los principios de con-

mutatividad del negocio jurídico lleva claramente a la necesidad de basar el sistema tributario en el principio de proporcionalidad.

El problema es tan grave que el mismo MAFFEZZONI, para justificar su postura recurre a la demostración de la imposibilidad de elaborar un sistema progresivo a partir del principio de capacidad económica. Dice el citado autor, que dada la imposibilidad de fijar un concepto unívoco de capacidad económica, y pudiendo tomar como índice de éste tanto la renta (en sus distintas acepciones) como el patrimonio, como el gasto, de la adopción de uno de cualquiera de estos índices resultaría una progresividad distinta, careciendo así de sentido concreto la norma constitucional que prescribe que el ordenamiento tributario italiano estará formado por criterios de progresividad. Resulta claro que este ataque a la tesis contraria sólo intenta encubrir la dificultad de fundamentar sólidamente la propia.

Por el contrario, si se admite, con todas sus imperfecciones, que la capacidad contributiva hace referencia a la capacidad económica de la persona en todas sus manifestaciones, no se presenta un problema tan difícil a la hora de justificar la progresividad del sistema. Partiendo de la expuesta idea de que cada persona debe contribuir al sostenimiento de las cargas públicas en razón de su capacidad económica no se precluye el camino a la progresividad, que queda fuera de esta argumentación, como principio a justificar por otros medios.

De esta forma, cabe fundamentar tanto un sistema de tributación proporcional como uno progresivo, pudiendo necesitarse la tributación en proporción a la riqueza, o en forma más que proporcional, sin que ninguna de estas formas contrarie al principio de capacidad contributiva entendida como capacidad económica. Esta forma de entender este mandato constitucional parece así menos satisfactoria desde un punto de vista filosófico, si se quiere, pero algo más efectiva en la práctica.

### C) *Conclusión*

Como conclusión nos queda la idea, un tanto pesimista, de que tras un siglo de evolución del Derecho tributario, aún hoy no hay unanimidad en la justificación de sus principios esenciales, lo que obliga a recurrir en los textos constitucionales a formas no del todo precisas, que no comprometan al sistema tributario subsistente, dando al mismo tiempo cierta satisfacción a las aspiraciones idealistas de quienes buscan la justi-

cia informadora de cada norma y, tanto más, del conjunto del ordenamiento tributario. Este fenómeno nos indica, a mi modo de ver, con claridad, el carácter y función ideológica del principio de capacidad contributiva.

Matías CORTES (34) ha explicado las razones del olvido o desprecio que en la elaboración de la doctrina del Derecho tributario se ha tenido por el principio de capacidad contributiva, señalando que ello se ha debido, en gran parte, al prurito de la pureza metodológica, especialmente sentido en esta rama del ordenamiento jurídico como consecuencia de la inicial confusión de la misma con la llamada Ciencia de la Hacienda. Esta preocupación por evitar conexiones con elementos no jurídicos, ciertamente, dio lugar al abandono del análisis de un concepto como el de capacidad contributiva que es indudablemente una noción o principio jurídico. De todos modos, cuestionar la normativa inmediata del principio no es sino uno de los efectos de la inconcreción del concepto la cual creemos se ha puesto de manifiesto en la exposición anterior. La idea del profesor CORTES radica, precisamente, en convertir dicho principio en criterio metodológico del Derecho tributario y de todas sus instituciones (concepto de tributo, presupuesto de hecho, exención, sujetos pasivos, elementos de cuantificación, etc. sin olvidar la interpretación y represión del fraude).

Sin poder agotar aquí el problema que plantean los principios constitucionales en relación al Derecho financiero, únicamente quisiera dejar indicadas dos cuestiones.

En primer lugar, la vinculación entre el principio de capacidad contributiva y la Política fiscal. Afirma el profesor PALO (35) que la conexión entre los principios de igualdad y de capacidad contributiva descubre el ámbito de indeterminación inherente a este segundo concepto y su forma de operar como principio general del Derecho. Esta naturaleza del concepto de capacidad contributiva explica jurídicamente la legitimidad, dentro de amplios márgenes, de la Hacienda extrafiscal: el legislador puede perseguir cualesquiera fines lícitos con la fiscalidad, siem-

---

(34) CORTES, M.: *El principio de capacidad contributiva en el marco de la técnica jurídica*, en Rev. Der. Fin. Hac. Públ. 60 (1965), pág. 991, y *Ordenamiento tributario español*. Madrid, 1968, págs. 24 y ss. 3ª edición, con MARTIN DELGADO, J.M., Madrid, 1977, págs. 69 y ss.

(35) PALAO, C.: *Los límites del control de constitucionalidad de la legislación fiscal*, pág. 5: *Apogeo y crisis*, cit. pág. 418.



pre que al hacerlo no viole otros preceptos constitucionales, ni produzca normas arbitrarias, por desconocer más allá de lo tolerable la diferente susceptibilidad de imposición de los contribuyentes (36).

Una importante consecuencia es que lo anterior no supone que el legislador tributario no está obligado por la Constitución a establecer un determinado sistema tributario. La indeterminación del concepto constitucional le deja un amplio campo de actuación que se encontrará sometido a la decisión y compromiso político. La justicia en el ámbito fiscal dependerá de las ideologías y las relaciones de poder operantes en la comunidad política (37).

En segundo lugar, la vinculación del Derecho financiero a los principios constitucionales no estricta o directamente financieros. La Constitución vincula en su totalidad a las medidas de Política tributaria que, por tanto, tienen que acomodarse al Derecho constitucional. El profesor K. VOGEL ha insistido con frecuencia sobre este punto desde la concreta perspectiva de la protección que de la propiedad privada hace el art. 14. 1. de la Ley Fundamental de Bonn (38). Un intento más ambicioso

(36) En la moderna literatura alemana son de destacar en este tema, FRIAUF, K.H.: *Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze*. Tübingen, 1966; SELMER, P.: *Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht*. Frankfurt, 1972; KREUSSLER: *Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber*. Berlín, 1972. Más recientemente, el trabajo de Habilitación del Prof. W. KNIES: *Steuerzweck und Steuerbegriff*. Münche, 1976.

(37) El factor político, al que tantas veces se alude como esencia de la actividad financiera del Estado, no podría estar alejado de la actividad jurídico financiera. DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*. Madrid, 3ª edic., 1955. tomo I, pág. 46. SAINZ DE BUJANDA, F.: *Derecho financiero y política fiscal*. pág. 41. H.W. KRUSE afirma en el prólogo a la 3ª edic. (München, 1973) de su *Steuerrecht* que "apenas existe otro campo del Derecho como el Derecho tributario que se encuentre tan dominado por los acontecimientos políticos cotidianos".

(38) Por ejemplo, Conferencia pronunciada en la sesión de Otoño del *Bitburger Gesprächskreis*: *Der Griff des Staates nach Geld hat Grenzen*, resumen en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 15 de Diciembre de 1973, págs. 12 y 13. El Tribunal Federal Constitucional, sin embargo, en base a la idea del Estado social de Derecho —frente al Estado liberal anterior— ha negado protección a las obligaciones pecuniarias por tributos cuando los tributos tienen una finalidad secundaria de política económica, ver BADURA, P.: *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*. Tübingen, 1966, pág. 25. WEBER, W.: *Das Bundesverfassungsgericht und die Steuerordnung*, en *Archiv für öffentliches Recht* (1965), pág. 452.

de sistematización de la relación entre los principios constitucionales y el Derecho tributario ha sido realizado por Klaus TIPKE en su *Steuerecht* (39). En ella se pone de manifiesto la crisis del principio de capacidad económica, formulado para una sociedad individualista y liberal que no se corresponde con la organización política y económica de hoy ante la necesidad de compaginar la política económica con la justicia, y que da lugar a una inevitable y patente colisión entre principios. Los principios clásicos (generalidad, igualdad, capacidad contributiva y seguridad jurídica) (40) se ven sometidos en la actualidad a fuertes presiones que hacen necesaria su reelaboración.

---

(39) TIPKE, K.: *Steuerecht*, Köln, 1973, págs. 18 - 40.

(40) SAINZ DE BUJANDA, F.: *Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español*, en *Hacienda y Derecho*. Vol. III, Madrid, 1963, pág. 146.

# DOGMÁTICA JURÍDICA Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN (\*)

PABLO SALVADOR CODERCH  
*Catedrático de Derecho civil*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La distinción entre Parte General y Parte Especial y la reforma del Derecho de Familia. 3. Disposiciones Generales y Particulares en materia de investigación de la paternidad: Algunos ejemplos y algunos problemas. 4. Tablas de decisiones. Algunos rudimentos. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCION

Desde hace aproximadamente una década el interés de muchos juristas y de científicos sociales interesados en el derecho se ha visto ampliado desde el campo tradicional de la *dogmática jurídica* al de la denominada *teoría de la legislación* (cfr. NOLL (1973); REISINGER (1978), (1979), (1981); RÖDIG (1976); KREMS (1979)).

*La Dogmática jurídica* ha sido hasta ahora la actividad predominante del jurista doctrinal sea cual fuere la rama de su especialidad. El objeto de la Dogmática es fundamentalmente la interpretación de la LEY considerada como PRODUCTO. El modelo de usuario de las obras de dogmática que redacta el jurista doctrinal es el JUEZ o, en general, quien trabaja en torno a la APLICACION DEL DERECHO (el abogado, el fiscal, el notario, el registrador, el asesor jurídico...).

*La Teoría de la legislación* se ocupa de otro aspecto de la realidad jurídica hasta ahora poco o, en más de un caso, nada tratado por el jurista doctrinal. El objeto de la Teoría de la legislación es, como su pro-

---

(\*) Comunicación al I Congreso de Derecho Vasco (San Sebastián, diciembre 1982).

pio nombre indica, la LEGISLACION concebida, entre otras cosas, como ACTIVIDAD (y no la ley como producto, como casi un mero dato que, a lo más, "concreta" el juzgador al resolver el caso judicial). El modelo de usuario de las obras de Teoría de la legislación no es ya el juez sino el LEGISLADOR o, en general, quien trabaja en torno a la CREACION DE DERECHO ESCRITO (el político, el científico social, el puro y simple grupo de presión...).

En realidad no existe una *teoría* de la legislación, es decir, un conjunto sistemático de leyes científicas, de hipótesis generales, confirmadas y sistematizadas. Incluso es discutible metodológicamente que llegue a formularse algún día un cuerpo de conocimientos *homogéneo* al respecto (KREMS 1979, 23-25 y allí más citas). Lo que hay es un *programa para la construcción de teorías y técnicas de la legislación* llamadas probablemente a formar parte o a integrarse en (viejas o nuevas) ramas distintas del conocimiento científico y tecnológico. Mas también hay que decir que *las metas* de este programa son heterogéneas: Para unos se trata de elaborar teorías que permitan explicar y predecir la eficacia o incidencia social de la puesta en acto de un conjunto de reglas o bien, dados unos objetivos de política general y un marco institucional dentro del que es posible definir los medios para su consecución, escoger o inventar los más adecuados. Para otros se trata, en cambio, de contribuir además a la definición de los fines. Ello, se dice, resultaría inevitable pues lo que en un contexto es un medio, parece, en otro distinto como un fin. Con ello la(s) ciencia(s) de la legislación incluiría(n) una importante carga valorativa. Unos terceros ponen de manifiesto que las tesis anteriores son demasiado amplias y llevan a confundir la actividad del teórico de la legislación con la de los diferentes científicos sociales: Las reglas instrumentalmente más adecuadas para el logro de tal o cual objetivo de política económica las define el economista; las relativas a este, ese o aquel modo de desarrollo urbano, las marca el urbanista y así sucesivamente.

Ahora bien: la *traducción* de las reglas propuestas por el político, por el científico social o por ambos al lenguaje jurídico, el análisis de su *compatibilidad* con el resto del marco institucional y, sobre todo, el de la definición de cuál sea la *mejor* traducción, la mejor regla jurídica de entre las propuestas y desde el punto de vista de las finalidades previstas, todo ello son labores a las que no debe ser ajeno el jurista doctrinal. En especial, es posible elaborar los fundamentos de futuras teorías de la *técnica legislativa* que traten de esos problemas y de otros análogos. Así el viejo ideal de la Ilustración tendente a la elaboración de una legislación racional, precisa, clara y económica puede ahora abordarse con modestia y cautela pero también con realismo y moderado optimismo. Pa-

ra *algunas* preguntas ya hay respuestas o camino de encontrarlas mientras que otras viejas cuestiones pueden finalmente replantearse como verdaderos problemas, lo que es, como concluiremos, condición necesaria de toda discusión científicamente fecunda.

Aquí se abordará un componente del citado ideal iusracionalista: *el principio de economía legislativa*. ¡Pocas leyes y breves! rezaban todos los alegatos de política legislativa hace doscientos años. Nosotros no diremos tanto (entre otras cosas, porque hizo falta una revolución para que el alegato fuera realizable pasándose del complicado andamiaje jurídico de la sociedad estamental a la relativa sencillez del Code Napoléon). Simplemente se aludirá:

— en primer lugar a *la distinción entre parte general y parte especial o disposiciones comunes y disposiciones particulares*, distinción que es frecuentemente utilizada por los legisladores civiles contemporáneos.

— en segundo lugar y a nivel muy sencillo y sin mayores pretensiones, a *la técnica de las tablas de decisión* utilizable a lo largo del proceso legislativo para reducir el número de lagunas, redundancias y antinomias legales involuntarias.

## 2. LA DISTINCIÓN ENTRE PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL Y LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA

Una técnica elemental para abreviar el contenido de la legislación consiste en llevar a una PARTE GENERAL (o DISPOSICIONES GENERALES, COMUNES, etc.) la regulación de (todos o la mayoría de los) aspectos comunes a una materia. Luego en la(s) PARTE(S) ESPECIAL(ES) se trata de los aspectos que, *desde el punto de vista material escogido*, se consideran específicos (Cfr. HOMANN 1976).

En las páginas que siguen, la distinción se usará para referirse a casos en los que reglas comunes a una clase de objetos *se diferencian sistemáticamente (en la ordenación de la ley)* de la regulación propia o específica de sus distintas subclases.

El estudioso de la legislación debe tener entonces en cuenta que:

i) El número de niveles de abstracción puede ser naturalmente mayor de dos: el Código civil español contiene, por ej., una regla generalí-

sima sobre capacidad en el art. 322, una general sobre la capacidad para contratar en el art. 1263 y reglas especiales (a las que alude el art. 1264) en los arts. 46.1, 121, 172 etc. etc.

ii) Dentro de un mismo artículo (o grupo sistemáticamente homogéneo de artículos) los niveles de generalidad pueden ser distintos y normalmente su indicación es poco clara. Por ejemplo, hay quien piensa que la regla del art. 137.2 del Código civil es común a los dos supuestos de que respectivamente tratan el art. 137.1 y el 137.3 (ALBALADEJO 1982, 259). De esta forma y en la materia relativa a la impugnación de la paternidad que da lugar a una filiación matrimonial (art. 137) *todo* el art. 137.2 sería regla *común* o *general* aplicable a los casos *específicos* regulados en el art. 137.1 (impugnación cuando hay posesión de estado) y en el art. 137.2 (impugnación en ausencia de posesión de estado). Pero, por el contrario, se puede proponer que *todo* el art. 137.3 se aplica al supuesto del art. 137.1 y que sólo *una parte* del mismo es aplicable al supuesto del art. 137.3: La limitación del plazo anual de accionabilidad del art. 137.2. no sería aplicable al caso de que trata el art. 137.3. Así, únicamente una parte del precepto en cuestión sería la regla general de los dos casos. Razón: el plazo del año en los arts. 137.1 y 137.2 se introduce porque el legislador pretendió limitar estrechamente la posibilidad de impugnar una filiación amparada por la correspondiente posesión de estado pero cuando ésta no existe —caso del art. 137.3— la acción se ve facilitada y no hay ya motivo para la limitación del año como expresamente señala el art. 137.3. De ahí que una aplicación del 137.2 al 137.3 haya de hacerse en coherencia con el principio general conforme al cual posesión de estado dificulta la impugnación pero facilita la reclamación y viceversa.

Las dos acotaciones anteriores muestran que la distinción en estudio no es siempre una *dicotomía* (en realidad: no lo es casi nunca) como tampoco es siempre una distinción *legal, sistemática* (no es lo mismo lo que se hace que lo que se dice hacer): el legislador pretende a veces ordenar expresamente las disposiciones que proclama como (más) generales (que otras). Mas eso no supone ni que todas las así etiquetadas lo sean cada una en su contexto ni que todas las que efectivamente lo sean hayan sido específicamente etiquetadas como tales. Téngase en cuenta que, normalmente, el legislador y sobre todo el legislador civil no recurre a una clasificación decimal de las distintas reglas que refleje los distintos niveles de generalidad (Cfr. NOLL 1973, 238).

La doctrina construye conceptos de clase que son luego utilizados eventualmente por el legislador para ordenar la legislación vigente. Es

común que las clasificaciones doctrinales acaben por influir en la nueva legislación.

En la civilística europea hay un ejemplo ilustre de lo anterior: la partición entre *Parte General*, *Derecho de Cosas*, *Derecho de Obligaciones* y *Derecho de Familia y de Sucesiones*.

Esta ordenación, de cuño iusracionalista y luego perfeccionada por el Pandectismo alemán (su historia en: BOEHMER 1954, 7 y en SCHWARZ 1921, 583), triunfó primero a la hora de ordenar (y manipular) la exposición del derecho civil vigente en Alemania (el derecho romano-común recibido) y, más tarde, a la de ordenar el propio derecho (*Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896).

En España el Código Civil de 1889 siguió ajustándose al orden de las Instituta justinianeas tal y como lo había entendido y modificado la cultura jurídica moderna a partir de Doneau pero, en cambio, el esquema pandectista preside desde hace décadas la exposición y enseñanza del derecho civil español vigente. Es más, cabe afirmar sin exageración que ha llegado a predominar la tendencia a construir una subparte general (cuando no más) para cada subparte especial; no es así de extrañar que el estudiante no consiga acceder a la compraventa sin haber pasado previamente por las pomposamente denominadas teoría general de las obligaciones y teoría general del contrato (amén, un año antes, de la originaria parte general). En contextos así, uno tiene la fundada sospecha de que semejante uso de la técnica de las partes generales es, como se ha dicho, *ad pompam*: No abrevia. Reduplica o triplica.

*La tendencia a la proliferación de pequeñas partes generales* sigue siendo patente también en el legislador civil contemporáneo. Si se toma como punto de partida la reciente reforma del derecho español de familia (Leyes 11/1981 de 13 de mayo y 30/1981 de 7 de julio) se comprobará que muchos de los temas nuevamente regulados han sido sistemáticamente sometidos a la distinción entre disposiciones generales o comunes y disposiciones especiales:

a) *En sede de matrimonio* aparte de los requisitos (arts. 44 a 48), hay unas "Disposiciones generales" para lo relativo a la forma de celebración (cfr. arts. 49 y 50) y otra de "Efectos comunes" a nulidad, separación y divorcio (cfr. arts. 90 a 101).

b) *En tema de filiación* además de las reglas generalísimas que definen los tipos y efectos básicos (arts. 108 a 111) están las "Disposiciones

generales” sobre determinación y prueba de la filiación (arts. 112 a 114) seguidas luego, por cierto, de reglas especiales sobre determinación pero no sobre prueba de la filiación matrimonial (arts. 115 y ss.) y no matrimonial (arts. 120 y ss.). También están las “Disposiciones generales” sobre acciones de filiación (arts. 127 a 130) que preceden a la regulación concreta de las acciones de reclamación y de impugnación.

El tema de los alimentos (arts. 142 y ss.) no ha sido juzgado merecedor de una parte general pero, en cambio,

c) *En materia de relaciones paterno filiales* se vuelven a encontrar unas “Disposiciones generales” (arts. 154 y 161) notablemente más amplias y detalladas que su derogada predecesora, la vieja “Disposición general” del art. 154 del C.C. de 1889.

d) *En el caso de la adopción* comparecen de nuevo unas “Disposiciones generales” que comprenden 5 ó —si se entiende vigente el art. 176— 6 artículos (los 172 a 177) frente a una magra parte especial dedicada a las clases de adopción y sus reglas específicas que son sólo tres (arts. 178 a 180).

La pregunta que ahora procede es ¿Hasta qué punto la dualidad DISPOSICIONES GENERALES - DISPOSICIONES ESPECIALES ha contribuido a incrementar la concisión y claridad de la nueva legislación? El marco de una comunicación no permite detallar la respuesta ni siquiera abordar toda la pregunta. Por ello me limitaré aquí a intentar ofrecer una rápida ejemplificación de algunos problemas que plantean una de las partes de la reforma reguladas con complicación mayor: la investigación de la paternidad.

### 3. DISPOSICIONES GENERALES Y PARTICULARES EN MATERIA DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD: ALGUNOS EJEMPLOS Y ALGUNOS PROBLEMAS

*Las disposiciones generales* sobre acciones de filiación (arts. 127 a 130) tratan respectivamente:

a) De la libertad probatoria y de la exigencia de un principio de prueba para la admisibilidad de la demanda (art. 127).

b) De las medidas de protección y alimentos concedibles en su caso



al interesado menor o incapacitado (art. 128).

c) De la legitimación del representante legal y del Ministerio Fiscal (art. 129).

d) De la sucesión en la acción ya entablada (art. 130).

*Las disposiciones especiales* parten de lo que ciertamente es la distinción básica al tratar de *la reclamación* (arts. 131 a 135) y de *la impugnación* (arts. 136 a 141). Con pocas excepciones se limitan a determinar quienes gozan de *legitimación activa* para interponer la acción de que se trate.

Siendo la anterior una dicotomía sistemática y expresa entre Parte General y Parte Especial, lo esperable sería encontrar en la primera todos los requisitos *comunes* a los dos grandes tipos de acción y en la segunda las *especialidades* de lo que se han considerado en cada caso *exigencias particulares* de cada tipo de acción.

Curiosamente ello no se ha hecho así. Es más, lo que en un manual sería la referencia de la exposición de los principios o líneas generales de la reforma se encuentra mayoritariamente en la parte especial. Así, *la determinación de la legitimación activa* para accionar, que ya hemos dicho que era el tema de la regulación en estudio, *se hace* ciertamente *en función de criterios generales bastante claros pero que en vano se buscarán en la parte general*. En efecto, el ámbito de la legitimación activa se amplía, restringe o elimina en función de

1 — La existencia o no de una filiación legalmente determinada y el modo concreto de su determinación,

2 — la presencia o ausencia de posesión de estado,

3 — el carácter matrimonial o no de la filiación reclamada o impugnada y la distinción entre maternidad y paternidad a efectos de impugnación.

La sistemática de la regulación no refleja la decisión material consistente en hacer depender el juego concreto de la legitimación en cada caso en función de los criterios citados. Veámoslo en detalle:

1 — *La determinación legal o no de una filiación contradictoria a la reclamada o contradicha por la impugnada*. Esta se produce, al decir

del Código, por *inscripción* o *sentencia* para la *matrimonial* (art. 115) y, además, por *reconocimiento* para la *no matrimonial* (art. 120). Esta sistematización legal resulta inexacta pues, como señala antes (art. 113: "documento") y después (en la parte especial dedicada a la impugnación de la filiación) el propio Código Civil, los "reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial..." tienen un régimen específico (cfr. art. 138 y 141. Confróntese también el art. 49 LRC y los señalado por LACRUZ - SANCHO, 1982). Mas aparte de lo anterior lo que interesa especialmente aquí es señalar que el régimen general de las acciones viene condicionado por el tipo de determinación de la filiación de la siguiente forma:

1.1. Si la determinación es por *sentencia*, no cabe acción (aunque cfr. art. 114.2). La regla, que indudablemente es de parte *general*, se encuentra en la *especial* dedicada a la *reclamación* de la filiación: art. 134.2. El quiebro sistemático no resulta inocuo pues da pie al *problema* interpretativo: ¿se aplica el mismo criterio en materia de *impugnación*? A favor de una respuesta positiva quien piense que el art. 1252.2 C.C. es norma *generalísima* de la que el art. 134.2 sería sólo una concreción para las acciones de filiación (*subespecie* de las acciones de estado) mal colocada (de acuerdo la doctrina. V. por todos: ALBALADEJO 1982, 249). Pero lo menos que cabe decir es que el disparate sistemático da pie al problema interpretativo, que es fuente de inseguridad jurídica.

1.2. Si la determinación es por *inscripción* realizada tras declaración (o reconocimiento strictu sensu) o expediente registral, el Código utiliza este criterio para ampliar o restringir el ámbito de la legitimación y el plazo de duración de la acción. Más de esto, que es un criterio *general* de la reforma, sólo nos enteramos y con dificultad al leer la parte *especial* dedicada a la acción de reclamación (art. 131) o de la impugnación (arts. 136, 137, 140).

Y de la obligada concordancia entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral se nos habla al tratar de la determinación y prueba de la filiación (art. 113.2).

1.3. Si la determinación es por *reconocimiento*, la parte *general* sigue ignorando el tema y la *especial* plantea una dualidad: unos artículos señalan con claridad que de la existencia del reconocimiento depende un régimen específico de impugnación derivado de su carácter de acto jurídico voluntario (arts. 138 y 141) pero otros hacen abstracción del reconocimiento como modo de determinación legal de la filiación y consideran relevante como título de estado únicamente a la inscripción (que con-

diciona la acción del modo ya descrito en 1.2.) o a la sentencia (que la precluye tal como se ha dicho en 1.1.).

1.4. Por último hay casos en los que un precepto de parte *especial* habla sin más de “filiación... legalmente determinada” no especificándose por lo tanto si se refiere o no a *todos* los modos legales de determinación. Esto sucede, por ej., en el art. 131.2 y no sin provocar problemas. El más grave es uno del que se tratará en el epígrafe siguiente al hablar de las TABLAS DE DECISION: El LEGISLADOR ha creado, sin proponérselo, una LAGUNA que luego el dogmático, es decir, el INTERPRETE propondrá cubrir. Compárese de momento el art. 131 con el art. 134 C.C. y confróntese con la solución que se incluye en el epígrafe 4. de esta Comunicación.

2 — *La posesión de estado*. Hay un criterio general en toda la reforma de la investigación de la paternidad: la *existencia* de posesión de estado de una relación de filiación entre una persona y su(s) progenitor(es) supuesto(s) *facilita* la acción de *reclamación* y *dificulta* la de *impugnación*. Viceversa en caso de *ausencia* de posesión de estado. Hasta aquí el criterio general que se induce de la lectura de los artículos de la reforma. Pero el legislador no ha querido, como en buena técnica era debido, llevar este criterio a la parte *general* de las acciones de filiación. Antes bien, se limita a aplicar el principio en casi cada norma de la parte *especial* de la reclamación (arts. 131, 132, 133, 135) o de la impugnación (art. 137, 140).

Habrà quien piense que ello se ha hecho así ante la *exigencia de una aplicación muy diferenciada* del principio citado en cada caso concreto. Ello haría *inútil* la elencación del principio en la que hemos denominado parte general (pues en cada caso el principio juega con casuistas y diferenciadas consecuencias).

Pero, de entrada, no veo aquella *exigencia* o por lo menos no acierto a percibirla con la intensidad y detallismo del legislador de 1981. Tampoco veo esa *inutilidad*: la norma general da pie, en cambio, a meditar sobre problemas generales que parecen haber escapado a un legislador tan excesivamente preocupado en el detalle. Hay muchos pero por mor de brevedad citaré tan sólo dos: ¿Qué pasa cuando sucesivamente se han dado dos posesiones de estado contradictorias? (cfr. art. 140.2 C.C.). ¿Se ha tenido en cuenta la relación que media entre posesión de estado y modos legalmente posibles de determinación de la filiación? Recuérdese por ej. el art. 314 in fine RRC: “No puede decidirse en expediente la reclamación de una legitimación cuya posesión no conste”).

La norma general, en segundo lugar, incrementa fácilmente la comprensibilidad de la legislación.

3 — *El carácter matrimonial o no de la filiación que se reclama o impugna* es también utilizado en la ley como criterio básico a la hora de facilitar o dificultar la acción (arts. 132, 133, 136, 137, 138, 140) y algo parecido cabe decir de la *maternidad* o *paternidad* reclamada o en entredicho (cfr. sobre todo art. 139 y comp. con arts. 124.2 in fine, 129 y 137.2). Aquél refuerza en general los efectos de la posesión de estado (cfr. los artículos primeramente citados). Más también cabría preguntar aquí si acaso una consideración global de los dos fenómenos no hubiera debido llevar a una reducción de las diferencias concretas de regulación propuestas por el legislador: Recuérdese que, de siempre, los requisitos de la posesión de estado se han cualificado de forma distinta según se tratara de filiación matrimonial o extramatrimonial. El Código ha renunciado ahora a definir estos requisitos (art. 113 tras la reforma; compárese el derogado 135). Decisiones de este tipo (igualmente: art. 127) suponen dejar las reglas de solución del conflicto, incluso en materia de legitimación, al arbitrio del juez.

#### 4. TABLAS DE DECISIONES. ALGUNOS RUDIMENTOS

La descripción más habitual de las reglas de derecho es la que considera que una norma legal concebida desde un punto de vista lingüístico es un *enunciado hipotético*: un *enunciado que relaciona la descripción de un caso o supuestos de hecho* (formado por una o varias condiciones) *con la de una o más consecuencias jurídicas* (acciones) *que se consideran debidas*.

Este modelo es discutible por muchas razones pero nosotros lo utilizaremos porque presenta dos ventajas:

- describe bastante bien la realidad desde el punto de vista tenido en cuenta al aplicar la ley por el juez y
- permite aplicar al estudio y preparación del derecho técnicas de análisis usadas desde hace tiempo en disciplinas no jurídicas y que son de alguna utilidad para resolver ciertos problemas jurídicos. Este es el caso de la TABLAS DE DECISIONES utilizables en ciertos casos con el triple objetivo de reducir *lagunas, redundancias y antinomias legales no deseadas*.

En efecto, los especialistas en tablas de decisiones definen en primer lugar la

**REGLA DE DECISION:** “proposición que determina qué condiciones se deberán satisfacer, para llevar a cabo una serie de acciones” (POLLACK - HICKS - HARRISON 1971, 19).

En segundo lugar se define la

**TABLA DE DECISIONES:** “estructura que se usa para establecer una serie de reglas de decisión interrelacionadas” (ID. ID.).

Describamos a continuación cómo es esa estructura para una *tabla de entradas limitadas*: En la tabla se anotan junto con los posibles *casos* que pueden producirse, las consiguientes *acciones* a realizar. En los ejemplos que seguirán, todos los cuadros que quedan *arriba* de la *doble línea horizontal* se llaman *cuadros de condiciones* y los que están *debajo*, *cuadros de acciones*. Los que están a la *izquierda* de la *doble línea vertical* se llama *talones* y los que caen a la *derecha*, *entradas*. La combinación de un talón y de una entrada constituye o bien una condición (arriba de la doble línea horizontal), o bien una acción (debajo de la doble línea horizontal) (POLLACK - HICKS - HARRISON 1971, 19).

Se acostumbra a indicar con una *raya horizontal*, “—”, las condiciones *irrelevantes*, es decir, las que no contribuyen a decidir la acción a realizar. Sin embargo y salvo indicación en contrario, no se hará aquí uso de esta convención.

Asimismo, en las entradas de acciones es usual *dejar en blanco* los casos en que no procede actuar de la manera prevista. Cuando, por el contrario, así hay que hacerlo, se escribe un *aspa*: “X”.

Veamos a continuación un primer ejemplo. El artículo 131 del Código Civil español dice:

“Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

En el marco del artículo considerado, la acción —el estar legitimado activamente para reclamar la filiación— depende de tres condiciones.

Formalmente los casos posibles son los que aparecen en la tabla que se incluye en la página siguiente:

INTERESADO LEGITIMAMENTE	SI				NO			
	SI		NO		SI		NO	
POSESION DE ESTADO	SI		NO		SI		NO	
FILIACION CONTRADICT. LEG. DETERMINADA	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO
LEGITIMACION ACTIVA		X						

TABLA I

El ejemplo anterior sugiere redefinir de forma más intuitiva la estructura de la tabla:

— Una **CONDICION** es una *propiedad o cualidad de un objeto* (que, naturalmente, puede ser una persona) *que, según la norma o regla, contribuye a decidir la acción a realizar*. Si el objeto tiene la(s) propiedad(es) que elenca la regla, entonces hay que actuar conforme a ella. El conjunto de objetos que pueden tener o carecer de la(s) propiedad(es) en cuestión acostumbra a llamarse *universo del discurso* o, más sencillamente, *conjunto de referencia*.

— *Cada columna de condiciones* define lo que se denomina un **CASO ELEMENTAL**. El número total de casos elementales en tablas del tipo de las precedentes (de entradas limitadas) es de  $2^n$  siendo  $n$  el número de condiciones. (Para tablas resumidas o condensadas lo anterior no es cierto pero aquí se prescinde de esta cuestión).

*La relación entre un caso y una acción* viene dada por la **REGLA**. Una regla es, como ya hemos dicho, un enunciado que correlaciona casos con acciones, que soluciona casos.

Lo anterior define una propiedad muy importante para el jurista: la *completud o incompletud del sistema de reglas* de que *en cada momento* se trate; cuando las reglas no asocian todos los casos con una solución, entonces se dice que hay *lagunas*, que el sistema es *incompleto*.

Este concepto de incompletud, de laguna, es distinto al concepto ingenuo de incompletud que muchos juristas de formación exclusivamen-

te dogmática manejan tradicionalmente (Cfr. para esto: SALVADOR 1983 y para un desarrollo del concepto de laguna aquí sólo pergeñado v. ALCHOURRON - BULYGIN 1971, 36 y ss. y REISINGER 1979, 162 y ss.).

En efecto, lo que tradicionalmente se dice es que los ordenamientos legales de cada materia (por ej., los códigos civiles) son necesariamente lagunosos o incompletos porque "el legislador humano no puede, en tanto que humano, prever todos los casos que la rica e inagotable realidad puede llegar a presentar". Mas, como se puede ver, no es esa pantanosa noción de laguna la que aquí se usa. Una primera utilidad de la técnica que se bosqueja consiste precisamente en colaborar a plantear bien un problema que normalmente se plantea de forma disparatada: Para saber responder conviene primero aprender a preguntar. Tratamos aquí de usar un concepto manejable y controlable de laguna desde el punto de vista que interesa al técnico de la legislación y vamos a ver ahora un ejemplo concreto tomado, naturalmente, de la realidad legal y precisamente de las reglas que hasta ahora se han venido considerando: Recuérdese el contenido del artículo 131 del C.C. que se transcribió en la página 67. Según él, cualquier interesado legítimamente está legitimado para accionar si, a la vez, hay posesión de estado y no hay ninguna predeterminación legal contradictoria de otra filiación. Mas si se da esta última condición, es decir, si hay efectivamente una predeterminación legal de la filiación, entonces *no todo interesado* legítimamente puede reclamar la filiación de que se trate.

Pero el artículo 131 se limita así a decirnos quien *no* está legitimado sin decirnos en cambio quien *sí* lo está: ¿Quién está legitimado cuando hay posesión de estado y una filiación legalmente determinada que contradiga la reclamada?

En realidad el supuesto escapó a los redactores de la ley. Todos los artículos que siguen al 131 relativos al tema presuponen que *no* hay posesión de estado pero ninguno responde a la pregunta planteada. Se podría intentar construir la tabla de decisiones correspondiente a los artículos 131 a 134 del C.C. pero su elaboración *manual* sería, dada la cantidad de condiciones que aparecen en los preceptos citados, extraordinariamente laboriosa. Por ello y de momento me limitaré a presentar una TABLA DE DECISIONES CONDENSADA que presupone además simplificaciones:

POSESION DE ESTADO	SI				NO			
FILIACION CONTRADICTORIA LEGALMENTE DETERMINADA	SENTENCIA		INSCRIPCION O RECONOCIMIENTO		SENTENCIA		INSCRIPCION O RECONOCIMIENTO	
FILIACION RECLAMADA MATRIMONIAL	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO
LEGITIMADO ACTIVAMENTE	NADIE 134,2	NADIE 134,2	?	?	NADIE 134,2	NADIE 134,2	Progenitor. HIJO, HEREDERO 132	HIJO, HEREDEROS 133

TABLA II

Queda claro que con la literalidad de los artículos 131 a 134 en la mano, si

- hay posesión de estado y
- filiación contradictoria a la reclamada fijada por modo distinto a la sentencia judicial,

entonces no se sabe quien está legitimado para accionar ("El párrafo segundo del art. 131 no lo determina" dicen también LACRUZ - SANCHEZ 1982, 632).

Naturalmente, *la dogmática cubre el hueco, el fracaso de la técnica legislativa*: argumentando *de minore ad maius* se puede, por ej., proponer que si el hijo tiene acción aún en defecto de posesión de estado (arts. 132 y 133), con mayor razón la tendrá en su presencia. Y, seguramente, lo mismo se podrá decir del que pretende ser progenitor argumentando ahora por analogía con lo dispuesto en el art. 132 y a contrario del 133: el carácter no matrimonial de la filiación que, en ausencia de posesión de estado, priva al progenitor de acción, no debe jugar de esta forma cuando hay posesión de estado, es decir, cuando el reclamante se ha comportado en la práctica como reclama en derecho.

Todo lo anterior es cierto en el preciso sentido de que se trata probablemente de la solución dogmática más sensata. Pero lo que se quiere



poner aquí de manifiesto es que la mejora en la técnica legislativa (en nuestro caso: el haber usado las tablas) reduce (¡no elimina!) el número y entidad de los problemas tradicionales de interpretación, problemas que, por otra parte, son siempre de solución discutible.

Otra propiedad importante de las combinaciones de condiciones de dos reglas es la presencia o ausencia de una RELACION DE EXCLUSIÓN entre ellas. Existe esa relación si los indicadores de condición de dos reglas presentan al menos una pareja de opuestos (“SI” y “NO” en las tablas de entradas limitadas), es decir, cuando no hay dos combinaciones de condiciones *comunes* a las dos reglas que se consideran. Si dos reglas están entre sí en esa relación, entonces se dice que son INDEPENDIENTES. En otro caso, se dice que son DEPENDIENTES (REISINGER 1979, 156).

La dependencia está en la raíz de muchas *ambigüedades, redundancias y antinomias* legales. Sucede lo primero cuando la combinación común de condiciones no se sabe si hay que relacionarla *con una u otra* de las dos reglas consideradas. Lo segundo se produce cuando las acciones son *idénticas* y lo tercero cuando son *distintas* (ID., 157) y, el jurista debe añadir, *incompatibles*.

Un ejemplo de redundancia aclarará esta cuestión: La Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981 de 7 de julio dice:

“Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio en los casos siguientes:

- 1º. Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española.
- 2º. Cuando sean residentes en España.
- 3º. Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado.
- 4º. Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España”.

LLevemos ahora la Disposición Adicional a una tabla parcial en la que, por razones de claridad, se comparan las 4 reglas, R<sub>1</sub>, R<sub>2</sub>, R<sub>3</sub> y

$R_4$  prescindiendo de los casos en los que según las mismas el juez español carece de competencia:

	$R_1$	$R_2$	$R_3$	$R_4$
DEMANDANTE ESPAÑOL	SI	—	SI	—
DEMANDADO ESPAÑOL	SI	—	—	—
DEMANDANTE RESIDENTE	—	SI	SI	—
DEMANDADO RESIDENTE	—	SI	—	SI
COMPETENCIA JUEZ ESPAÑOL	X	X	X	X

TABLA III

Recuérdese que en la página 67 hemos señalado que cuando la condición era irrelevante para la decisión de la acción, entonces se escribe una raya horizontal, “—”. Dado que los signos horizontales suponen tanto “SI” como “NO” (pues si la condición es irrelevante lo mismo da que se cumpla o que no se cumpla), entonces es obvio que  $R_2$  no es independiente ni con  $R_1$ , ni con  $R_3$ , ni con  $R_4$ , es obvio que las reglas en cuestión no han sido pensadas desde el punto de vista de la búsqueda de una relación de exclusión entre ellas. En particular,  $R_2$  no es independiente ni con  $R_1$ , ni con  $R_3$ , ni con  $R_4$ . Estas dos últimas reglas cubren todos los casos que específicamente soluciona  $R_2$ .

Dada la identidad de consecuencias jurídicas, queda claro que  $R_2$  está de más. Este es un caso flagrante de redundancia en la legislación reciente que podría haberse evitado. Un análisis similar puede hacerse para detectar casos de ambigüedad o de antinomia.

## 5. CONCLUSION

Las páginas anteriores sólo pretenden dar noticia divulgadora y haciendo uso de ejemplos sencillos de algunas posibilidades que ofrece el programa de teoría de la legislación que se viene impulsando desde hace años en distintos centros de investigación europeos y americanos.

Dado lo limitado de la pretensión, el lector interesado no tendrá más remedio que acudir a la bibliografía especializada que se cita a continua-

ción. Tras su consulta, constatará tanto la inmensa simplificación que aquí se ha hecho como el avanzado estado de la investigación especializada en materia de análisis de decisiones. Por supuesto, en el caso de las tablas de decisiones se ha acudido a ejemplos tomados de la realidad legal española que son sencillos y fáciles de controlar manualmente. Pero la mayor complejidad no es problema ni coartada pues, como hace ya años señaló REISINGER (1978, 173; 1981, 116 y ss.), la complicación se elimina ante la posibilidad de procesar electrónicamente los datos. Además debe tenerse en cuenta que el camino ideal del técnico en legislación es el que va desde la decisión en bruto al articulado de la regla legal pasando por la tabla y no, como aquí se ha hecho, al revés, intentando analizar desde el texto legal cuáles son sus principios y su casuística.

Se quiere insistir finalmente en dos cosas:

— La primera es que el jurista está ahí frente a un reto que ya no puede eludir (o seguir eludiendo). Piénsese que un analista medianamente preparado —que no tiene por qué ser un licenciado universitario— domina instrumentos de crítica en los que el jurista tradicional no ha pensado jamás. Naturalmente, técnicas como la esbozada no resuelven ni todos ni la mayor parte de los problemas de interpretación que se ofrecen hoy en día a la consideración del dogmático. Mas ayudan a resolver algunos, lo que ya de por sí solo es bastante. Pero es que aún hay más: ayudan también a plantear y formular correctamente otros problemas (como, en nuestro ejemplo, el de las lagunas de la ley) y eso es quizá más importante todavía porque permite fijar la atención en verdaderas cuestiones y no en seudoproblemas lo que es condición necesaria del encuentro de soluciones y de la evitación del despilfarro de tiempo y recursos.

— La segunda es que este I Congreso de Derecho Vasco ofrece una magnífica oportunidad para impulsar en nuestras latitudes el programa de teoría de la legislación. Euskadi, como Cataluña, es un país pequeño que está, por fin, ante la posibilidad de renovar una legislación vieja y de crear otra nueva. Se dispone así de la ocasión para impulsar una tarea que está además y desde el punto de vista de los costes de la investigación científica al alcance de los más pequeños. Es en terrenos como éste donde cabe impulsar la ciencia y tecnología sin un gran esfuerzo económico: Más que mucho dinero, requieren algo de cabeza y, en nuestro caso, poner en contacto la rica y valiosa mentalidad jurídica tradicional con la de quienes por su propia especialidad trabajan aquí y ahora en

estas materias desde hace un cuarto de siglo. Casi se puede afirmar la ventaja de las comunidades pequeñas sobre las grandes en materia de teoría y técnicas de la legislación. Pero aquí el jurista que hasta ahora ha hablado debe dejar la palabra a los gestores de los intereses ciudadanos de ambas culturas.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO (1982), Manuel. *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. Barcelona. Librería Bosch.

ALCHOURRON, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio (1971). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. (Traducción del original en inglés: *Normative Systems*. Wien. Springer Verlag). Buenos Aires. Editorial Astrea. 1974 (para la edición española a partir de la cual se hacen las citas).

BOEHMER (1954), Gustav. *Staudinger Kommentar zum BGB. Erbrecht*. 11. Auflage. Berlin. Schweitzer Verlag - De Gruyter.

HOMANN (1976), Conrad. *Die Verwendung Allgemeiner Teile oder allgemeiner Vorschriften in der neueren Gesetzgebung*. En: RÖDIG (1976), 328 y ss.

KREMS (1979), Burkhardt. *Grundfragen der Gesetzgebungslehre erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadenrechts*. (Schriften zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung. Band 44). Berlin. Duncker und Humblot.

LACRUZ, José Luis - SANCHO, Francisco de Asis (1982). *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*. Barcelona. Librería Bosch.

NOLL (1973), Peter. *Gesetzgebungslehre*. Hamburg. Reinbeck.

POLLACK, Salomon L. - HICKS, Harry T. - HARRISON, William J. (1971). *Tablas de decisiones* (Traducción del original en inglés: *Decision Tables: Theory and Practice*. John Wiley and Sons. 1971). México. Limusa. 1975.

REISINGER (1978), Leo. "Zur Anwendung der Entscheidungstabellen-Technik in der Legistik". *Datenverarbeitung im Recht*. 1978, 151 y ss.

RESINGER (1979), Leo. "Sistemi normativi e tavole di decisione". *Informatica e Diritto*. En. Mr. 1979, 139 y ss. (Traducción de la obra anterior).

REISINGER (1981), Leo. "Entscheidungstabellen und Legistik". *Rechtstheorie*, 12, 1981, 191 y ss. (resume los puntos principales de las obras anteriores).

RÖDIG (1976), Jurgen (Hrsg.). *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin - Heidelberg - New York. Springer Verlag.

SALVADOR (1983), Pablo. "El casus dubius en los Códigos de la Ilustración germánica". En prensa para el *Anuario de Derecho Civil* de 1983 al escribir estas líneas.

SCHWARZ (1921), Andreas B. "Zur Entstehung des modernen Pandektensystems". *Zeitschrift der Savigny Stiftung (Romanistische Abteilung)*, 42, 1921, 578 y ss.

# *LA POSICION JURIDICA DE LAS CORPORACIONES LOCALES COMO TITULARES DOMINICALES DE BIENES SOMETIDOS AL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL*

*JULIO ALVAREZ MERINO*

SUMARIO: I. Las Corporaciones Locales como copropietarias de bienes sometidos al régimen de Propiedad Horizontal: A) Introducción. B) Posibilidad jurídica de la existencia de comunidades en que una Corporación Local ostente la cualidad de comunero. C) Régimen jurídico aplicable. II. La participación de las Corporaciones Locales en el funcionamiento de las comunidades de propiedad horizontal: A) Derechos de la Corporación propietaria. B) Obligaciones de la Corporación propietaria. C) La modificación física de la cosa común. D) La disposición de los elementos comunes susceptibles de enajenación. E) Los órganos de la comunidad: a) La junta de propietarios. b) El presidente y el administrador.

## *I. LAS CORPORACIONES LOCALES COMO COPROPIETARIAS DE BIENES SOMETIDOS AL REGIMEN DE PROPIEDAD HO- RIZONTAL*

### *A) Introducción*

El Título III del Libro II del Código Civil, artículos 392 y siguientes, regula el régimen jurídico de las comunidades de bienes, siendo de aplicación dichos preceptos a todas las situaciones de dominio compartido, quienes quiera sean sus titulares.

Redactados los mencionados artículos antes del año 1888, fecha de aprobación del citado Cuerpo Legal, el régimen jurídico de la copropiedad ha sufrido una importante alteración con la publicación de la Ley

49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad Horizontal. El artículo 1 de la misma impone una nueva redacción del 396 del Código Civil, determinando el concepto de propiedad horizontal.

Hay un matiz de enorme importancia jurídica que diferencia ambas regulaciones. La comunidad de bienes se rige por contratos, y, en su defecto, por las prescripciones del Código Civil, de carácter dispositivo. Por el contrario, la copropiedad horizontal se rige por su legislación específica, y, en lo que a ella no sea contrario, por contrato suscrito de común acuerdo entre los comuneros.

*B) Posibilidad jurídica de la existencia de Comunidades en que una Corporación Local ostente la cualidad de comunero*

Introducida la cuestión, es preciso plantearse ahora la posibilidad de que las Corporaciones Locales sean parte integrante de una comunidad horizontal. La pregunta no es ociosa, puesto que desde el punto de vista práctico la condición de comunero conlleva un gran número de limitaciones jurídicas que, en abstracto, no son de conveniente predicación para la actividad del ente rector de un Municipio o Provincia. El ser propietario de una cosa compartida supone el sometimiento a unos regímenes de sesiones, quorums, acuerdos, etc, previstos en beneficio de particulares, y que en gran medida constituyen una seria cortapisa para la actividad corporativa, más aún cuando la cosa condominada esté afecta a un servicio público.

Esto no obstante, en la práctica las Corporaciones Locales encuentran innumerables situaciones en que se ven envueltas en regímenes comunitarios de propiedad.

El tratamiento jurídico de la posibilidad de que una Corporación Local acceda a la copropiedad de una cosa de las previstas en el artículo 392 del Código Civil o en el 1 de la Ley de Propiedad Horizontal es divergente. En efecto, cabe afirmar que aquéllas pueden en cualquier momento evitar la condición de condueño de una cosa prevista en el primero de los citados preceptos, negándose a otorgar su voluntad contractual al constituirse la comunidad. Aún cuando ésta se constituya por voluntad inicial de un tercero, para que la Corporación se obligue y acceda a su derecho será precisa su anuencia. Pensemos en la copropiedad sobre una cosa transmitida por herencia de un particular al Municipio, o por donación. Al Ayuntamiento o Diputación siempre resta la facultad de rechazar aquélla o no consentir en ésta. Son los artículos 10 del Re-

glamento de Bienes de las Entidades Locales y 618 del Código Civil. Esta afirmación no es sostenible, claro es, cuando el régimen de comunidad viene impuesto a la Corporación por ministerio de la Ley. Este, y no otro, es el caso que nos ocupa.

### *C) Régimen jurídico aplicable*

El supuesto más común, que aquí se va a examinar, es el de la participación contractual de una Corporación en un régimen de propiedad horizontal por adquisición de una vivienda o local de los descritos en el artículo 1 de la Ley 49/1960, de 21 de Julio.

La participación del Ayuntamiento o Diputación en la comunidad es siempre una obligación derivada de la transmisión de uno o más inmuebles, y lleva consigo la obligatoriedad de que la Corporación se someta a la Ley de Propiedad Horizontal y a los Estatutos rectores de la comunidad. A cambio accede el Ente Local a una parte alicuota de la cosa común, y ese derecho pasa a ser objeto de regulación por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Parece ociosa la cuestión de la naturaleza jurídica de las copropiedades de la Corporación en el régimen de propiedad horizontal, pero en la práctica puede plantear problemas muy complejos. No hay duda de que, como derecho accesorio que son, las cosas compartidas siguen el destino de la principal. La escaleras o el ascensor de acceso a un local en que el Ayuntamiento ha instalado una biblioteca siempre serán, respecto de la participación del Ente local, un bien demanial de servicio público del artículo 4 núm. 1 apartado a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Pero la participación que ese mismo Ayuntamiento pueda adquirir respecto del jardín privado del edificio o de la vivienda del portero no es calificable como tal, y estaremos ante un bien patrimonial de propios, regulado en el artículo 5 núm. 2 apartado a) del mismo Reglamento.

Ahora bien, la aplicabilidad del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y en general de toda la legislación jurídico-pública que rige la actividad de estas Corporaciones no puede afirmarse respecto de las copropiedades previstas en la Ley de Propiedad Horizontal sino muy cautelosamente, y ello porque, básicamente, el régimen jurídico aplicable no es otro que la propia Ley 49/1960 y los Estatutos de la comunidad correspondiente. En lo que a ellos no se opongan serán de consideración las normas de Derecho Administrativo.



Pues bien, del análisis de las reglas contenidas en la Ley 49/1960, de 21 de Julio, destacan tres aspectos:

1º) La alteración de los artículos 8 y 107 de la Ley Hipotecaria, recogida en el artículo 2 de aquélla, otorga al dueño de la obra construida la facultad de fijar las partes alícuotas de los elementos individuales, de cuya proporción derivan los derechos y deberes de la Corporación. Este porcentaje no puede ser alterado sino por acuerdo unánime de los comuneros (artículo 3).

2º) El artículo 4 de la Ley 49/1960 regula la división de la cosa común, prevista en el artículo 400 del Código Civil.

3º) El artículo 1 de la Ley de Propiedad Horizontal, en su párrafo tercero, niega los derechos de tanteo y retracto a los codueños, en los casos de enajenación de un piso o local. Se alteran así los artículos 404 y 1.522 del Código Civil, agilizando y asegurando las transmisiones.

La segunda fuente normativa son los Estatutos de la Comunidad, que se regulan en la propia Ley de Propiedad Horizontal, mandando ésta sean recogidos en el título de propiedad correspondiente. Ello conlleva la necesidad de que se fije la cuota de participación de cada piso o local, de la que derivan los derechos y deberes de cada condueño.

La fijación de dicha cuota no es arbitraria. El artículo 5 de la Ley indica su determinación "por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes".

La competencia otorgada por la Ley para la aprobación de los Estatutos lo es preferentemente al propietario único del edificio. Es una solución peligrosa, por cuanto se deja en una sola mano la regulación de la convivencia de una colectividad de vecinos.

Los criterios expuestos para la determinación de las partes alícuotas suponen un correctivo a aquella discrecionalidad, y abren el camino jurisdiccional para los comuneros disidentes o que se puedan sentir perjudicados en la distribución de los porcentajes. Este es el derecho que puede asistir a una Corporación que se considere discriminada con tal moti-

vo. Nótese, no obstante, que la Ley prevé la única solución posible, pues no es imaginable que los elementos individuales de un edificio sean enajenables sin fijar previamente las cuotas de los elementos comunes.

La segunda solución contemplada en el artículo 5, la determinación de los Estatutos por acuerdo de todos los propietarios existentes, debe entenderse como subsidiaria o sustitutoria de la anterior. Lo confirma el propio artículo 6 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Y el artículo 16 de la misma obliga a que los acuerdos de los copropietarios en materia de aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos sean adoptados por unanimidad.

Salvo en este supuesto, la Corporación Local adquirente de un elemento individual de un edificio se ve sometida a los Estatutos de la copropiedad, que al cabo tienen la consideración jurídica de contrato regulador del condominio.

La posición jurídica de la Corporación en este contrato es absolutamente atípica. Se trata claramente de un contrato de naturaleza civil, consecuencia de otro principal, cual es la adquisición de un elemento individual por parte del Ayuntamiento o Diputación. Este se ve obligado a celebrarlo. Serían, pues, aplicables en teoría los preceptos recogidos en el Real Decreto 3046/1977, de 6 de Octubre, Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, y en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales. Y, dentro del primer texto legal de los citados, el artículo 109 núm. 3 afirma que los contratos que no tengan carácter administrativo se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por sus normas administrativas especiales y, en su defecto, por las disposiciones de la presente Ley sobre preparación y adjudicación de los contratos de obras, gestión de servicios y suministros, que se aplicarán por analogía a la figura contractual de que se trate.

En la práctica no resulta posible la aplicación del precepto transcrito. La Corporación se ve compelida a contratar. Es un contrato forzoso, tanto en la voluntad del Ente local, que es irrelevante en este orden, como en su contenido, que ya está prefijado. Es una verdadera adhesión. La Corporación se adhiere por voluntad de la Ley a un contrato cuyo contenido ha sido aprobado por decisión de un tercero, el constructor o la junta de propietarios.

## II. LA PARTICIPACION DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS COMUNIDADES DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Dentro de este título de carácter general van a ser analizados los preceptos de la Ley 49/1960 que tratan de los derechos y deberes de los copropietarios en relación con la cosa común, así como los actos de administración y disposición sobre la misma.

### A) *Derechos de la Corporación propietaria*

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal conjuga los intereses del propietario individual con los de la comunidad, facultando la alteración del elemento individual sin perjudicar la situación de la cosa condominada. La necesidad de dar cuenta de dichas obras de alteración al resto de los copartícipes permite que una Corporación Local, por necesidades del servicio público a que esté afecto su vivienda o local, lleve aquéllas a cabo sin necesidad de previa autorización de la comunidad, y respetando siempre la estructura de los elementos comunes. A tal fin basta que el Presidente del Ayuntamiento o Diputación, en su calidad de representante de la misma, notifique anticipadamente a los comuneros la obra que se va a realizar.

Un segundo derecho para las Corporaciones Locales comuneras de una propiedad horizontal es el recogido en el artículo 8 de dicha Ley, que previene que "los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte.

En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5, sin alteración de las cuotas restantes".

El artículo contiene serias implicaciones para los supuestos en que una Corporación Local pretende ampliar un local destinado a servicio público con otro elemento individual de la misma comunidad. El mandato legal obligaría a que dichas ampliaciones fueran sometidas a la aprobación de la junta de propietarios, en manos de quien, en última instancia, se deja la decisión definitiva sobre la virtualidad de un contrato pri-

vado entre dos partes copropietarias o la mera alteración de una cosa objeto de propiedad no compartida. Desde este punto de vista el precepto parece muy criticable. La actuación de la junta de propietarios debería limitarse a la comprobación de que las alteraciones físicas o jurídicas de los elementos individuales no perturban la cosa común, así como a la fijación de las nuevas cuotas con estricta sujeción a la Ley y a los Estatutos de la comunidad.

Pues bien, desde la defensa de los intereses de las Corporaciones Locales como Entes prestadores de servicios, el inconveniente de la eventual desaprobación comunitaria a un proyecto de modificación de un local municipal o provincial puede y debe salvarse con la institución de la expropiación forzosa cuando ello sea posible, aplicable dicha institución tanto a los elementos individuales como a aquellos elementos comunes susceptibles de enajenación que deben resultar afectos a un interés público o utilidad social. Se salva así la parte jurídica de la cuestión, y quedan solventadas las oposiciones de los comuneros a las adquisiciones de bienes por parte de una Corporación Local, previstas en el mismo artículo 8.

Pero ¿Y si la Corporación precisa físicamente un elemento individual que ya es de su propiedad para la instalación de un servicio público contando con oposición de la junta de propietarios? En este supuesto los intereses de la Provincia o el Municipio quedan supeditados a la voluntad favorable de algunos particulares, aunque ello pueda parecer sorprendente. Pero el Derecho Público no ha previsto figura jurídica alguna que pueda salvar la incómoda regla de Derecho privado que se acaba de transcribir.

#### B) *Obligaciones de la Corporación propietaria*

El artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal refiere las obligaciones de cada propietario:

“Primera.- Respetar las instalaciones generales o en provecho de otro propietario incluidas en su piso.

Segunda.- Mantener un buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes debe responder”.

Es interesante detenerse en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Local con motivo u ocasión del funcionamiento de un servicio público instalado en el seno de una copropiedad horizontal. El precepto no está pensado para las Corporaciones de Derecho Público, y se refiere claramente a los supuestos de responsabilidad contemplados en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, que serían exigibles a cualquier comunero por vía jurisdiccional ordinaria, interponiendo en su caso reclamación previa a la vía civil cuando el demandado fuera Diputación o Ayuntamiento.

Pero en la práctica no puede ser así. La existencia de una Corporación Local en la comunidad es un factor de distorsión suficiente para predicar respecto de ella la inaplicabilidad de la expuesta regla segunda del artículo 9 de la Ley 49/1960. Parece seguro, por contra, afirmar que la comunidad o copropietarios que deseen exigir responsabilidad a su participe Administración lo han de hacer por vía administrativa y posterior contenciosa, con sujeción a los preceptos de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa, sobre el supuesto de que la vivienda o local en cuestión estén afectos a un servicio público.

En cualquier caso, las acciones de resarcimiento son irrenunciables para cada uno de los interesados, aún cuando en tal sentido lo acuerde la junta de propietarios de la comunidad. Así lo estima una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de Noviembre de 1967.

Otras obligaciones expuestas en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal son:

“Tercera.- Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general, acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios, en las condiciones previstas en el artículo siguiente, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios.

Cuarta.- Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores”.

Estamos ante otro supuesto que puede resultar extraordinariamente oneroso para una Corporación Local, hasta el punto de obligarle a cerrar, por ejemplo, un local en el que sea prestado un servicio público. Esto no obstante, no parece que la Administración pueda sustraerse a la aplicación del precepto, restándole tan sólo la vía del resarcimiento,

la cual puede resultar manifiestamente insuficiente para paliar el interés público lesionado.

El mismo artículo 9 expone las dos últimas obligaciones de los copropietarios:

“Quinta.- Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vendida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuese su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes”.

La especial cualificación jurídica que ostentan los bienes propiedad de los Entes locales convierten el segundo párrafo de los expuestos en inaplicable para aquéllos.

“Sexta.- Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares, y responder ante éstos de las infracciones cometidas por el que ocupe su piso, sin perjuicio de las acciones directas que procedan.

Para la aplicación de las reglas precedentes se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes”.

### *C) La modificación física de la cosa común*

Los artículos 10 y 11 de la Ley tratan de este asunto del siguiente modo:

“Ningún propietario puede exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, según su rango.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor del párrafo anterior y cuya cuota de instalación

exceda del importe de una mensualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja.

Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento.

En todo caso, las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán el consentimiento expreso de éste" (artículo 10).

El precepto es una salvaguarda para la posición jurídica de la Corporación Local en el ámbito de los intereses privados que, generalmente, mueven a este tipo de actuaciones, por cuanto aquélla puede quedar al margen de toda reforma que no sea de su interés. Del concepto de disidencia se tratará en otro lugar.

El artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal confirma este estado de cosas, al enseñar que "La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos".

#### *D) La disposición de los elementos comunes susceptibles de enajenación*

La Ley de Propiedad Horizontal no contiene reglas relativas a la división y derecho de disposición que los comuneros ostentan respecto de la cosa condominada, quizá porque sustenta el principio básico de la inenajenabilidad de dichos elementos. Dicho principio no es sostenible en términos absolutos, pues el propio artículo 4 de la Ley previene, si bien con carácter excepcional, la posibilidad de dividir alguna de las cosas compartidas, lo que conlleva, obviamente, la facultad de enajenarlas.

La combinada interpretación de los artículos 4 de la Ley de Propiedad Horizontal y 404 del Código Civil lleva a la conclusión de que la Corporación Local que así lo desee puede compeler a la comunidad a

enajenar la cosa común susceptible de ello, mediante el ejercicio de la acción prevista para su división. Y, respecto de dicha enajenación, no son de aplicación los derechos de tanteo o retracto de los comuneros, como ya se expuso.

Este planteamiento, que parece claro en teoría, puede resultar extraordinariamente complejo en la práctica, si se dan dos factores concurrentes: falta de unanimidad de los copropietarios en la voluntad de transmitir su cuota y/o acuerdo de la junta de propietarios decidiendo la no enajenación del bien. Contra ambas posturas puede el Ayuntamiento o Diputación ejercer acción judicial en vía ordinaria, intentando hacer efectivo su derecho.

Pues bien, reconocida tal facultad a la Corporación, se precisa su voluntad, junto con la de los demás copropietarios, para donar o vender la cosa. Llegados a este punto, y habida cuenta de la calificación de "bien patrimonial de propios" que la cosa enajenable debe poseer, serían de aplicación las normas del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales sobre disposición de éstos.

El tema se complica extraordinariamente entonces, porque los artículos 94 y siguientes de este último texto legal no están previstos para supuestos como el que nos ocupa.

A tenor del artículo 95, el Ayuntamiento o Diputación no podría hacer donación de su cuota sino a Entidades o a Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal.

Ello conlleva que o bien la Corporación impone a los demás condueños la persona del donatario, o bien si el resto de copropietarios quiere hacer donación de la cosa común a un particular aquélla se negará a otorgar su voluntad de disponer gratuitamente, por así imponérselo el artículo 95 ya citado.

Algo parecido ocurre con las enajenaciones onerosas del condominio. El artículo 98 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales prevé que estos actos de disposición se realicen por subasta pública, conduciendo a un enorme absurdo jurídico. La Corporación podría manifestar su voluntad anuente de vender, pero su cuota se transmitiría mediante licitación, mientras que las demás cuotas podrían trasladarse dominicalmente de modo directo. La división de la cosa común daría lugar



a dos transmisiones diferentes, con la posibilidad de que a aquélla accediesen uno o más dueños. Y en este último caso éstos, a su vez, deberían ejercitar una nueva acción de división de la comunidad.

Las soluciones absurdas no pueden ser soluciones jurídicas. La naturaleza de las cosas exigiría que para la división de la cosa común las Corporaciones Locales puedan disponer libremente su parte alícuota, a pesar de las rígidas normas de la legislación de régimen local, aunque para ello no exista fundamento de Derecho.

### E) *Los órganos de la comunidad*

Los artículos 12 y siguientes regulan la composición y funcionamiento de los órganos gestores de los elementos comunes, en una sistemática confusa y desordenada que aquí se tratará de ordenar.

#### a) La Junta de Propietarios

Aunque la Ley no lo diga, todos los comuneros forman un órgano colegiado representante de los intereses de la comunidad. Es la junta de propietarios. De ella sólo pueden sustraerse las comunidades cuyo número de propietarios de pisos o locales no exceda de cuatro, expresándolo de común acuerdo en los Estatutos. En dicho supuesto se acogen al régimen de administración del artículo 398 del Código Civil (artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal).

#### Funciones:

A la Junta de Propietarios corresponde aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles y las cuentas correspondientes (artículo 13 párrafo segundo de la Ley).

He aquí un grave conflicto legislación pública-legislación privada cuando uno de los copropietarios es una Corporación Local. Puede ocurrir que la aprobación del plan por parte de la junta de propietarios sea anterior a la que aquélla haga de su propio Presupuesto Ordinario, en cuyo caso el Ayuntamiento o Diputación deberá oponerse a dicho plan aunque esté de acuerdo con su formulación, con la agravante circunstancia de que tampoco hará efectivos los pagos que se deriven de su posición de comunero, por falta de consignación presupuestaria.

“Tercero.- Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y de me-

jora y recabar fondos para su realización”.

Otro tanto cabe decir del apartado tercero.

“Cuarto.- Aprobar o reformar los Estatutos y determinar las normas de régimen interior.

Quinto.- Conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común”.

Los apartados cuarto y quinto son de una sencilla formulación, pero de una gran conflictividad práctica. La amplia cláusula del último de ellos suele traer consigo decisiones comunitarias gravemente perjudiciales para algunos propietarios, entre los que generalmente se encontrará la Corporación Local interesada y, lo que es más grave, con apoyo en el artículo 13 apartado quinto de la Ley, la comunidad aprueba todo tipo de gastos extracomunitarios.

La posición del Ayuntamiento o Diputación debe ser la disidencia prevista en el artículo 10 de la Ley, en la seguridad de que tal gasto no le vinculará ni le será exigible, a tenor del primer párrafo del mismo precepto.

Régimen de reuniones:

El artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal enseña que “La junta de propietarios se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas, y en las demás ocasiones que lo considere conveniente el presidente o lo pidan la cuarta parte de los propietarios, o un número de éstos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación”.

Del párrafo transcrito parece deducirse la existencia de dos tipos de reuniones: la ordinaria, a celebrar una vez al año para la aprobación de presupuestos y cuentas, y las extraordinarias. Estas últimas, a instancia del presidente o un cuarto de los propietarios, sean en número o en cuotas de participación. A dicho régimen ha de someterse la respectiva Corporación Local.

La convocatoria la hace el presidente, y, en su defecto, los promotores de la reunión, con indicación de los asuntos a tratar y hora, día

y lugar de la junta entregándose las citaciones por escrito, en el domicilio que hubiere designado cada propietario y, en su defecto, en el piso a él perteneciente.

Es conveniente que la Corporación interesada fije como domicilio para notificaciones el de la Casa Consistorial, de modo que aquéllas sean debidamente tratadas en el Registro General. La entrega de las citaciones en el piso o local de propiedad de la Entidad Local resta seguridad y operatividad a los representantes del Ayuntamiento o Diputación, siendo frecuente causa de inasistencia a las reuniones de la junta de propietarios, con las consecuencias que de ello se puedan derivar.

Por último, el artículo 15 previene que “La citación para la junta ordinaria anual se hará, cuando menos, con seis días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados. La junta podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria del presidente, siempre que concurren la totalidad de los propietarios y así lo decidan”.

Los seis días de antelación previstos para la citación previa a la junta ordinaria anual parecen plazo suficiente para que la Corporación pueda darse por enterada y asistir a ella debidamente representada, siempre que la notificación sea entregada en el Registro General, por la conveniencia ya expuesta. No existe el mismo tipo de garantías para las juntas extraordinarias, por lo cual los representantes del Ente Local deben acelerar los trámites para, una vez notificada su celebración, proveer lo necesario para su asistencia.

Por otro lado, la necesidad de que las juntas espontáneas se celebren con asistencia de todos los propietarios impide que la Corporación se vea afectada por acuerdos imprevistos en cuya adopción no esté presente. Puede decirse que en las comunidades en las que uno de los copropietarios sea una Corporación Local tal tipo de acuerdos serán prácticamente inadoptables.

Acuerdos:

A tenor del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, “Los acuerdos de la junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas:

Primera.- La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos.

Los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la junta serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes y, si en el plazo de un mes a contar de dicha notificación no manifiestan en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad”.

El precepto prevé muy acertadamente la total concurrencia de voluntades en materia tan importante como la de los estatutos comunitarios, con una adecuada vía de ratificación que garantiza la seguridad jurídica de los ausentes a la junta. Se impiden así acuerdos abusivos o lesivos para algunos propietarios.

“Segunda.- Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera, y en la que serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a la vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Cuando la mayoría no se pudiere lograr por los procedimientos establecidos en los párrafos anteriores, el Juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda junta, y oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre al pago de costas”.

La segunda regla del artículo 16 combina con acierto el régimen de mayorías personales con el de cuotas, exigiendo ambas para la adopción de acuerdos. Supone un apartamiento del régimen general de administración comunitaria previsto en el artículo 398 párrafo segundo del Código Civil, reforzando la seguridad jurídica de los propietarios minoritarios en partes alícuotas, como generalmente será el caso de las Corporaciones Locales.

#### Asistencia:

Según el artículo 14, “La asistencia a la junta de propietarios será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito por el propietario”.

El aspecto relativo a la asistencia de la Corporación a la junta de propietarios es extraordinariamente complejo. El inconveniente principal deriva del hecho de que a menudo el Ayuntamiento o Diputación pertenece a varias comunidades de propietarios, o bien sus reuniones se celebran en días incompatibles con la asistencia de los corporativos, etc. Por ello la regla general suele ser la inasistencia de la Corporación, a pesar de los perjuicios que ello le podría deparar.

Cuestión ajena es quién debe representar a la Entidad Local. Su representante legal es el Presidente corporativo, y en su defecto los Tenientes de Alcalde o de Diputado. En principio, a ellos corresponde la asistencia a la junta de propietarios, convenientemente asesorados por los servicios jurídicos de la Corporación. En cualquier caso, nada obsta a que si las ocupaciones del Presidente no le permiten asistir a dichas reuniones, delegue en algún corporativo, nunca en un funcionario.

Ahora bien, la asistencia de un corporativo a las juntas de propietarios no resuelve todos los problemas. Los órganos individuales y colegiados de una Corporación Local ostentan un listado de competencias concretas previsto en la legislación de régimen local. La representación que de aquélla ostenta su Presidente no le faculta para obligar al Ayuntamiento o Diputación más que en el ámbito de su competencia. Es improbable que un Alcalde pueda otorgar su voluntad representando a la Corporación en el seno de una junta de propietarios que acuerde concertar un contrato de arrendamiento o una adquisición de un inmueble, o realizar un gasto cualquiera. Tal será competencia de otros órganos municipales, y sería preciso contar con los informes correspondientes. Ello es incompatible con la necesidad de manifestar la voluntad corporativa en un momento dado, en el momento en que se reúne la junta de propietarios.

El asunto es especialmente grave. La jurisprudencia ha declarado en sentencia de 12 de Mayo de 1972 que el arrendamiento de una cosa común es un acto de administración de la comunidad. Como tal, para la adopción de dicho acuerdo basta aprobación mayoritaria. O sea, si una Corporación se opone a un arrendamiento determinado y éste es aprobado por los demás copropietarios, el acuerdo es válido, y el Ayuntamiento o Diputación habrán concertado una relación contractual en contra de su propia voluntad. Esto desde el punto de vista jurídico-público sería inimaginable.

La contradicción no es fácilmente salvable, pues la Corporación no le resta facultad de remitir a los comuneros al procedimiento adminis-

trativo. En la práctica lo conveniente será que, en los asuntos que así proceda, el representante de la Corporación haga salvar la responsabilidad de ésta oponiéndose a todo acuerdo lesivo a sus intereses, para que una vez estudiado por los servicios jurídicos el Ayuntamiento o Diputación ejerza la acción que le convenga.

#### Impugnación de Acuerdos Sociales:

El artículo 16 reglas tercera, cuarta y quinta de la Ley de Propiedad Horizontal es de una gran importancia práctica, y su interpretación presenta varios aspectos de interés:

En primer lugar, la Ley 49/1960 aclara el concepto de disidente, del que deriva la legitimación para la impugnación de acuerdos comunitarios. Son disidentes los votantes en contra y los ausentes en un acuerdo de la junta de propietarios. Ello conlleva la seguridad para las Corporaciones Locales de que su ausencia de una determinada reunión no implicará indefensión respecto de los acuerdos en ella adoptados, pues dichos acuerdos le serán más tarde notificados, y podrá impugnarlos en plazo de treinta días ante el Juzgado de Distrito correspondiente.

En segundo lugar, la inmediata ejecutividad de los acuerdos impugnados implica la obligatoriedad de que la Corporación proceda a su cumplimiento, en la parte que le corresponda, sin perjuicio de resarcimiento una vez obtenida sentencia favorable. Nótese que se trata quizá del único supuesto de nuestra legislación en que los particulares gozan del privilegio de ejecutividad de sus actos frente a la Administración, exactamente la hipótesis contraria al contemplado en la Ley de Procedimiento Administrativo.

En tercer y último lugar, la acción prevista en el artículo 16 deberá ejercerse con las formalidades contempladas en la legislación de régimen local. O sea, mediante acuerdo plenario de la Corporación precedido de informe de Letrado.

#### b) El Presidente y el Administrador

El último comentario versa sobre la posibilidad y procedencia de que las Corporaciones Locales desempeñen los cargos de presidente o administrador de la junta de propietarios. La posibilidad debe resolverse afirmativamente, y deriva del mero hecho de ostentar la condición de comunitario. La oportunidad o procedencia es más dudosa. En principio, la legislación de régimen local no prevé la facultad de los Entes locales de dirigir la administración de los intereses privados de una comunidad ho-

horizontal, pero ésta se contiene en la Ley 49/1960. Y a veces la facultad, renunciable como tal, se convierte en obligación, cuando la designación del presidente se hace por turno anual, por ejemplo.

¿Cómo ejercerá la Corporación la presidencia o administración de una comunidad de propiedad horizontal? Es una situación verdaderamente atípica, pero la lógica aconseja que las facultades derivadas de dichos cargos se ejerzan por los representantes del Ayuntamiento o Diputación, asistidos por sus servicios técnicos y jurídicos.

# ASPECTOS PENALES DE LA EXTRADICION

MARIA ISABEL MARTINEZ GONZALEZ

*Departamento de Derecho penal. Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. Naturaleza jurídica. II. Antecedentes históricos. III. Delimitación conceptual. IV. Principios de la extradición. V. Perspectiva de reconocimiento jurídico internacional.

## I. NATURALEZA JURIDICA

La institución de la extradición ofrece al jurista un variado y complejo objeto de investigación, que en parte viene determinado por el carácter debatido de su naturaleza jurídica.

Sobre tan ardua cuestión, ciertamente, se han sustentado muy diversas posiciones doctrinales. De este modo, en concreto, se ha entendido que la extradición constituye conforme a su esencia un acto político; que representa un problema de Derecho administrativo, ya que en su ámbito se halla siempre en juego la decisión gubernamental de un determinado Estado; que pertenece esencialmente al ámbito del Derecho procesal, por cuanto requiere la puesta en funcionamiento de un proceso especial; que integra una institución de singular relevancia en el plano del Derecho internacional público, sobre todo en la actualidad, en cuanto se la delimita como uno de los más efectivos métodos de cooperación penal internacional y regional, siendo en cuanto tal enmarcada a nivel constitucional en sede de la consignación de derechos de los extranjeros.

Interesa a este respecto resaltar que la Constitución española de 1978, en su artº. 13,3, proclama que "la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo".



Como es sabido, desde los planteamientos científicos propugnados en las escuelas clásicas, los penalistas de modo constante reivindican la pretendida naturaleza penal de la extradición, aduciendo que la misma permite en definitiva que se aplique la ley penal a un sujeto delicto evadido, trayendo su origen de la comisión de un comportamiento delictivo y aspirando a la aplicación al mismo de la ley penal, por medio del acto de asistencia jurídica internacional en que la extradición se sustancia.

El fundamento último de la extradición viene determinado por la solidaridad interestatal. La extradición exige la existencia de un delincuente y de un Estado competente para juzgarle o, en su caso, aplicarle las sanciones que le fueran impuestas, ante la circunstancia de haberse el sujeto evadido del territorio donde debía ser penado y encontrado refugio en otro Estado.

A nivel político-criminal, cabe fundamentalmente esgrimir argumentos como la dificultad de enjuiciar a un delincuente en un país ajeno, la proporcionalidad y la equidad del tratamiento punitivo correspondiente a todos los ciudadanos de un Estado, y la reafirmación de los principios jurídicos de determinación del ámbito de vigencia de la ley penal en el espacio, viniendo en todo caso, dentro de este contexto, a cubrir el hueco de una representada impunidad, como contribución decisiva a la Justicia penal.

La huida a un país extranjero supone un intento de burlar la efectiva aplicación de la ley penal referida al ámbito espacial en el que la misma rige, básicamente por el principio territorial, aunque evidentemente no sólo por él, sino en virtud del conjunto de principios de determinación de la vigencia de la ley penal en el espacio, íntimamente conectada por demás con la esfera de validez de la ley penal en el tiempo y en relación a las personas.

Se sustancia esencialmente la extradición en un acto de asistencia jurídica internacional en materia penal, con el que se pretende la reciprocidad entre los Estados y la evitación de la impunidad de un delito.

Sería deseable la consecución de una serie de objetivos que, hoy por hoy, parecen lejanos, tales como una coordinada fuerza de policía internacional, una previsión de actos procesales internacionales, cuales requisitorias, mandatos, archivos judiciales, así como la organización de Tribunales de Justicia penal internacional que conociesen de todos los fundamentales problemas que suscita la vigencia de la ley penal en el espa-

cio, en virtud de las determinaciones derivadas de los principios jurídicos informadores de la presente materia.

## II. ANTECEDENTES HISTORICOS

Un sector de la doctrina penalista ha puesto de relieve que ya en los pueblos más remotos de Oriente se hallan vestigios de extradición, y asimismo entre las tribus de Israel, en Egipto, en Grecia, donde precisamente, aunque el asilo eclesiástico fuera un serio obstáculo a la extradición, al parecer se concedía para los autores de delitos más odiosos. En Roma la extradición era exigida por la suprema autoridad del Estado, frente a los Estados que dependían de ella, y representaba una manifestación de supremacía, así como frente a los otros constituía la satisfacción exigida por la ofensa causada al Estado o al ciudadano de Roma, implicando la amenaza de guerra en caso de negativa (1).

Convenimos no obstante que es discutible, con un mínimo rigor científico, que estos hechos tuviesen la consideración de extradición.

Más bien parece que en las antiguas civilizaciones la impunidad fue la regla general. Incluso entre territorios de un mismo Estado, curiosamente y con fines repobladores, se concedía un derecho de asilo a quienes fuera de las fronteras buscaban refugio. Ejemplos ilustrativos se encuentran en los Fueros de Calatayud, Bejar y Sepúlveda (2).

A partir de la Edad Media, empiezan a surgir acuerdos de extradición locales o regionales para la entrega de un delincuente concreto, así como auténticos tratados, algunos concertados incluso entre ciudades. Destaca el Tratado entre España y Portugal, durante el reinado de Pedro I de Castilla en 1360, que acaso debe considerarse como el primer genuino Tratado de extradición, concedido con tal carácter, al que luego sucedieron otros bajo el reinado de los Reyes Católicos en 1499 y Felipe II en 1569 (3).

---

(1) JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo II, *Filosofía y Ley penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1950, pp. 779 s. *Vid.*, sobre el proceso de reconocimiento de relevancia del asilo en el Derecho penal, BARBERO SANTOS, Marino, *El derecho de asilo. Introducción a su estudio*, en *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 287 ss., 292 ss., 298 ss.

(2) *Vid.* ANTON ONECA, José, *Derecho penal, Parte general*, Gráfica administrativa Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949, p. 123; BARBERO SANTOS, Marino, *l.u.c.*

(3) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Explicaciones de cátedra de Derecho penal, Parte general*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, s.f.

En los siglos XVIII y XIX, la extradición tuvo como objeto principal los delitos políticos. No en vano corrían tiempos de absolutismo, y se consideraba a los reos políticos como los más peligrosos delincuentes. Bajo el reinado de Carlos III, en 1765, España celebró un acuerdo con Francia, referente a los delitos de robo en caminos reales e iglesias, robos con fractura en lugares habitados, asesinatos, incendios, envenenamientos, estupro y falsificaciones de moneda (4).

En el siglo XIX, concretamente en 1803, destaca el Pacto contra los firmantes de la Paz de Amiens, aunque hasta el primer cuarto de dicha centuria no aparece legalmente consignada la expresión terminológica de "extradición" (5).

Más recientemente los Códigos penales decimonónicos hicieron por fin expresa mención de la extradición, si bien en la mayoría de los países se elaboraron extramuros de las codificaciones penales Leyes especiales de extradición. Tal es el actual caso de la vigente ley española de 26 de diciembre de 1958. Son por lo demás en la actualidad numerosos, y relativamente extensos, los Tratados que en materia de extradición vinculan con mayor o menor amplitud a la casi totalidad de los países que mantienen normales relaciones internacionales entre sí.

### III. DELIMITACION CONCEPTUAL

Configurada la extradición como la entrega que un Estado hace a otro Estado de un individuo, acusado o condenado, que se encuentra en su territorio, para que se le enjuicie penalmente o se le ejecute la pena en el estado requirente, cabe estimar que constituye un mecanismo de eficaz colaboración internacional, por medio de la cual los Estados cooperan a la Administración de Justicia penal, al tiempo que integra un sistema de liberación de sujetos criminalmente peligrosos.

Suele reconocer la doctrina varias clases de extradición: a) Activa o impropia, consistente en la solicitud efectuada por un Estado, requirente, a otro Estado, requerido, de que le sea entregado un delincuente refugiado en el territorio de éste, a fin de que aquél pueda conocer de los delitos sobre los que legalmente tiene competencia.

---

(4) JIMENEZ DE ASUA, Luis, *o.u.c.*, p. 782.

(5) JIMENEZ DE ASUA, Luis, *l.u.c.*

b) Pasiva o propia, constitutiva de la entrega de un delincuente efectuada por parte de un Estado a otro, para que por este Estado que le recibe sea juzgado conforme a Derecho. En tanto se afirma la naturaleza jurídica y jurisdiccional de la institución penal de la extradición pasiva, se ha calificado a la denominada extradición activa de mero trámite administrativo, internacional, gubernativo o político (6).

c) Voluntaria, consistente en la entrega de un delincuente por sí mismo al Estado que es normativamente competente para juzgarlo. Representa un supuesto que no es propiamente constitutivo de extradición penal (7).

d) La extradición de tránsito integra la autorización concedida por un tercer Estado para la conducción a través de su territorio de un delincuente sujeto a la extradición, desde el Estado de refugio al Estado requirente. Aunque es discutible la naturaleza jurídica de esta hipótesis de extradición, suele primordialmente denegársele carácter jurisdiccional propio, confiriéndole el sentido de puro acto administrativo.

e) La reextradición consiste en la entrega de un delincuente efectuada por el Estado originariamente requirente a un tercer Estado, que a su vez ha procedido a requerir, con prioridad de competencia, a este delincuente. Representan requisitos esencialmente constitutivos del concepto jurídico-penal de reextradición delimitado, en primer término, la ineludible necesidad de que sea la misma autorizada por el Estado inicial de refugio, y, en segundo lugar, la exigencia de que la penalidad a imponer por el nuevo Estado requirente no podrá rebasar los límites que resultarían de apreciar un concurso de delitos entre el delito por el que requirió el primer Estado y el delito por el que requirió el segundo.

En relación con las formas en que puede plasmarse la extradición, y según el órgano que la resuelve, se reconocen básicamente las modalidades de gubernativa, jurisdiccional y mixta.

Desde la perspectiva con que la Constitución aborda el tema de la extradición, sólo se tiene en cuenta la llamada extradición pasiva, es decir, la que se produce por parte del Estado que es requerido para llevarla a cabo. De esta suerte, cuando se emplea la expresión "la extradición sólo se concederá...", se está haciendo referencia únicamente al aspecto

---

(6) JIMENEZ DE ASUA, Luis, *o.u.c.*, p. 775.

(7) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *l.u.c.*

normativo de la concesión de la extradición pasiva, por más que, sin duda, puedan ciertamente extraerse del contenido regulativo del artº 13,3 principios orientadores sobre la extradición activa, la propia del Estado requirente, precisamente por el criterio de reciprocidad que late en esta institución, al que el precepto alude (8).

La reciprocidad tiene en nuestro texto constitucional, no sólo una función limitadora, sino también asume el cometido de constituirse en sustancial criterio informador de los tratados o leyes sobre la extradición, e incluso de las propias decisiones concretas sobre casos de extradición, operando como garantía de la igualdad interestatal y de su estricto cumplimiento (9).

#### IV. PRINCIPIOS DE LA EXTRADICION

Los llamados principios de la extradición, integrantes de los postulados jurídicos informadores de los tratados, constituyen genuinos criterios regulativos en esta materia. Conforme a su naturaleza, unos se refieren a los delitos, y otros, a los delincuentes. Y, por razones humanitarias, se suelen formular reservas sobre la pena de muerte, y se aspira a consignar las máximas garantías procesales de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales.

A) Por lo que respecta a los principios relativos a los delitos, cabe destacar fundamentalmente los siguientes:

a) Principio de legalidad. Conforme a él, no se admiten otras causas de extradición que las expresamente consignadas en el Derecho escrito. Aparece proclamada en el artº 13,3 de la Constitución española.

b) Principio de la doble incriminación. Exige que el hecho que motiva la extradición ha de constituir delito, tanto en la legislación penal del Estado requirente como en el Ordenamiento punitivo del Estado requerido.

---

(8) *Vid.*, especialmente, COBO DEL ROSAL, Manuel / BOIX REIG, Javier, *Perfil constitucional de la extradición*, en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo I, *Derecho penal y Constitución*, Revista de Derecho público, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1982, pp. 50 s.

(9) COBO DEL ROSAL, Manuel / BOIX REIG, Javier, *Perfil constitucional de la extradición*, en *o.u.c.*, pp. 52 ss.

Este principio no aparece formulado de manera expresa en la Ley reguladora de la extradición de 26 diciembre 1958, pero inequívocamente se infiere de lo establecido en el artº. 6, nº 6, que excluye la extradición “por aquellas infracciones en las que, conforme a la legislación española o del Estado requirente, se haya extinguido por cualquier causa la responsabilidad criminal” (10).

Aunque literalmente el texto positivo sólo alude a las causas de extinción de responsabilidad penal, esto es, a la prescripción, a la amnistía y al indulto, entrañaría ciertamente un grave contrasentido tanto el pedir como el conceder la extradición si el hecho por el que se pretende no constituye delito con arreglo a la legislación española y a la del Estado requerido, pues ¿qué mayor causa de extinción de responsabilidad criminal puede imaginarse que la de total ausencia de responsabilidad penal? (11).

A mayor abundamiento, es preciso reconocer que, cuando se extingue la responsabilidad por alguna de las causas legalmente previstas, nos encontramos ante supuestos en los que el Estado español, en principio, estaba interesado en su represión penal, habiendo prescindido de ella por razones de oportunidad. Con mayor motivo, procede denegar la extradición cuando la misma se refiere a un hecho atípico ante el Ordenamiento penal español, que el legislador ni en principio quiso reprimir penalmente (12).

Otro argumento vendría ofrecido por el nº 9 del artº 6 de la ley, precepto que niega la extradición cuando la misma es solicitada por faltas, toda vez que aún mucho menos deberá concederse por hechos tanto menos dañosos que ni siquiera son tipificados. Por lo demás, si se niega la extradición por hechos que en nuestro Ordenamiento constituyen delitos, cuales son los enumerados en el artº 6 (nº 1: políticos, nº 2: militares, nº 3: de prensa, nº 4: infracciones fiscales y monetarias, nº 5: delitos perseguibles a instancia de parte, excepto violación, estupro y rapto, nº 9: faltas), es de todo punto imposible que conductas que por ser atípicas carecen de toda trascendencia penal puedan ser susceptible hipotéti-

---

(10) Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás Salvador, *Derecho penal, Parte general*, I, Universidad de Valencia, 1980, p. 201.

(11) RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español, Parte general*, Gráficas Carasa, Madrid, 1975, p. 197.

(12) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Algunos problemas de extradición en el Derecho español*, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 77.

camente de fundamentar la entrega al país requirente (13).

El principio de la doble incriminación, también denominado de la identidad normativa, por lo general es observado en los tratados. Puede desde luego surgir el problema de que en las respectivas legislaciones penales internas se consignen denominaciones de tipicidad no congruentes entre sí, incluso ajenas a alguna de tales legislaciones, v. gr. envenenamiento, fratricidio... Mas en tales supuestos preciso será observar con un criterio sustantivo de valoración si tales acciones son o no punibles en ambos Ordenamientos penales, en los respectivo capítulos, v. gr. de delitos contra la vida, prescindiendo consiguientemente del mero expediente formal de los *nomina criminis* unilateralmente empleados. De más difícil solución, en cambio, son los casos en que varían los límites de edad o en que la denominación típica hace referencia a un hecho que solo en determinadas circunstancias es punible en uno de los Ordenamiento penales.

c) Principio de especialidad. Conforme al mismo, el delincuente cuya extradición es concedida no puede ser juzgado por ningún delito distinto de aquel que precisamente motivó su extradición.

El artº 7,2º de la Ley española de extradición condiciona siempre la extradición a la promesa formal del Gobierno del Estado requirente de que el sujeto de la extradición no será perseguido por infracciones anteriores y ajenas a la solicitud de la extradición formulada, salvo que el mismo consienta expresamente en ello.

La doctrina apunta que el consentimiento, en el caso de otorgarse, ha de ser necesariamente prestado antes de que se verifique la entrega, puesto que, de lo contrario, el sentido de garantía que inspira al precepto corre gravísimo riesgo de ser burlado (14).

En el ámbito concreto de los Tratados de extradición, se advierten tres tipos, en función del entendimiento que en los mismos se da a este principio. En primer término, se determinan los que lo regulan de forma

---

(13) FALCO, PRESENCIA, *La nueva Ley de extradición*, en "Revista de Derecho judicial", Madrid, 1960, II, p. 138; QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Glosas a la nueva Ley de extradición pasiva*, en "Revista Española de Derecho Internacional", 1959, 1 y 2, p. 112; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *l.u.c. Vid.*, sobre el delito de carácter privado de estupro, BOIX REIG, Javier, *El delito de estupro fraudulento*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, *passim*.

(14) RODRIGUEZ DEVESA, José María, *o.u.c.*, pp. 198 ss.

estricta; en segundo lugar, los que lo consignan en términos amplios; y, en tercer lugar, los que se limitan a mencionar la especialidad, pero referida sólo a los delitos políticos. En cuanto a la aplicación, la línea que debe adoptarse será la de entendimiento de la especialidad en sentido estricto, incluso cuando el tratado nada diga, excepto en los casos en que expresamente se prevea el sentido amplio (15).

d) Principio de la no entrega por delitos políticos. Constituye una consecuencia del reconocimiento positivo del derecho de asilo. El concepto de delito político es ampliamente controvertido y profundamente polémico. En sentido estricto, delitos políticos serán los que se dirigen contra un bien jurídico de esta naturaleza, contra la forma de organización o de gobierno de cualquier Estado. Deben reconocerse también como tales los supuestos de delitos mixtos, en que se incurre en la vulneración de un bien jurídico de carácter privado, v. gr. la vida de una persona, con una motivación exclusivamente política.

Los fundamentos de la exclusión de la esfera de extradición de los delitos políticos residen en el respeto a la forma de gobierno ajena, en la idea de la no injerencia en asuntos internos y en el propósito de evitar la realización de una posible política de terror y revancha (16).

El Convenio Europeo de Extradición niega la procedencia del reconocimiento de la misma en el delito político, y entre otros exceptúa los supuestos propios de la cláusula belga de atentado, conforme a la cual no se considerará delito político el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia. Es a este respecto igualmente destacable el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, ya inserto en nuestro Derecho positivo (17).

e) Principio de la no entrega por delitos esencialmente militares. Se fundamenta en razones similares a las que asientan la exclusión de la extradición de los delitos políticos. Interesa en todo caso, sin embargo, consignar que la extradición se halla prevista, en cambio, para los desertores. Con ello se evidencia que en la práctica la fundamentación de la exclusión de tal categoría delictiva es en verdad discutible, además de que hay casos en que el hecho típico puede constituir a su vez un delito co-

---

(15) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *o.u.c.*, p. 83.

(16) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *l.u.c.*

(17) COBO DEL ROSAL, Manuel / BOIX REIG, Javier, *Perfil constitucional de la extradición*, en *o.u.c.*, p. 56.



mún. Se ha llegado incluso a invocar el pretendido carácter artificial de dichos delitos (18).

f) Principio de la no entrega por delitos perseguibles a instancia de parte. La normativa legal prevé determinadas excepciones, referidas a delitos perseguibles a instancia de parte como la violación, el estupro y el rapto (19).

g) Principio de la no extradición por infracciones leves, faltas y contravenciones administrativas. No era ciertamente necesario que la Ley de extradición mencionase a estas últimas, ya que *ad initio* la extradición aparece configurada para las infracciones exclusivamente criminales. El principio *minima non curat praetor* comporta la exigencia de que no se entregue más que a los autores de delito consumado, frustrado o en grado de tentativa, así como a los cómplices y encubridores, pero no a los que provocan, conspiran y proponen delinquir (20).

B) En orden a los principios de la extradición relativos a los delinquentes, destaca el principio de la no entrega del nacional, que tiene una amplia acogida entre los Estados. Como fundamentos del mismo primordialmente se han alegado el agravio a la soberanía nacional que implica la entrega del propio súbdito por el Estado cuya nacionalidad el sujeto ostenta a un Estado extranjero, así como el derecho de cada Estado a juzgar a los propios nacionales del mismo que se encuentran en su territorio. Se ha invocado además un derecho del ciudadano a residir en su propia patria, y a la protección de su propio Estado, aunque ésta haya de manifestarse en este caso a través del juicio criminal y de la sanción penal. En la posición opuesta, en cambio, se esgrime fundamentalmente el razonamiento de que ninguna jurisdicción mejor que la del *forum delicti* (21).

La ley española de extradición consigna expresamente el principio de la no entrega de los nacionales, al disponer en su artº 6,1º párrafo segundo, que “no se concederá la extradición de los españoles por delitos cometidos fuera de España”, y al prever en su artº 3 que la cualidad

(18) COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás Salvador, *o.u.c.*, pp. 201 ss.

(19) COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás Salvador, *o.u.c.*, p. 202. Vid. BOIX REIG, Javier, *l.u.c.*

(20) COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás Salvador, *o.u.c.*, pp. 201 ss.

(21) ANTON ONECA, José, *o.u.c.*, pp. 124 s.

de extranjero o de nacional del reclamado se decidirá conforme al Ordenamiento español.

Al ser la jurisdicción nacional preferente, no puede concederse la extradición por aquellos delitos cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento jurídico nacional (artº 3), siendo facultativa en los casos no excluidos.

Conforme al artº 4 de la ley de extradición, el Gobierno español, podrá entregar, en virtud de solicitud formulada con arreglo a la presente Ley, a personas no comprendidas en el artículo anterior: 1) cuando la infracción que motive la petición haya sido cometido en territorio del Estado requirente, 2) cuando la infracción se hubiere cometido en un tercer Estado por ciudadanos del país requirente, que no hayan sido reclamados por el Estado en que se cometió la infracción, 3) cuando la infracción se cometiera en un tercer Estado por persona no súbdito español, pero se tratase de un delito que la Ley sometiese a la competencia de Tribunales españoles, aun siendo cometida en el extranjero por extranjeros.

El artº 10 de la Ley regula los trámites de extradición, en tanto que el artº 9 resuelve el concurso de peticiones de extradición, atendiendo a los principios de territorialidad y gravedad del hecho. Si hubiese duda, se preferirá la determinación de competencia prioritaria del Estado con el cual haya convenio vigente, atendiéndose en última instancia a la fecha de la solicitud.

C) Principios relativos a la penalidad. Destacan el principio de la conmutación de la pena de muerte, allí donde legalmente sea establecida, y el principio de la no aplicación de pena superior a la resultante de la apreciación de concurso de delitos en el supuesto de la extradición doble o reextradición.

D) Principios relativos a garantías procesales. Implican la exigencia de que el delincuente extraditado no sea juzgado por Tribunales excepcionales en el Estado requirente, sino por los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria. Se trata de asegurar, con las garantías del procedimiento de extradición, el respeto de todos los derechos humanos de la persona reclamada. Quedan prohibidos los medios ilegales de captura del delincuente por la fuerza o con astucia en lugar extranjero; así como el empleo de medios indirectos de entrega a otros Estados, como los de expulsión o desplazamiento fuera del territorio nacional.

## V. PERSPECTIVA DE RECONOCIMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL

Los intentos internacionales manifestados en esta materia no son ciertamente recientes, aunque cada vez parece que nos aproximamos más, bien que paulatinamente, a la meta deseada. Son múltiples los Tratados y las Convenciones que tienen incidencia en el Derecho sustantivo.

En unos casos, se hallan destinados primordialmente a proporcionar informaciones, más o menos precisas, de ciertas infracciones atentatorias al orden público internacional, remitiendo para la punición a la legislación interna, v. gr. la Convención 9 de diciembre de 1948 para la prevención y represión del delito de genocidio.

En otros supuestos, contienen una conformación internacional de actos que frecuentemente son objeto de castigo por el Derecho penal nacional, pero que también se reconocen asimismo perjudiciales para una comunidad específica: la de los Estados signatarios.

Finalmente, a veces de modo más innovador, los Acuerdos internacionales crean una categoría de incriminaciones autónomas, y obligan al Estado signatario a modificar sus propias normas incriminadoras internas, o a dictar otras nuevas, v. gr. la Convención de la Haya de 16 de diciembre de 1970 para la represión de la captura ilícita de aeronaves, la Convención de Montreal de 23 de septiembre de 1971 para la represión de los actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil.

En línea de principios, y con criterio de *lege ferenda*, se destacan primordialmente la significación de los siguientes principios regulativos de la extradición: principio de territorialidad, real y ficticia, que asimila las infracciones de las que uno de sus elementos constitutivos se produce en el territorio de un Estado a las infracciones criminales íntegramente cometidas en él; principio de la personalidad, tanto activa, que tiene en cuenta la nacionalidad del sujeto agente, como pasiva, que tiene presente la nacionalidad del ofendido por el delito; principio de protección de bienes jurídicos nacional-estatales, orientado a la defensa de los bienes jurídicos del Estado, tales como la seguridad interior y exterior, o la moneda nacional; principio universal que postula la aplicación de la ley penal por el "judez deprehensionis", considerado competente para aplicar la legislación penal, incluso extranjera considerada universalmente váli-

da, en atención a la índole de los bienes jurídicos de este carácter afectados por los correspondientes delitos (22).

El Proyecto de Código penal internacional, en materia de extradición, dentro de las denominadas medidas de ejecución, en su artº V se ocupa de la no aplicabilidad de la regla de no extradición por delitos políticos, de las bases, de la prioridad, de la extradición condicional, de los límites, del Derecho aplicable y de la Liberación acordada por un Tribunal penal internacional (23).

En cuanto a la transferencia de delincuentes y a la ejecución de sanciones en el extranjero, pone como condición el principio de la doble incriminación, exigiendo que la persona transferida sea un residente permanente del país al que deberá ser transferido, que la transferencia se someta a su consentimiento, que la transferencia sea efectuada solamente después de que la condena o la sentencia sea definitiva, que el Estado que la recibe aplique al transferido las mismas ventajas jurídicas y administrativas que le dispensaba el sistema del país que le condenó. Las condiciones de mejora que pudieran existir bajo las leyes del país receptor o del país que le transfiere habrán en todo caso de beneficiarle. Se prevé también la responsabilidad que una parte contratante asume en esta práctica con un Estado no contratante cuando existe un Tratado específico en la materia. Un sistema de transferencia de detenidos puede ser considerado como básico, para que los Estados en cuestión reconozcan el efecto jurídico de sus juicios represivos (24).

---

(22) Cfr. KOERING-JOULIN, Renée, *Estructuras y Métodos de la cooperación internacional y regional en materia penal*, traducción de Juan Terradillos Basoco, en BARBERO SANTOS, Marino, *El XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal (1984)*, separata de los números 1248-49-50 del "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, pp. 20 ss., esp. pp. 24 ss.

(23) *Projet de Code pénal international*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", vol. 52, nº 1, 2, 3 y 4, Editions Eres, Toulouse, 1981, pp. 172 ss.

(24) *o.u.c.*, pp. 185 ss.

# *CONCLUSIONES DEL CONGRESO DE LA ASOCIACION DE FISCALES (\*)*

## *I. INTRODUCCION*

Hace ya casi tres años, en mayo de 1980, un grupo de unos cincuenta fiscales se reunían en Sigüenza con una idea vieja y una pretensión específica: La idea, la de constituir una Asociación de Fiscales, tras el fallido intento de unión de Jueces, Fiscales y Secretarios, y la de que esa asociación a crear, reuniendo el mayor número de fiscales cualesquiera que fuesen sus talentos ideológicos, constituyera un vehículo capaz de hacer eficaces las distintas aspiraciones de los miembros de la Carrera Fiscal tanto en su status profesional como en lo referente a los cambios necesarios en la maquinaria de la Justicia y en las leyes aplicables. La meta inmediata, la modificación del proyecto de Estatuto del Ministerio Fiscal que configuraba a éste como un órgano gubernamental, reafirmando así nuestro deseo de un Fiscal que, directamente relacionado con los tres poderes del Estado, tuviera como norma básica de actuación los principios de imparcialidad y sujeción a la legalidad.

Meses despues, en noviembre de 1980, un congreso constituyente celebrado en Albacete daba vida a una Asociación integrada ya por más de 250 fiscales donde de nuevo se defendió un M.F. como Institución integrada en el Poder Judicial con funcionamiento autónomo a través de sus propios órganos de gobierno, relacionado directamente con los demás poderes, pero siempre bajo el imperio de los principios de legalidad e imparcialidad. A partir de entonces, la Asociación centró su actividad primordial en lograr que el futuro Estatuto del M.F. recogiese esta idea y, en definitiva, conseguir que su actuación, tanto en su funcionamiento interno como externo, se ajustara lo más posible a principios objetivos y democráticos.

---

(\*) Fuengirola, diciembre 1982.

Con la aparición del Estatuto del M.F. (L.O. 50/1981, de 30 de diciembre) en el que se recoge en buena parte nuestras pretensiones, la Asociación, sin olvidar la defensa de los derechos estrictamente profesionales de sus asociados, trata de dirigir su actividad en dos direcciones: La delimitación de la figura del M.F. en el marco del nuevo Estado constitucional a través del desarrollo reglamentario del Estatuto citado y, particularmente y a la mayor urgencia, de algunos temas del mismo vitales (en especial el Consejo Fiscal por la importancia de sus funciones y la composición de sus miembros democráticamente elegidos por todos los fiscales), sabedores en cualquier caso que el Fiscal es una figura no ya desconocida por la sociedad sino, lo que es peor, mal conocida. La segunda dirección se encamina a la aportación de soluciones concretas y válidas a los múltiples problemas con los que hoy cuenta una Administración de Justicia en buena parte ineficaz en cuanto no responde a las exigencias que la sociedad actual nos reclama. Todo ello con la conciencia bien clara de que a nosotros mismos, los fiscales, no nos es lícito escudarnos sin más para justificarnos ante esa ineficacia en la existencia de leyes decimonónicas o en la falta de medios materiales, sino que tenemos una parcela de propia responsabilidad que asumir.

En este sentido se orientó el Congreso ordinario celebrado el pasado mes de diciembre en Fuengirola. Congreso de una Asociación que ya cuenta con más de trescientos asociados; lo que supone superar la mitad de la plantilla de la Carrera Fiscal. De las tres ponencias allí debatidas se incluyen aquí las conclusiones de dos de ellas, el Fiscal en el marco constitucional y el Fiscal en los procesos, omitiendo las conclusiones de la tercera ponencia por entenderla de menor interés al referirse a la modificación de los estatutos de la propia Asociación.

Quede en cualquier caso patente el reto que la Asociación tiene hoy cara al futuro, cual es el de que estas conclusiones no queden en mera teoría ni se constituyan como una meta alcanzada, sino precisamente como todo lo contrario; que sean un punto de partida a partir del cual sigamos trabajando como fiscales y como asociados en hacer reales las pretensiones que aquí se exponen y en lograr configurar definitivamente al Ministerio Fiscal como un órgano válido y eficaz de un Estado que quiere ser social, democrático y de derecho.

*LADISLAO ROIG BUSTOS*  
*Presidente de la Sección de Baleares*  
*de la Asociación de Fiscales*

## II. PONENCIAS

### *1ª Ponencia: El Ministerio Fiscal como institución constitucional*

Tomando como punto de partida la exposición de la Ponencia "Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en nuestra Constitución" y las Comunicaciones presentadas, se abre un debate en el que se acuerda que el M.F. de conformidad con la normativa constitucional es un órgano estatal, no del ejecutivo, constitucional e integrado en el Poder Judicial.

En consecuencia, se considera que la Constitución y el Estatuto Orgánico suponen un avance de la legislación anterior en la configuración del M. F. como órgano integrado en el Poder Judicial, con mayor legitimación en el ejercicio de las funciones que le señala el artº 3 del Estatuto garantizada por los principios de legalidad e imparcialidad, sin perjuicio de seguir manteniendo un juicio crítico sobre las posibilidades reales de que el Fiscal pueda cumplir dichas funciones debido a su dependencia, como funcionario, del Poder Ejecutivo. Por lo que se contempla con lógicas reservas el futuro Reglamento en la medida en que pueda agravar esa dependencia; expresándose asimismo el deseo de que el Poder Ejecutivo haga un uso moderado de las facultades que establece el artº 8 del Estatuto orgánico.

Sobre este extremo se manifiesta la coincidencia en la aspiración de que la Asociación tenga un mayor protagonismo en el desarrollo reglamentario, articulando los cauces necesarios para ello tanto con el Mº de Justicia como con la Fiscalía General del Estado de forma que en el futuro Reglamento aumente y se robustezcan las garantías de los derechos profesionales de los miembros del Mº Fiscal, aspirando en la misma línea a que se potencien las facultades, especialmente en materia de nombramiento, del Consejo Fiscal.

El análisis de la comunicación sobre "la defensa de los ciudadanos por el Mº Fiscal" da paso a la proposición de la necesidad de delimitación de la figura del Defensor del Pueblo respecto del Mº Fiscal y al estudio de la posible conexión entre ambas instituciones, reclamando para el Fiscal los medios legales que se conceden a aquel en su Ley orgánica; poniéndose de manifiesto, sin embargo, la necesidad de que el Fiscal asuma plenamente, con todos los medios procesales y extraprocesales que tenga a su alcance, el cumplimiento de sus funciones estatutarias y en particular la defensa de las garantías procesales y la protección de los Derechos fundamentales; a este fin se propone la necesidad de desarrollar el párrafo último del artº 4 del Estatuto, en relación con la facultad de investigación, que le confiere el artº 13 de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo, para asegurar el control efectivo de posibles actuaciones irregulares de la Administración. En este sentido se consideró una exigencia inexcusable la necesidad de que el Fiscal disponga de los medios de investigación indispensables para tal fin, articulando su relación con los distintos Cuerpos de investigación del Estado, en la doble versión de Fuerzas de Seguridad y de los Organismos administrativos que en alguna forma realizan dichas funciones investigadoras; en esta dirección quedó patente la preocupación por el incumplimiento por parte de la Administración del artº 72 del vigente Estatuto que le obliga a dotar a las Fiscalías de los medios precisos para el cumplimiento de sus fines.

En base a la comunicación "Mº Fiscal ante el interés social", se analizó la conveniencia de definir y dar contenido a la misión del Fiscal, dar satisfacción al interés social, tal como se establece en la Constitución y el Estatuto orgánico. Con este propósito se entendió que dicho concepto comprende los derechos económicos y sociales que reconoce el Capítulo 3º del Título I de la Constitución apuntándose que hasta el presente esos derechos están insuficientemente protegidos.

En relación con este tema se resaltó asimismo la necesidad de precisar la intervención del Mº Fiscal en los ámbitos no penales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artº 3-6º del Estatuto orgánico.

Desde el punto de vista estrictamente penal se subrayó la falta de tipificación en el Código vigente de conductas que pueden lesionar estos intereses, asimismo la carencia de medios de investigación eficaces para tal fin y la pasividad de algunos organismos de la Administración en el cumplimiento de la obligación legal de denunciar las conductas presuntamente delictivas de que tienen conocimiento en el ejercicio de su competencia.

Con la finalidad de dar cumplimiento al derecho a la información de los ciudadanos proclamado en la Constitución y a la facultad establecida en el artº. 4-5º del Estatuto orgánico de informar a la opinión pública se acordó promover la creación en las Fiscalías de los canales de comunicación que permitan un mejor conocimiento de la función del Fiscal y al mismo tiempo un mayor acercamiento a la sociedad a la que sirve.

### Acuerdos

1ª.- Que por la Asociación se inicien gestiones con el Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, para que en la promoción de los actuales Abogados Fiscales de Ingreso al grado de Ascenso, se siga idéntico sistema que el establecido para los Jueces de Distrito y Municipales. Caso de que dichas gestiones no tuvieran éxito, impugnar la aplicación específica de la referida O. M. 7 Julio 1982 por ser contraria a derecho ya que infringe la disposición adicional del Estatuto Orgánico del M. F. de 30 de diciembre de 1981, así como supone una interpretación restrictiva y discriminatoria de la transitoria segunda.

2ª.- Que por el Ministerio de Justicia se proceda a la readaptación de las retribuciones de los Abogados Fiscales, grado de ingreso a la nueva situación creada por la integración de las Carreras, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32, 33/1, 34/3 y 53 del Estatuto Orgánico del M. F.

3ª.- Supresión de la intervención preceptiva del M. F. en los juicios de faltas.

4ª.- Supresión de las aún existentes agrupaciones de Fiscalías de Distrito.

5ª.- Efectiva integración funcional de los Abogados Fiscales de Ingreso en las respectivas Fiscalías de las Audiencias y aplicación de la disposición transitoria segunda nº 2, párrafo 2º.

6ª.- Exigencia de una inmediata regulación de la plantilla de acuerdo con criterios de flexibilidad e interpretación restrictiva del párrafo 2 del artículo 39 del Estatuto del M. F.

7ª.- Desarrollar reglamentariamente los artículos 35/4, y 36/5 en el sentido de que cuando no haya peticionarios para vacantes que conlleven el traslado forzoso de algún miembro de la Carrera, se cubrirán con los siguientes más antiguos que lo soliciten, aunque no tengan la categoría requerida. En tanto en cuanto no se lleva a cabo la publicación del Reglamento se estará al contenido de esta conclusión en los ascensos y traslados a los que se refiere, solicitándose así del Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado.

8ª.- Por la Asociación se solicitará del Ministerio de Justicia que se aumente el número de funcionarios de la segunda categoría, de forma que se produzca el ascenso automático de todos los Abogados Fiscales grado de ascenso ingresados antes de la entrada en vigor del Estatuto del M. F. con el fin de que no se defrauden las expectativas de ascenso de los mismos.

9ª.- Se urja al Ministerio de Justicia, el pronto desarrollo reglamentario del Estatuto, y particularmente a efectos de la rápida constitución del Consejo Fiscal.

10ª.- Revisión del sistema retributivo por exigencias del grado de incompatibilidad y la importancia y responsabilidad de la función.



*2º. Ponencia: El Ministerio Fiscal en los procesos***Diligencias preliminares de investigación del Ministerio Fiscal**

1.— Dichas diligencias, cuyo empleo debe realizarse con cautela, deben ir dirigidas exclusivamente hacia el esclarecimiento de los hechos.

2.— Admitir la posibilidad de que en el curso de dichas investigaciones el M. F. pueda tomar declaraciones a aquellas personas que tuvieran relación con el hecho que se investiga, en cuyo caso el interrogatorio se deberá revestir de todas las garantías legales.

3.— Relacionado directamente con el apartado anterior, entender que las citaciones que a tal efecto se efectúen por el M. F. no deben tener un carácter vinculante.

4.— En orden a la naturaleza jurídica de estas investigaciones se debatió su carácter procesal o meramente administrativo sin llegar a un acuerdo mayoritario sobre este tema.

**Intervención en la instrucción**

1.— Mantener la necesidad de la inspección del Fiscal en los procedimientos, bien entendido que no se trata de una inspección del Juez, sino de los procedimientos stricto sensu.

2.— Interesar que la Asociación propugne el más exacto desarrollo y cumplimiento de los números 1º, 2º y 5º del artículo 4 del Estatuto del M. F.

3.— En orden a la personación del M. F. en los sumarios se mantuvieron dos posturas sin que ninguna de ellas fuese refrendada mayoritariamente:

a) Personación limitada únicamente a los supuestos del artículo 319 de la L. E. Criminal.

b) Ampliación de la intervención o personación del M. F. con carácter más genérico, en cuyo caso debería restringirse la utilización de la revocación del auto de conclusión y la solicitud de la práctica de nuevas diligencias.

4.— En materia de responsabilidad civil se propugna una mayor intervención del M. F., haciéndose constar la falta de medios con que se cuenta en orden a las averiguaciones pertinentes; en este sentido se entiende que no deben bastar las declaraciones de industria, hacienda, etc., así como la posibilidad de pedir la última declaración sobre la renta.

5.— Interesar una mejor regulación de la indemnización procedente en los casos de delito masa o víctima colectiva (delitos contra la salud pública, fraudes en materia de alimentación, etc.), así como una mayor efectividad del M. F. en estos procesos con la organización de una verdadera información pública.

6.— Propugnar la petición de indemnización a quien haya sufrido perjuicio por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia; en este sentido se patentiza el deseo general de una inminente regulación legal que desarrolle el artículo 121 de la Constitución.

**Intervención en la ejecución de las sentencias**

1.— Propugnar una intervención más eficaz del M. F. en la concesión de la condena condicional.

2.— Relacionado con el anterior punto, se estimó como muy positivo la posibilidad de crear los llamados "expedientes de personalidad" o "piezas de personalidad" en los que se incluirían informes y dictámenes de psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, etc. sobre la personalidad de la persona a quien se va a otorgar o denegar la condena condicio-

nal; dicho expediente o pieza sería igualmente de especial interés en orden a la adopción o no de cualquier medida restrictiva de derechos que durante la tramitación de los sumarios se pudieran acordar, así como a la hora de la graduación de la pena a solicitar o imponer por los Fiscales y Tribunales respectivamente.

3.— Potenciar la figura del Fiscal de Vigilancia para que actúe, mediante los correspondientes dictámenes y en su caso ulteriores recursos, en todos aquellos supuestos en que conforme al artículo 76.2 de la L. O. General Penitenciaria, debe intervenir el Juez de Vigilancia.

4.— Ejercer por el M. F. un mayor control en el archivo, tanto provisional como definitivo, de las ejecutorias, así como en las tasas judiciales (particularmente las tasas en los procesos penales de los abogados por el ejercicio de la acción civil).

5.— Instar que la tramitación de la cancelación de antecedentes penales se realice de oficio, así como que el plazo de 10 años establecido en el Código Penal respecto a la dicha cancelación de antecedentes sea concedido de forma automática.

#### Garantías procesales

1.— Propugnar que la asistencia del Letrado al detenido sea impuesta de forma obligatoria por Ley.

2.— Incluir entre los derechos de que se instruye al detenido el de poder ser reconocido por un médico-forense.

3.— Obligatoriedad para cualquier miembro del M. F. de poner en conocimiento del Colegio de Abogados cualquier anomalía que se observe en cuanto a la asistencia al detenido por parte de dichos profesionales.

4.— En los supuestos de aplicación del artículo 3º de la L. O. 11/1980 de 1 de diciembre sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, propugnar la inmediata comunicación al M. F. de la detención de cualquier persona a fin de que el control sobre su situación sea realmente eficaz.

5.— Instar el más frecuente control del M. F. de la situación de los detenidos mediante periódicas e imprevistas visitas a las Comisarías y demás centros de detención.

#### Prisión preventiva

1.— Necesidad de control por el M. F. de las prisiones preventivas, y en este sentido se propugnan dos medios simultáneos:

a) A través de los Jueces de Instrucción mediante la notificación de los autos de prisión y especialmente de libertad, haciéndose constar la insuficiencia que en la actualidad suelen contener los citados autos en orden a los datos personales y fácticos que en los mismos se contienen.

b) A través de los Directores de los centros penitenciarios mediante la remisión de fichas directamente a las respectivas Fiscalías en las que se hagan constar los ingresos y libertades en los Centros que dirigen.

2.— Derogación de los artículos 503 y 504 de la L. E. Criminal propugnando la vuelta a su primitiva redacción.

3.— Solicitar que se incluya en la nueva redacción de la L. E. Criminal la fijación de un tiempo máximo de prisión preventiva.

4.— Finalmente existió una propuesta sobre la que no se llegó a un acuerdo mayorita-

rio acerca de propugnar una mayor flexibilidad en el mecanismo de las retiradas de acusación en evitación de posibles sentencias condenatorias subsiguientes a periodos irregulares de prisiones preventivas; como contrapropuesta a la tesis anterior se entendió no era necesario acudir a la retirada de la acusación siempre que exista un control efectivo de las diligencias penales por el M. F. antes o a partir de formular su calificación provisional.

### III. COMUNICACIONES

#### 1.— *El Fiscal en la defensa de la víctima*

El Ministerio Fiscal es defensor de la víctima por imperativo de los artículos 105 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artº 3-4. Estatuto del Ministerio Fiscal.

Ha de hacer efectiva esa defensa cumpliendo las diversas funciones que se regulan en el Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Activa personación en el proceso. Petición de medidas aseguratorias, cauciones, destierros.

Protección de la víctima en el proceso para evitar molestias y coacciones. Perdonos.

Ejercicio de la acción civil. Comprobar renunciaciones. Actualizar indemnizaciones. Atención a los peritajes, incluidos los de los Médicos Forenses. Aportación al proceso de la situación económica y familiar de la víctima. Atención a la pieza de Responsabilidad Civil. Adecuada tramitación del apremio. Rehabilitación del artº 118 del Código Penal, conseguir pago de indemnizaciones.

Propuestas:

1º.— Si hay acusación particular, no ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal.

2º.— Si no hay acusación particular, canalizar a través del Ministerio Fiscal toda la documentación que aporte la víctima.

3º.— Reglamentación adecuada de la identificación del autor por la víctima evitando el vis a vis.

4º.— Que el Ministerio Fiscal pueda dirigirse contra el Seguro Voluntario, eliminando instrucciones de la Fiscalía General del Estado.

5º.— Que el Tribunal pueda absolver de la acción penal y condenar sólo en la acción civil. Incluso en caso de fallecimiento del acusado.

6º.— Responsabilidad civil subsidiaria del Estado si el acusado carece de bienes y el hecho deja a la víctima o familiares en la indigencia o gravemente afectado en su economía.

7º.— En supuesto de reos ausentes, artº 843 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Establecer un sistema eficaz sin acudir a la vía civil costosa.

#### 2.— *Jurisdicción militar*

— Extensión excesiva de la jurisdicción militar en contraposición a la regulación cons-

titucional: intervención del M. F. en el punto concreto de las cuestiones de competencia de la siguiente forma:

Planteadas la cuestión de competencia, el fiscal planteará la cuestión de inconstitucionalidad de la *vis atractiva* en materia de competencia por parte de la jurisdicción militar en cada uno de los casos irregularmente desarrollados por el C. J. M.

— Facultad de que el Fiscal General pueda vincular con sus circulares al Cuerpo Jurídico Militar (existen antecedentes históricos). Existe otra propuesta al respecto que propugna la desaparición de la figura del fiscal militar con carácter general, volviéndose al sistema de nombrar fiscales para casos concretos.

— Que no exista normativa especial sobre la inembargabilidad total o parcial de los sueldos de miembros de las Fuerzas Armadas.

— Potenciar el Reglamento del M. F. que le permite al tener conocimiento de una detención por la jurisdicción militar recabar información y en su caso plantear la cuestión de competencia.

### 3.— *Jurado*

1.— Potenciar la realización de estudios y trabajos sobre la futura regulación de la institución del jurado.

2.— Se propugna la clarificación del artículo 125 de la C. E. que debe interpretarse en el sentido de que el término "podrán" se refiere a los ciudadanos, no a la posibilidad de una facultad del poder legislativo en cuanto a la implantación del jurado.

3.— Potenciar el prestigio de la institución, mediante las oportunas publicaciones, estudios y debates.

4.— Asimismo, para su estudio futuro se ha hablado de la posibilidad de un tipo de jurado especial para delitos militares y para procesos a Jueces, Magistrados y Fiscales por delitos en el ejercicio de sus funciones.

### 4.— *Policía judicial*

1.— Creación de una policía judicial especializada y autónoma.

2.— Dependencia orgánica de dicha policía del C. G. P. J.

3.— Dependencia funcional del Juez y Fiscal.

4.— Transferencias de funciones y presupuesto (equiparación en situaciones administrativas con los componentes de otros cuerpos).

5.— Interesar del Fiscal General del Estado que remueva los obstáculos que dificulten la aplicación del artículo 4/2º del E. M. F.

6.— Procurar una intensificación de las relaciones con la policía, a nivel de asociaciones.

### 5.— *Juicios de faltas*

— Poner de manifiesto las actuaciones al M. F. con una triple posibilidad de actuación del mismo:

1.— Sobreseimiento.

2.— Declaración de falta sin asistencia a juicio oral.

3.— Declaración de falta con asistencia a juicio oral.

#### 6.— *Menores*

El fiscal debe intervenir:

a) En la esfera administrativa con el cumplimiento estricto de las disposiciones legales en vigor dirigidas a la protección del menor y en funciones de asesoramiento y control.

b) En el área procesal vitalizando todas las posibilidades de intervención.

c) En la jurisdicción de menores debe propugnarse la intervención del Fiscal actuando en interés social.

#### 7.— *Separación y divorcio*

1.— Informe del M. F. antes de que la causa esté vista para sentencia (y no sólo actuación como parte).

2.— Supresión de la confesión que se sustituya por un interrogatorio directo.

3.— Vista oral y no inestructa.

4.— Contribución del M. F. en la investigación completa del aspecto económico en las causas de separación y divorcio, evitando los fraudes que pudieran producirse, en el supuesto de existencia de hipotecas o a través de la no inscripción en el registro de la adjudicación de los bienes inmuebles.

#### 8.— *Convenios colectivos*

— Posibilidad de actuación de oficio o a instancia de terceros, del M. F., respecto a la vigilancia de la legalidad de los convenios colectivos, sin estar limitado a lo remitido por la autoridad laboral.

#### Epílogo de la ponencia

No se puede olvidar que estamos dentro de un marco asociativo dentro del cual nos debemos desenvolver.

Junto a aspectos de nuestro trabajo que se realiza positivamente con el sacrificio y trabajo de los funcionarios, se hace necesaria una valoración negativa:

— Ineficacia de la función de la Administración de Justicia social y globalmente.

— Los cuerpos auxiliares (policía, peritos, etc.) no satisfacen las demandas necesarias.

— El tema de la reparación a las víctimas produce desilusión y desazón.

— La corrupción está presente y debe ser abordada honesta y sinceramente para enfrentarse con ella.

— La Administración de Justicia está separada de la sociedad con la que no conecta por los cauces normales de información.

— Hay una desconfianza social hacia la Administración de Justicia.

— En definitiva, el funcionamiento de la Administración de Justicia es insatisfactorio y debemos empezar con nuestra autocritica no como excusa, sino como punto de partida.

Con todo ello se llega a dos conclusiones:

— Hacia dentro: La Asociación debe procurar la sensibilización de estos temas buscando los puntos de ineficacia y proponiendo soluciones concretas a los órganos que puedan adoptarlas.

— Hacia afuera: Conectar con otros sectores, instancias e instituciones afectadas por el problema y particularmente con la Asociación Profesional de la Magistratura creando vínculos con ella lo más próximos posibles a la federación de asociaciones.

Conectar con el Poder Ejecutivo como hasta ahora se ha venido haciendo, repescando los problemas ya planteados al anterior Ejecutivo, para presentarlos al nuevo, esperanzados en su talante y a la vez empujándole para la búsqueda de soluciones efectivas.

ANTONIO MARTINEZ LAFUENTE, *La cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Cuadernos, Madrid, 1983, 229 págs.

La gran novedad que supone el reconocimiento y organización del Estado Español como un Estado de Autonomías constitucionalmente garantizadas invita, sin lugar a dudas, a realizar una serie de investigaciones en torno a la misma. La problemática que supone esa nueva dimensión espacial —recogida en el Título VIII de la Constitución de 1978—, va referida y conectada a numerosos aspectos, entre los que destaca la financiación de las Comunidades Autónomas, ya que el derecho a la autonomía, consagrado en el artículo 2º de la Constitución, quedaría reducido a un mero planteamiento teórico si no gozase de un soporte financiero adecuado. Por ello, la propia Carta Constitucional establece en su artículo 157 que “Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por: a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado. b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales. c) Transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado. e) El producto de las operaciones de crédito”.

Con posterioridad, los Estatutos de Autonomía y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (Ley 8/1980, de 22 de septiembre) han venido a explicitar y desarrollar el esquema constitucional antes indicado, por lo que se refiere a uno de los dos posibles sistemas de financiación, a saber, el llamado común —o regulado por la LOFCA—, por contraposición al foral o concertado, únicamente aplicable al País Vasco y a Navarra, sistema al que no vamos a hacer mayor referencia en este breve comentario.

Pues bien, dentro de dicho sistema común, una de las principales fuentes de ingresos para las Comunidades Autónomas será la cesión de tributos del Estado. De ahí, el título de la obra de Martínez Lafuente que, para realizar su análisis técnico-jurídico de este instituto, parte fundamentalmente del estudio del único —por el momento— texto legal al respecto, esto es, la Ley 41/1981, de 28 de Octubre, relativa a la cesión de tributos a la Generalidad de Cataluña.

El posible particularismo dimanante del exámen de una ley concretada al ámbito territorial de Cataluña, queda obviado si se tiene en cuenta que el esque-

ma estatutario-financiero catalán parece ser el recogido en la mayoría de los Estatutos de Autonomía aprobados con posterioridad a aquél; y, por otra parte, en el Proyecto de Ley de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas — ley de carácter general, hoy decaída— se seguían las pautas establecidas en la Ley de Cesión de Tributos a la Generalidad de Cataluña.

Así pues, desde esa perspectiva, el trabajo de Martínez Lafuente se dedica a investigar, en primer lugar, la determinación del número, denominación, ámbito y características de los tributos cedidos —tarea nada fácil si tenemos presente la idea de que la última reforma tributaria habida en nuestro país aún se encuentra inacabada, lo que produce paradojas tales como la cesión del Impuesto sobre el Patrimonio Neto o del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, inexistentes actualmente en el Ordenamiento Tributario Español—, aspectos en los cuales el autor demuestra un muy buen conocimiento del tema.

Más adelante, se tratan las cuestiones relacionadas con los puntos de conexión territorial de los tributos cedidos, que constituyen un nuevo enfoque de la eficacia de la ley tributaria en el espacio, partiendo del análisis de aquéllos en la Ley General Tributaria.

En base a la Ley de Cesión de Tributos a la Generalidad de Cataluña, Martínez Lafuente establece un triple significado de la cesión: 1º Tributo estatal cuyo rendimiento se cede a la comunidad autónoma con delegación de ciertas facultades gestoras. 2º Cesión de ciertas funciones gestoras de tributos estatales cuyo rendimiento corresponde al Estado. 3º Como especificación de lo anterior, cesión de la facultad de recaudación de tributos estatales cuyo rendimiento tampoco se cede.

En estas líneas, vamos a detenernos en el primero de ellos, ya que “constituye la manifestación más exacta de la institución que nos ocupa” (pág. 128).

La titularidad normativa sobre los tributos cedidos corresponde, en su totalidad, al Estado. El tributo cedido es estatal, de ahí que “con relación a los tributos cedidos, las Comunidades Autónomas carecen de potestad tributaria entendida como potestad normativa; esta reserva de ley en favor del Estado impide se dicten por las Comunidades Autónomas cualesquiera disposiciones sobre la materia, pues éstas sólo pueden emanar del Estado” (pág. 131). Esto significa que la normativa a aplicar al respecto será uniforme para todas las Comunidades con tributos cedidos.

En un tema clave, como es el de la gestión de dichos tributos, como era lógico y deseable —“En un Estado autonómico los distintos niveles de gestión tributaria no pueden ser compartimentos estancos” (García Añoveros, citado en pág. 139)— se han buscado fórmulas de colaboración entre las dos Administraciones interesadas, intentando conseguir una gestión conjunta. De esta forma, en la Ley de Cesión de Tributos a la Generalidad de Cataluña se establece: “La titularidad de las competencias de gestión (...) corresponde al Estado” (art. 11, 1º) y “La



Generalidad se hará cargo, por delegación, de la gestión (...)” (art. 12, 1º). Por lo tanto, mediante la técnica de la delegación intersubjetiva, la Comunidad Autónoma sustituye al Estado, sin embargo, “el Estado no desaparece de la esfera jurídica de las relaciones tributarias, sino que continúa ostentando específicos poderes y deberes (...) El delegante no desaparece como tal titular de la función administrativa que el ordenamiento le ha encomendado” (Morell Ocaña, citado en pág. 136). Por ello, el autor, llegado este punto, examina en concreto las distintas funciones y actuaciones administrativas que, en cuanto a la gestión de los tributos cedidos, les corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Como ya se expuso anteriormente, los rendimientos de los tributos cedidos se atribuyen a las Comunidades Autónomas para hacer frente a sus gastos; así pues, puede concluirse, con Martínez Lafuente, que “queda configurado el tributo cedido como aquél que rigiéndose por la normativa de Estado, implica nacer la obligación tributaria en su favor, sustituyéndose por imperativo de la ley la persona del acreedor, que pasa a ser la Comunidad Autónoma para atender a la financiación de los servicios públicos transferidos” (pág. 138).

Dos apéndices, uno bibliográfico y otro legislativo, cierran este trabajo que, a no dudar, contribuye al auge y desarrollo de los estudios jurídico-financieros en el nuevo diseño territorial del Estado Español.

Carmen Fernández

MIGUEL ANGEL FERNANDEZ LOPEZ, *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, 314 Págs.

I. En este libro el autor, catedrático y director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, aborda un tema: el proceso de ejecución de sentencias firmes de condena, que, encuadrado en el estudio del Derecho procesal civil, no puede sin duda ser calificado de “apéndice” del proceso de declaración.

El proceso de declaración y el proceso de ejecución son procesos distintos; basados en diferentes principios y con finalidad diversa: el de cognición tiende a obtener de los órganos del Estado una declaración que ponga fin a la controversia entre las partes. El de ejecución, partiendo de la declaración del Estado contenida en la ejecutoria, tiende a realizar de forma práctica dicha declaración.

Sin embargo, y pese a la enorme importancia del proceso de ejecución (la tutela jurídica que proclama el art. 24 de la Constitución española como derecho fundamental de la persona, no podrá ser efectiva si no se garantiza la realización del derecho declarado en la sentencia), los estudiosos del Derecho procesal no han dispensado a esta materia un tratamiento global y sistemático que, en forma

Generalidad se hará cargo, por delegación, de la gestión (...)” (art. 12, 1º). Por lo tanto, mediante la técnica de la delegación intersubjetiva, la Comunidad Autónoma sustituye al Estado, sin embargo, “el Estado no desaparece de la esfera jurídica de las relaciones tributarias, sino que continúa ostentando específicos poderes y deberes (...) El delegante no desaparece como tal titular de la función administrativa que el ordenamiento le ha encomendado” (Morell Ocaña, citado en pág. 136). Por ello, el autor, llegado este punto, examina en concreto las distintas funciones y actuaciones administrativas que, en cuanto a la gestión de los tributos cedidos, les corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Como ya se expuso anteriormente, los rendimientos de los tributos cedidos se atribuyen a las Comunidades Autónomas para hacer frente a sus gastos; así pues, puede concluirse, con Martínez Lafuente, que “queda configurado el tributo cedido como aquél que rigiéndose por la normativa de Estado, implica naza la obligación tributaria en su favor, sustituyéndose por imperativo de la ley la persona del acreedor, que pasa a ser la Comunidad Autónoma para atender a la financiación de los servicios públicos transferidos” (pág. 138).

Dos apéndices, uno bibliográfico y otro legislativo, cierran este trabajo que, a no dudar, contribuye al auge y desarrollo de los estudios jurídico-financieros en el nuevo diseño territorial del Estado Español.

Carmen Fernández

MIGUEL ANGEL FERNANDEZ LOPEZ, *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, 314 Págs.

I. En este libro el autor, catedrático y director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, aborda un tema: el proceso de ejecución de sentencias firmes de condena, que, encuadrado en el estudio del Derecho procesal civil, no puede sin duda ser calificado de “apendice” del proceso de declaración.

El proceso de declaración y el proceso de ejecución son procesos distintos; basados en diferentes principios y con finalidad diversa: el de cognición tiende a obtener de los órganos del Estado una declaración que ponga fin a la controversia entre las partes. El de ejecución, partiendo de la declaración del Estado contenida en la ejecutoria, tiende a realizar de forma práctica dicha declaración.

Sin embargo, y pese a la enorme importancia del proceso de ejecución (la tutela jurídica que proclama el art. 24 de la Constitución española como derecho fundamental de la persona, no podrá ser efectiva si no se garantiza la realización del derecho declarado en la sentencia), los estudiosos del Derecho procesal no han dispensado a esta materia un tratamiento global y sistemático que, en forma

de "manual" permita a los alumnos de la disciplina acceder directamente al estudio del proceso de ejecución (cosa distinta de lo que ocurrió en nuestro Derecho histórico, donde la ejecución de la sentencia se le dispensó una preocupación considerable). En nuestros días, aún existiendo brillantes monografías apuntadas oportunamente por el autor del libro, ningún procesalista ha tratado el tema desde la perspectiva didáctica, ofreciendo un tratamiento unitario y sistemático de las diversas instituciones que se entrecruzan en el proceso de ejecución.

Semejante laguna se ve colmada, sin duda alguna, por el libro ofrecido por el autor y que en estas líneas comentamos.

II.- El profesor Miguel Angel Fernández divide la obra en tres apartados, perfectamente conectados entre sí, pero susceptibles de tratamiento propio e individualizado.

El primero de ellos hace referencia a los fundamentos del proceso de ejecución. En él (pág. 17 a 137), el autor ofrece un tratamiento riguroso de lo que se denominan presupuestos del proceso necesarios del proceso de ejecución (título y acción ejecutiva), utilizando en todo momento conceptos procesales adquiridos y madurados con profundidad y sin eludir el manejo de aquellos conceptos materiales que, lógicamente, sirven de sustento a la estructura del proceso civil de ejecución de sentencias.

Por lo que respecta al primero de dichos presupuestos necesarios del proceso de ejecución, el autor abunda en la ya (para nosotros) tradicional concepción del título ejecutivo como documento probatorio de la existencia de una concreta sentencia de condena (en contra de quienes lo configuran —Liebman— como acto), y su operatividad en abstracto (independientemente de la existencia de la acción ejecutiva); con lo que el título ejecutivo se muestra como el presupuesto destinado a conceder al ejecutante (tenedor legítimo del título ejecutivo) un derecho al proceso de ejecución. Semejante afirmación entraña un evidente riesgo: la posibilidad de que se inicie un proceso de ejecución con la mera presentación del título ejecutivo, sin que en realidad el acreedor ejecutante tenga derecho a la obtención de una tutela efectiva, por no tener acción ejecutiva. En definitiva, tal riesgo es el precio que debe pagar el Estado si desea una agilidad en el tráfico jurídico.

En cuanto a la acción ejecutiva, segundo de los presupuestos necesarios del proceso de ejecución, el autor la define como el derecho del ejecutante (en el proceso de ejecución) a la obtención de una tutela efectiva, que necesariamente se traduce en llevar a la práctica hasta sus últimas consecuencias lo contenido en el título ejecutivo. Entendemos que esta afirmación debe ser matizada en los siguientes sentidos: a) Debe entenderse la acción como el derecho subjetivo público a la obtención, por los órganos del Estado, una tutela efectiva; lo que automáticamente coloca al autor entre los seguidores de la concepción de la acción en sentido concreto (en contra de la posición mantenida por otro grupo de autores sobre la teoría de acción en sentido abstracto). b) La acción es única, con

independencia de que se ejercite en un proceso de declaración o de ejecución. La existencia de un título ejecutivo (que confiere a su tenedor la facultad de iniciar un proceso de ejecución) hace que se le califique la acción ejecutiva. Ello supone, en definitiva, que la existencia de un título ejecutivo, y que nace (como tal acción ejecutiva) en el momento en que se configura el título ejecutivo. c) Configurada así la acción ejecutiva, el autor llega a la conclusión de que ella otorga al acreedor ejecutante el derecho a obtener la tutela efectiva; de tal modo que si bien no es la acción ejecutiva presupuesto y condición necesaria para el inicio de la ejecución (para lo cual basta el título ejecutivo), si que lo es para que la ejecución sea lícita.

Finalmente, el autor concluye el análisis de los presupuestos del proceso de ejecución afirmando que "el título ejecutivo prueba el supuesto de hecho del que el legislador hace depender el despacho de la ejecución, distinto del supuesto de hecho del que el legislador hace depender el derecho a la obtención de la tutela efectiva (acción)".

El segundo apartado del manual desarrolla las distintas formas de la actividad ejecutiva, comprendiendo dos grandes grupos: las condenas pecuniarias y las condenas no pecuniarias.

A las condenas pecuniarias dedica el autor una gran parte de la obra, desarrollando las dos grandes fases del proceso de ejecución: el embargo de bienes y el procedimiento de apremio. Un estudio pormenorizado de la localización y selección de los bienes, su afectación y los distintos medios de garantía de la traba (siguiendo el esquema de la obra del profesor Carreras) integra el contenido de esta primera fase, donde destaca por su rigurosidad el análisis de la anotación preventiva de embargo como medio de garantía de la traba.

Respecto a las condenas no pecuniarias, se pone de manifiesto en el libro la deficiente regulación legal y los problemas que en la práctica surgen cuando se trata de ejecutar una condena de dar, hacer o no hacer; porque en estos casos, el legislador ha dejado un amplio margen a la voluntad del ejecutado para cumplir lo ordenado en la ejecutoria, de tal modo que ante la simple negativa del condenado en un hacer personalísimo, se recurre, sin más, a la indemnización de daños y perjuicios, sin que sea permitido en nuestro Ordenamiento jurídico la utilización de ningún medio que constriña la voluntad rebelde del obligado.

La misma indemnización se actúa cuando no puede ser entregada la cosa (por encontrarse en poder de tercero, o haber desaparecido físicamente). En estos casos, el legislador de 1881 considera que el equivalente económico colma el interés del ejecutante. Evidentemente, hoy día, estos planteamientos no son válidos desde el punto de vista socio-económico y hay que buscar soluciones por otros derroteros: a) considerando, en primer lugar, que al acreedor le interesa conseguir, antes que nada, su específico bien, por lo que habrá que encontrar medidas "ad hoc" para lograrlo al margen, o además, del expediente resarcitorio; b) estableciendo un límite a la restitución "in natura" cuando motivos so-

ciales y de utilidad pública así lo aconsejan; así como cuando la restitución "in especie" resulte excesivamente onerosa.

El tercer apartado del manual de ejecución se ocupa de las impugnaciones (de parte o de tercero) a que pueda someterse el proceso de ejecución.

Cuando es la parte la que puede provocar la impugnación del proceso, dicha impugnación puede provenir ya sea porque la actividad ejecutiva no se ajusta a las normas o al modo como debe desarrollarse, ya sea porque la actividad ejecutiva, en sí, no tiene razón de ser.

En el primer caso (esto es, en las impugnaciones basadas en la existencia de un error del ejecutor) la anormalidad puede resultar porque el ejecutor ha contravenido las normas procesales de la ejecución, o bien porque ha contravenido el propio contenido del título ejecutivo. Si el ejecutor no se adecúa en su actuación a las normas procesales, la parte perjudicada podrá utilizar todos los recursos ordinarios a su alcance para corregir la defectuosa actuación del ejecutor, pero sin cuestionar la licitud material de la ejecución.

El ejecutor contraviene el propio contenido del título ejecutivo, por una interpretación errónea, cuando: a) o bien extiende la responsabilidad a personas que no deben responder de la deuda con sus bienes presentes o futuros (error en relación con los sujetos); b) o bien el ejecutor amplía el círculo patrimonial de los bienes que deben responder de la deuda, involucrando con ello a personas que, sin ser parte material en la ejecución, son parte formal por cuanto la ejecución se despacha frente a ellas en nombre propio (por ejemplo, cuando el juez considera que deben responder los bienes de una sociedad de gananciales afectando con ello al cónyuge no deudor): error en relación con el patrimonio que debe responder; c) o bien el ejecutor yerra respecto a la forma de ejecutar (por ejemplo, el ejecutor actúa solidariamente una deuda que, al no contener indicación alguna en el título ejecutivo y a tenor del Código civil, debe ser actuada mancomunadamente).

En estos tres supuestos, la parte que se siente perjudicada podrá iniciar los trámites de impugnación oportunos —recursos o incidentes— que por vía del art. 1695 de la Lec pueden ser objeto de Casación por cuanto que afectan a "puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia", o supone una actuación "en contra de lo ejecutoriado".

En el segundo caso (esto es, en las impugnaciones que atacan el proceso de ejecución en sí, su misma esencia) las partes pueden intentar obtener una declaración judicial que impida que la ejecución se lleve a efecto, por haber perdido su razón de ser. El ejecutante, legítimo poseedor del título hábil para iniciar un proceso de ejecución, no tiene acción ejecutiva; por lo que aunque la ejecución se lleve adelante por la operatividad en abstracto del título ejecutivo, dicho ejecutante no tiene derecho a la obtención de una tutela efectiva. Esto ocurre cuando existiendo un hecho jurídico (excluyente o extintivo de la obligación origen

de la ejecución) no alcanzado por la autoridad de la cosa juzgada y/o la preclusión (es decir, nacido con posterioridad al último momento en que las partes pudieron alegar hechos nuevos al proceso de declaración), tal hecho produce la extinción de la acción ejecutiva, sin que ello se evidencie a los ojos del juez ejecutor.

Esta "oposición de fondo" a la ejecución (regulada en los Ordenamientos extranjeros más avanzados: "opposizione di merito" en el C.P.C. italiano, "Vollstehungsgegenklage" en la Z.P.O. alemana) no aparece mencionada en nuestro Derecho positivo, lo que constituye una laguna grave ya denunciada por los procesalistas anteriores a la ley vigente (Vicente y Caravantes).

Los terceros, por su parte, también pueden impugnar la ejecución, mediante los expedientes técnico-procesales que el Ordenamiento jurídico les concede: las tercerías. El autor analiza en la obra con detalle las tercerías de dominio y de mejor derecho como institutos procesales que, aunque ajenos a la ejecución, inciden en ella y son causa de oposición por el tercero.

III.- No nos resta más que afirmar que nos encontramos ante una obra completa y rigurosa; que tiene el mérito de, sin perder de vista la finalidad didáctica para la que ha sido creada, (manual dedicado a los alumnos de los últimos cursos de carrera), haber sabido profundizar en aquellos temas más enjundiosos del Derecho procesal, tratándolos con claridad y soltura y ofreciendo soluciones sólidamente argumentadas. Creemos, en definitiva, que esta obra, encuadrada perfectamente en el campo del Derecho procesal, viene a cubrir una gran laguna existente hoy por hoy en los manuales y monografías de la disciplina.

Carlos Gutiérrez González

JOAN OLIVER ARAUJO, *La II República en Baleares: elecciones y partidos políticos*, Institut d'Estudis Balearics, Palma de Mallorca, 1983, 164 págs.

La presentación de este libro del prof. Oliver Araujo me enfrenta al problema de la crítica al trabajo de un amigo con quien compartí, en el departamento que dirige el prof. Astarloa Villena, todas las ilusiones —y decepciones— de nuestro primer año de carrera universitaria que aunque con posterioridad haya discurrido por muy distintas escuelas, no ha sido circunstancia que haya enfriado nuestra amistad. Sin embargo, no serán éstas circunstancias que me condicionen en la objetividad de mi crítica.

El trabajo del prof. Oliver Araujo, elaborado "con la colaboración y ayuda que no bajo la dirección" del prof. López Guerra de quien es discípulo, se enmarca dentro de los modernos estudios que sobre Sociología electoral se realizan en las cátedras españolas de Derecho Político, bien con carácter nacional —tal

de la ejecución) no alcanzado por la autoridad de la cosa juzgada y/o la preclusión (es decir, nacido con posterioridad al último momento en que las partes pudieron alegar hechos nuevos al proceso de declaración), tal hecho produce la extinción de la acción ejecutiva, sin que ello se evidencie a los ojos del juez ejecutor.

Esta "oposición de fondo" a la ejecución (regulada en los Ordenamientos extranjeros más avanzados: "opposizione di merito" en el C.P.C. italiano, "Vollstehungsgegenklage" en la Z.P.O. alemana) no aparece mencionada en nuestro Derecho positivo, lo que constituye una laguna grave ya denunciada por los procesalistas anteriores a la ley vigente (Vicente y Caravantes).

Los terceros, por su parte, también pueden impugnar la ejecución, mediante los expedientes técnico-procesales que el Ordenamiento jurídico les concede: las tercerías. El autor analiza en la obra con detalle las tercerías de dominio y de mejor derecho como institutos procesales que, aunque ajenos a la ejecución, inciden en ella y son causa de oposición por el tercero.

III.- No nos resta más que afirmar que nos encontramos ante una obra completa y rigurosa; que tiene el mérito de, sin perder de vista la finalidad didáctica para la que ha sido creada, (manual dedicado a los alumnos de los últimos cursos de carrera), haber sabido profundizar en aquellos temas más enjundiosos del Derecho procesal, tratándolos con claridad y soltura y ofreciendo soluciones sólidamente argumentadas. Creemos, en definitiva, que esta obra, encuadrada perfectamente en el campo del Derecho procesal, viene a cubrir una gran laguna existente hoy por hoy en los manuales y monografías de la disciplina.

Carlos Gutiérrez González

JOAN OLIVER ARAUJO, *La II República en Baleares: elecciones y partidos políticos*, Institut d'Estudis Balearics, Palma de Mallorca, 1983, 164 págs.

La presentación de este libro del prof. Oliver Araujo me enfrenta al problema de la crítica al trabajo de un amigo con quien compartí, en el departamento que dirige el prof. Astarloa Villena, todas las ilusiones —y decepciones— de nuestro primer año de carrera universitaria que aunque con posterioridad haya discurrido por muy distintas escuelas, no ha sido circunstancia que haya enfriado nuestra amistad. Sin embargo, no serán éstas circunstancias que me condicionen en la objetividad de mi crítica.

El trabajo del prof. Oliver Araujo, elaborado "con la colaboración y ayuda que no bajo la dirección" del prof. López Guerra de quien es discípulo, se enmarca dentro de los modernos estudios que sobre Sociología electoral se realizan en las cátedras españolas de Derecho Político, bien con carácter nacional —tal

es el caso de las investigaciones elaboradas por los profs. Martínez Cuadrado o de Esteban—, bien con carácter regional o local —como sucede en el caso de los estudios realizados por los profs. Aguiló Lucía en relación a Valencia o González Casanova con respecto a Barcelona—. En su concepción de la Sociología electoral, el autor parece estar influenciado por la “teoría de los grupos políticos” defendida por la escuela estadounidense de los profs. M. B. Mayo o B. Crik; y en este sentido prescinde del estudio de otros factores, anteriores o posteriores de la descripción electoral, que quizás tengan incidencia en el comportamiento electoral de la sociedad política. Las motivaciones sociológicas y políticas de la decisión de voto, la materialidad de los derechos políticos activo y pasivo o las causas inductoras de las alteraciones de voto de los adherentes son fenómenos que, a mi entender, influyen en los estamentos de la sociedad política y que por consiguiente deben de ser analizados en un estudio de Sociología electoral.

El libro aparece perfectamente estructurado en diez capítulos y cuatro apéndices. El primero de los capítulos está dedicado a la normativa electoral, valorándola como el orden jurídico-político regulador de los procesos y conflictos de la estructura social y vislumbrando el problema de su posible inadecuación a la realidad sociológica que ordenaba. Los restantes nueve capítulos describen respectivamente cada una de las nueve elecciones celebradas durante la II República. A los diez capítulos referidos, siguen cuatro oportunísimos apéndices dedicados a las biografías de las más célebres personalidades políticas de la época —biografías elogiadas tanto por su concisión, como por el criterio de selección de los datos transcritos—; la cronología de los años que enmarcan el trabajo; los diarios y revistas de publicación contemporánea; y la descripción de las elecciones postfranquistas. Destacan asimismo, junto al texto, la anexión de unos cuadros estadísticos sumamente clarificadores por su sencillez y exactitud.

La valoración crítica de todo libro debe de estar acotada por los objetivos que se señala el autor en su elaboración. A mi entender, el propósito del prof. Oliver Araujo era doble: De una parte, como intención inmediata, la investigación de la sociología electoral —desde la perspectiva de los grupos políticos—, circunscrita en el espacio —Baleares— y en el tiempo —la II República—; y de otra, su intención mediata, la aportación de un trabajo imprescindible al estudio de la Historia político-social de Baleares. Ciertamente, ambos propósitos han sido plenamente cumplidos por el autor. El resultado es el de un trabajo excelente, fruto de un intachable rigor científico, rigor que en ningún caso está reñido con la amenidad de una lectura tan interesante como entretenida. La aparente sencillez de su elaboración es engañosa por cuanto que la simplicidad de su lenguaje —y este es un rasgo siempre encomiable— esconde un difícil trabajo minucioso y meticuloso, consecuencia de una concienzuda documentación.

A las conclusiones a que en su libro llega el prof. Oliver Araujo, entiendo cabe añadir un último corolario en el que sin duda repararán más los lectores no baleares: La casi total semejanza del comportamiento del cuerpo electoral balear con la conducta del resto del Estado. Las consultas electorales celebradas en Baleares durante la II República, y aún las celebradas en el postfranquismo,



no parecen arrojar unos resultados destacadamente peculiares que indiquen un supuesto sentir autóctono. Apreciación, ésta, que si bien tal vez fuera intrascendente en otro momento, cobra importancia ante las tan próximas consultas electorales, especialmente para el pronóstico de los resultados electorales de viejas y nuevas políticas o regionalistas.

En fin, el libro presentado es una magnífica obra, de un valor histórico y político innegable, aún aumentado por su publicación en un momento político de una particular oportunidad ante el inicio del proceso autonómico postestatu-tario. Un trabajo, éste de mi amigo el prof. Oliver Araujo preciosista, interesante e inteligente.

José M<sup>a</sup> Lafuente Balle

RAUL BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, 286 págs.

La interesante obra del profesor Bocanegra, a la que acompaña un sintetizador prólogo del profesor Gómez-Ferrer, acude valientemente al reto de situar en sus justos términos el valor de las decisiones del alto Tribunal, tarea nada fácil en la que se manifiesta con evidencia la tensión entre la protección a ultranza de la seguridad jurídica y la apertura a una constante posibilidad de revisión de cuestiones ya decididas.

El método de estudio consiste en analizar, en primer término, el valor de las sentencias del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana para referirse, después, a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional español en los diversos procedimientos en que es competente, no sin antes haberse ocupado de la noción de la cosa juzgada, en sus aspectos generales, y de las posibilidades de la misma en el proceso contencioso-administrativo, por tener éste innegables semejanzas con los que se desarrollan ante la jurisdicción constitucional.

Es, precisamente, el concepto de cosa juzgada el más trascendente de cuantos se exponen en el libro del profesor Bocanegra. La aportación fundamental de este autor consiste en sugerir un *cuadro de efectos* de las decisiones del Tribunal Constitucional (respecto a los sujetos, el contenido obligatorio de la decisión y el tiempo en que este contenido alcanza a aquellos sujetos) a partir de la introducción de determinadas *modulaciones* en el concepto de cosa juzgada habitualmente utilizado en el Derecho procesal general.

Se propone el autor explotar las *posibilidades inéditas* de la cosa juzgada y hacer así innecesario el recurso a categorías propias del Derecho alemán, como, por ejemplo, la de *Bindungswirkung*, o vinculación de todos los poderes

no parecen arrojar unos resultados destacadamente peculiares que indiquen un supuesto sentir autóctono. Apreciación, ésta, que si bien tal vez fuera intrascendente en otro momento, cobra importancia ante las tan próximas consultas electorales, especialmente para el pronóstico de los resultados electorales de viejas y nuevas políticas o regionalistas.

En fin, el libro presentado es una magnífica obra, de un valor histórico y político innegable, aún aumentado por su publicación en un momento político de una particular oportunidad ante el inicio del proceso autonómico postestatu-tario. Un trabajo, éste de mi amigo el prof. Oliver Araujo preciosista, interesante e inteligente.

José M<sup>a</sup> Lafuente Balle

RAUL BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, 286 págs.

La interesante obra del profesor Bocanegra, a la que acompaña un sintetizador prólogo del profesor Gómez-Ferrer, acude valientemente al reto de situar en sus justos términos el valor de las decisiones del alto Tribunal, tarea nada fácil en la que se manifiesta con evidencia la tensión entre la protección a ultranza de la seguridad jurídica y la apertura a una constante posibilidad de revisión de cuestiones ya decididas.

El método de estudio consiste en analizar, en primer término, el valor de las sentencias del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana para referirse, después, a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional español en los diversos procedimientos en que es competente, no sin antes haberse ocupado de la noción de la cosa juzgada, en sus aspectos generales, y de las posibilidades de la misma en el proceso contencioso-administrativo, por tener éste innegables semejanzas con los que se desarrollan ante la jurisdicción constitucional.

Es, precisamente, el concepto de cosa juzgada el más trascendente de cuantos se exponen en el libro del profesor Bocanegra. La aportación fundamental de este autor consiste en sugerir un *cuadro de efectos* de las decisiones del Tribunal Constitucional (respecto a los sujetos, el contenido obligatorio de la decisión y el tiempo en que este contenido alcanza a aquellos sujetos) a partir de la introducción de determinadas *modulaciones* en el concepto de cosa juzgada habitualmente utilizado en el Derecho procesal general.

Se propone el autor explotar las *posibilidades inéditas* de la cosa juzgada y hacer así innecesario el recurso a categorías propias del Derecho alemán, como, por ejemplo, la de *Bindungswirkung*, o vinculación de todos los poderes

públicos a las decisiones del alto Tribunal, cuyos efectos, que se superponen a los de la cosa juzgada, se extienden más allá del caso concreto, vinculando en todos los casos futuros a todos los órganos constitucionales, a todos los tribunales y a todas las autoridades. En el plano objetivo, la *Bindungswirkung* no sólo alcanza al fallo en un sentido estricto, sino también a aquellas consideraciones jurídicas o motivos relevantes (*tragente Gründe*) que lo sustentan. Para el profesor Bocanegra, la implantación de este concepto en nuestro sistema es susceptible de provocar efectos perturbadores. El objetivo que con tal categoría se pretende puede ser perfectamente logrado con la reformulación (que no desnaturalización) de la cosa juzgada. En este sentido, los efectos de ésta engloban, en cuanto al problema del contenido obligatorio de la decisión del Tribunal, no los motivos relevantes que han llevado a tomar la decisión, sino el *concreto mandato jurídico* indispensable para evitar la repetición de actos sustancialmente iguales.

Es de agradecer al profesor Bocanegra el rigor y la claridad en su exposición, así como también que haya suscitado a lo largo de su denso trabajo cuestiones no exentas de interés como la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda crear normas de tipo procesal, la problemática de la ejecución de las sentencias constitucionales, la presunta inconstitucionalidad de algunos de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y otras más.

Sin proponernos valorar negativamente el contenido de este trabajo, creemos que hubiera podido completarse trazando las líneas maestras de lo que se denomina *jurisprudencia* o *doctrina* del Tribunal Constitucional, pues se trata de una cuestión conectada con el tema de la vinculación del contenido de las sentencias constitucionales.

En definitiva, creemos que en la constelación bibliográfica que la regulación de nuestro Tribunal Constitucional ha provocado pocas obras brillan con luz propia y que a esas pocas se ha de unir la que hemos comentado.

Luis J. Segura

ANGEL ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Editorial Península, Homo sociologicus, 1982, 147 págs.

Aunque los datos y conclusiones que se recogen en este ambicioso libro se refieren al periodo comprendido entre los años 1974 y 1979, podríamos aventurarnos a considerar que los años posteriores no han hecho sino acentuar las tendencias que afectan a la independencia profesional de los abogados, a su prestigio profesional, nivel de ingresos, etc., consecuencias, que se derivan básicamente de la crisis económica, el paro, el aumento y salarización de amplias capas de profesionales, etc.

públicos a las decisiones del alto Tribunal, cuyos efectos, que se superponen a los de la cosa juzgada, se extienden más allá del caso concreto, vinculando en todos los casos futuros a todos los órganos constitucionales, a todos los tribunales y a todas las autoridades. En el plano objetivo, la *Bindungswirkung* no sólo alcanza al fallo en un sentido estricto, sino también a aquellas consideraciones jurídicas o motivos relevantes (*tragente Gründe*) que lo sustentan. Para el profesor Bocanegra, la implantación de este concepto en nuestro sistema es susceptible de provocar efectos perturbadores. El objetivo que con tal categoría se pretende puede ser perfectamente logrado con la reformulación (que no desnaturalización) de la cosa juzgada. En este sentido, los efectos de ésta engloban, en cuanto al problema del contenido obligatorio de la decisión del Tribunal, no los motivos relevantes que han llevado a tomar la decisión, sino el *concreto mandato jurídico* indispensable para evitar la repetición de actos sustancialmente iguales.

Es de agradecer al profesor Bocanegra el rigor y la claridad en su exposición, así como también que haya suscitado a lo largo de su denso trabajo cuestiones no exentas de interés como la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda crear normas de tipo procesal, la problemática de la ejecución de las sentencias constitucionales, la presunta inconstitucionalidad de algunos de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y otras más.

Sin proponernos valorar negativamente el contenido de este trabajo, creemos que hubiera podido completarse trazando las líneas maestras de lo que se denomina *jurisprudencia* o *doctrina* del Tribunal Constitucional, pues se trata de una cuestión conectada con el tema de la vinculación del contenido de las sentencias constitucionales.

En definitiva, creemos que en la constelación bibliográfica que la regulación de nuestro Tribunal Constitucional ha provocado pocas obras brillan con luz propia y que a esas pocas se ha de unir la que hemos comentado.

Luis J. Segura

ANGEL ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Editorial Peninsula, Homo sociologicus, 1982, 147 págs.

Aunque los datos y conclusiones que se recogen en este ambicioso libro se refieren al periodo comprendido entre los años 1974 y 1979, podríamos aventurarnos a considerar que los años posteriores no han hecho sino acentuar las tendencias que afectan a la independencia profesional de los abogados, a su prestigio profesional, nivel de ingresos, etc., consecuencias, que se derivan básicamente de la crisis económica, el paro, el aumento y salarización de amplias capas de profesionales, etc.

Uno de los factores que influyen en la posición socio-profesional del abogado viene dado por la crisis de la Administración de Justicia, crisis que se centraría en la insuficiente autonomía de los jueces para resolver los conflictos y, ligado a lo anterior, al condicionamiento legislativo que, al no adaptarse suficientemente al cambio de las necesidades sociales, repercute en las posibilidades de resolución de conflictos de los jueces. Además, la lentitud en las decisiones judiciales y el que, por lo común, den la razón del todo a una parte y la denieguen del todo a la otra, configura unas resoluciones demasiado rígidas para los intereses y necesidades de una sociedad industrializada. Sin embargo, entiendo que no se ha destacado suficientemente la importancia de las leyes procesales obsoletas y la falta de medios materiales y humanos, que configuran una Administración de Justicia cara y lenta.

Otro factor que afecta a la propia existencia del abogado como tal es el de su funcionalidad en la sociedad en que vive. Si bien es cierto que hay una disminución de litigios que pasan por los Tribunales, según parecen probarlo las estadísticas que se aportan, ello deriva de la existencia de una conflictividad creciente que considera disfuncional someterse a la Administración de Justicia. Pues bien ¿está el abogado en condiciones de adaptarse a esta situación?. Si los conflictos económicos comerciales son los predominantes en una sociedad industrializada el abogado deberá ser funcional para la resolución de estos conflictos. Pero en este tipo de conflictos, y dado que muchos de ellos no pasan por los Tribunales, lo jurídico-formal no tiene un papel tan destacado como cuando la resolución del conflicto pasa por la Administración de Justicia. El abogado debería combinar el conocimiento de las leyes vigentes con capacidades de persuasión no sometidas a reglas estrictamente formales y, además, con conocimientos económico-comerciales. No es casualidad que, en este contexto, el abogado se encuentre con la competencia de otros profesionales, especialmente los economistas, que pueden sustituirle, con mayor o menor acierto, lo que no sucedía cuando el abogado se centraba básicamente en la actuación ante los Tribunales, situación que excluía a los demás profesionales, tanto por decisión legal como por falta de cualificación profesional. En este nuevo contexto, de predominio de las relaciones comercial-empresariales, el abogado se encuentra frente a un cliente que cada vez menos es el cliente individual. El cliente es ahora, en muchas ocasiones, una empresa, con todas las implicaciones económicas, sociales, laborales, etc. que ello conlleva. En definitiva, no se trata ya del antiguo cliente individual que, por serlo, no tenía la capacidad de presión y condicionamiento que el nuevo cliente-empresario puede tener ahora. Naturalmente, habría que matizar estas observaciones, en el sentido de que el proceso de industrialización y concentración de capital no se ha producido por igual en todos los países, y de ahí que la preocupación de los abogados de países más industrializados sea mayor que en el nuestro. El riesgo de sustitución del abogado, que Angel Zaragoza no considera que sea teórico, tendría como respuesta la especialización y la colaboración en despachos colectivos, en sus diferentes formas.

Podría añadirse que uno de los problemas con que se va a encontrar el abogado es la falta de adaptación de los planes de estudio de las Facultades de Dere-

cho. El abogado tendría que hacer un menor esfuerzo de adaptación a las nuevas realidades si en su formación universitaria adquiriera conocimientos relativos al mundo empresarial, a la economía, y una mayor atención a los problemas y conflictos que genera una Administración Pública cada vez más importante, cualitativa y cuantitativamente. No se trata, pues, de adaptación a realidades futuras que no conocemos bien o que desconocemos, sino a una realidad tan acuciante que afecta ya a la propia profesión del abogado.

Hace mención Angel Zaragoza a la importancia que el abogado ha tenido en el desarrollo del capitalismo formal, como pieza indispensable en una Administración de Justicia estrictamente formal, que permitiría, como dijera Max Weber, una calculabilidad racional de las decisiones, necesarias para los intereses económicos de la clase burguesa. No deja de ser curioso que esta calculabilidad racional no pase ya, en la sociedad industrial avanzada, por este carácter estrictamente formal de la Administración de Justicia, y que la importancia del abogado, en las sociedades más avanzadas, se oriente hacia un papel de mediador que permitiría una calculabilidad y racionalidad de tipo diverso, deudora de la rapidez y de la superación del rígido esquema judicialista del ganador-perdedor.

Es un lugar común hablar, desde Weber, del carácter conservador de la abogacía. Como dice Angel Zaragoza, este conservadurismo jurídico no implica necesariamente un conservadurismo político, distinguiendo en este primer sentido entre una actitud conservadora y otra innovadora. El abogado puede tener, por un lado, una actitud conservadora en cuanto que contribuye al mantenimiento de la legalidad vigente ya que el abogado trabaja con dogmas, es decir, con leyes; y puede tener, por otro lado, un actitud innovadora en cuanto que también realiza la función de adaptar la realidad jurídica a la realidad social. Sin embargo, hablando desde una perspectiva jurídica, el jurista realiza en ambos casos una función conservadora, y ello es debido a que la conservación de la legalidad vigente sólo es posible con la colaboración prestada, entre otros, por los abogados gracias a su doble labor conservadora-innovadora. La funcionalidad del abogado para conservar la legalidad vigente sería prácticamente nula si se limitara a conservar lo existente. Si una legalidad puede conservarse es porque es capaz de adaptarse, y la función innovadora, sólo en principio técnica, permite o facilita la perduración del sistema. Dado que no se puede estar continuamente modificando las leyes porque el principio de seguridad jurídica quedaría aún más resquebrajado, la función innovadora del abogado, entre otros operadores jurídicos, es esencial al sistema.

En cuanto al conservadurismo político de la abogacía, entiendo que es preciso alejarse de los reduccionismos. Para algunos materialistas de catecismo el conservadurismo político vendría determinado por el nivel de ingresos, y para los filosóficamente idealistas, no tiene nada que ver la situación económica y la posición política. Creo que hay factores de diverso tipo: familiares, circunstancias personales, contexto político y cultural y, sin duda, nivel de ingresos, etc. que condicionan un resultado político. No obstante, a nivel no individual sino colectivo, las situaciones económicas suelen mostrar tendencias de un tipo u otro.

Este parece ser el caso, por ejemplo, de los, aproximadamente, veinte mil médicos que están en paro y que evidencian posturas políticas y profesionales no coincidentes con los médicos sólidamente situados. Refiriéndonos en concreto a la abogacía, habría que preguntar si todos los abogados que participan en el Congreso de León (1970) tenían el mismo nivel de ingresos. Creo que sólo tendencialmente puede hablarse de conservadurismo político en función del nivel de ingresos ya que, en otro caso, no se entendería, por ejemplo, el mapa electoral español. Al margen de estas consideraciones, el autor deja constancia de la importancia de las profesiones jurídicas en la vida política, a todos los niveles.

Los diferentes tipos de ejercicio profesional de la abogacía los estructura Angel Zaragoza en varias ramas que básicamente podríamos dividir en: el abogado individual y los despachos colectivos. Los despachos colectivos se estructuran a su vez en un sistema igualitario de mayor o menor intensidad, según que se hagan comunitarios los gastos propios de un despacho, sistema que denomina instrumental, o el sistema que hace comunitarios tanto el trabajo como los gastos, distribuyéndose los ingresos según las cuotas que se establezcan.

Un tema delicado que aborda Angel Zaragoza es el del carácter altruista o no de la abogacía, y digo delicado porque en este país se han solido sacrificar las profesiones, presentándolas como un servicio o algo así. Su conclusión es que la abogacía no es una profesión altruista y que la asistencia gratuita institucionalizada es un mecanismo legitimador y que la abogacía, por lo menos la cualificada, defiende intereses económicos concretos. En principio, me parece correcta esta interpretación. El que un médico cure una pulmonía o que un abogado consiga la libertad de una persona no le convierte en altruista, ya que al margen de la mayor o menor satisfacción que ello puede producirle, el profesional cobra sus honorarios a cambio de los conocimientos que ha aplicado. Lo que puede sorprender es el interrogante que se había planteado el autor. ¿Por qué la abogacía iba a ser diferente de las demás profesiones?

El problema de la independencia del abogado es ya, según dice Zaragoza, un tema actual y preocupante. Para ello basta ver lo que escribe en la pág. 127 "González Seara dice, en 1960, que se ha llegado a una situación en la cual, el mundo de los profesionales se ha convertido en gran parte en un mundo burocratizado carente de independencia". Dado que la cita se refiere no sólo a los abogados sino a las profesiones en general, parece razonable pensar que tal situación se enmarca en las características de concentración de capital propias de las sociedades industrializadas.

Otro de los temas planteados es el de la salarización de amplias capas de profesionales y cómo esta situación objetiva que constituye la salarización no conduce a una conciencia política similar a la del proletariado. Aunque no margine las situaciones objetivas, Angel Zaragoza enfoca correctamente el problema cuando dice: (pág. 144) "para mí, la única manera de saber si, verdaderamente, los técnicos, los profesionales, los científicos pertenecen a la clase obrera

de hecho, es determinar si su conciencia, su praxis política es similar y coincidente con la de los trabajadores”.

Sebastián Urbina

## RELACION DE LIBROS RECIBIDOS

- ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, 3ª ed. revisada, Ed. Cujàs, París, 1981, 381 págs.
- BAJO FERNANDEZ, BOIX REIG, COBO DEL ROSAL, GIMENO SENDRA, RODRIGUEZ MOURULLO, RODRIGUEZ RAMOS y VIVES ANTON, *Derecho Penal y Constitución*, Tomo I de los *Comentarios a la legislación Penal*, Edersa, Madrid, 1982, 377 págs.
- BASSOLS COMA, M., *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, 484 págs.
- BEGUIN, J.C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en la République Fédérale d'Allemagne*, Ed. Económica, París, 1982, 311 págs.
- CAPITANT, R., *Ecrits constitutionnels*, Ed. du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1982, 485 págs.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal. Parte General III*, Univ. de Valencia, 1982, 376 págs.
- DE ESTEBAN, J. y LOPEZ GUERRA, L., *Los partidos políticos en la España actual*, Ed. Planeta, Barcelona, 1982, 230 págs.
- DIEZ RIPOLLES, J. L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, 622 págs.
- FIX ZAMUDIO, H., *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, 365 págs.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., *Legislación administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, 1.780 págs.
- LEY ORGANICA DE FINANCIACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS (debate parlamentario), Ministerio de Hacienda, Madrid, 1982, 885 págs.
- MARTINEZ LAFUENTE, A., *La cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, 229 págs.
- MODERNE, F., *Les Autonomies regionales dans la Constitution Espagnole*, Económica, París, 1981, 169 págs.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, 634 págs.



*JURISPRUDENCIA  
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL  
DE PALMA DE MALLORCA*

# I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

## A. INDICE CRONOLOGICO

37. **Concesión de servicios.** Servicio de Abastecimiento de Agua potable al Puerto de Pollensa. Contrato no escrito. Solicitud de iniciar el procedimiento de expropiación forzosa de un pozo denegada. Es procedente ya que no se ha demostrado que se trata de un bien preciso, para el funcionamiento del servicio. **Favor actis.** *Sentencia de 28 de abril de 1982.*
38. **Licencia de obras.** No ha sido otorgada con derogación singular de las normas. Prórrogas ajustadas a derecho. *Sentencia de 3 de mayo de 1982.*
39. **No procede la inadmisibilidad del recurso por defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Espíritu antiformalista de la L.J. **Contrato de obras.** Colocación de 18 pizarras en aulas y laboratorios. No hubo incumplimiento. Intereses. *Sentencia de 4 de mayo de 1982\*.*
40. **No procede la inadmisibilidad del recurso por defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Espíritu antiformalista de la L.J. **Contrato de obras.** Procede cancelar la garantía (fianza definitiva). Intereses legales. *Sentencia de 4 de mayo de 1982.*
41. **No procede la inadmisibilidad del recurso por defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Espíritu antiformalista de la L.J. **Contrato de obras.** Recepción provisional realizada. Recepción definitiva y cancelación de garantías después de la realización de los oportu-

---

(1) La presentación y selección de esta sección ha sido realizada por el Prof. B. Colom Pastor en lo que se refiere a sentencias en materia de Derecho Administrativo, por el Prof. M. García Fernández en lo que se refiere a sentencias relativas a Derecho Laboral, y por el Prof. F. Medina Roses en lo que se refiere a sentencias en materia de Derecho Financiero y Tributario.

nos trámites reglamentarios. Daños y perjuicios por demora. *Sentencia de 4 de mayo de 1982.*

42. **Funcionarios.** Nombramiento de Director del Hospital Psiquiátrico de Palma, sin respetar la circunstancia de la antigüedad, sin que se haya dado la propuesta de la Junta de Gobierno de la Institución; no fue oída la Junta Facultativa ni hubo concurso nacional. Nulidad. *Sentencia de 6 de mayo de 1982.*
43. **Motivación de los actos.** Basta identificarlo por sus causas y para sus consecuencias. No existe defecto de forma. **Disposiciones transitorias de la ley del suelo.** Interpretación. Los terrenos de cesión obligatoria y gratuita que prevé el art. 84 de la L.S. no se pueden exigir por la Corporación municipal en tanto en cuanto no esté adaptado el Plan General a la nueva Ley del Suelo. *Sentencia de 11 de mayo de 1982\*.*
44. **Suspensión de licencias por modificación del plan general.** La suspensión automática y la facultativa son acumulativas. **No existe desviación de poder. El error de hecho tiene que versar sobre un hecho, cosa o suceso.** *Sentencia de 13 de mayo de 1982\*.*
45. **Concejales, renuncia al cargo.** La credencial expedida por la Junta Electoral de zona lo ha sido en tiempo hábil. Necesidad de una real representación ciudadana. El momento decisivo de la mecánica electoral, aquel en que el concejal adquiere mando, no el de la celebración de las elecciones. R.D. 707/1982 de 2 de abril, interpretación cuasi auténtica de la Ley de Elecciones Locales. **Distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo.** *Sentencia de 17 de mayo de 1982\*.*
46. **Sanciones administrativas.** Principios a los que han de acomodarse. Tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, interpretación restrictiva. Legalidad: la potestad para sancionar tiene que ser atribuida a la Administración por Ley formal. Garantías procesales. *Sentencia de 18 de mayo de 1982.*
47. **Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.** Determinación de la base imponible. *Sentencia de 20 de mayo de 1982.*
48. **Sanciones administrativas.** Principios a los que han de acomodarse. Tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, interpretación restrictiva. Legalidad: la potestad para sancionar tiene que ser atribuida a la Administración por Ley Formal. Garantías procesales. *Sentencia de 21 de mayo de 1982.*

49. **Contrato de servicios.** Modificación de la tarifa por repercusión del aumento del precio. *Sentencia de 24 de mayo de 1982.*
50. **Plan parcial de "Cala Mesquida".** Denegación de la aprobación inicial. Plan parcial subordinado jerárquicamente al Plan general. La aprobación inicial implica una valoración previa del proyecto de plan presentado. *Sentencia de 26 de mayo de 1982.*
51. **Funcionarios de la administración local.** No procede asignar a los Jefes de unidades, con carácter provisional, el complemento de destino antes de que se formen las plantillas orgánicas aprobadas. **Inadmisibilidad del recurso.** Tiene que haber adecuación entre el objeto o materia descrito en el escrito de interposición del recurso y lo que se suplica en la demanda. *Sentencia de 31 de mayo de 1982\*.*
52. **Aplicación de convenio colectivo pactado con anterioridad al Estatuto de los trabajadores.** *Sentencia de 1 de junio de 1982.*
53. **Impuesto municipal de radicación.** Hecho imponible. Base imponible. Retroactividad de las disposiciones interpretativas o aclaratorias. *Sentencia de 2 de junio de 1982\*.*
54. **Sanción administrativa.** Principio de legalidad. Constitución Española de 1978. Garantías procesales penales del art. 24 de la Constitución. Presunción de inocencia. Contenido esencial de los derechos. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional (art. 117.3 de la C.). La potestad sancionadora administrativa es auxiliar de la Judicial. La atribución a la Administración de la potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de la Ley formal. Las libertades sólo pueden ser reguladas por Ley. Congruencia. El principio de tipicidad prohíbe las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior. *Sentencia de 4 de junio de 1982\*.*
55. **Inadmisibilidad del recurso.** Debe existir una perfecta adecuación entre el objeto o materia descritos en la interposición del recurso y el suplico de la demanda. Función revisora de la J.C.A. **Licencia de obras.** *Sentencia de 7 de junio de 1982.*
56. **Licencia de obras.** Otorgada sin la presentación del proyecto técnico. Vicio sustancial. Medida arbitraria. Intervención administrativa en la actividad privada. La licencia de apertura cuando se refiere a establecimientos de características determinadas se tiene que otorgar antes que la de obras. Terrenos no urbanizables. Régimen juri-

dico: art. 86 de la Ley del Suelo y Plan Provincial. Área agrícola ganadera y paisaje protegido. Uso exclusivo permitido: utilización agrícola ganadera y uso de vivienda anexa a la explotación. *Sentencia de 8 de junio de 1982\**.

57. **Sanción administrativa.** No procede afirmar que ha sido dictada por órgano inexistente. Pliego de cargos: exposición de los hechos imputados. El ejercicio del poder sancionador debe regirse por los mismos principios del orden penal clásico. Tipicidad, legalidad. Interpretación restrictiva. No hay falsedad. **Indemnización improcedente** al no haberse alegado y probado los perjuicios solicitados. *Sentencia de 18 de junio de 1982.*
58. **No procede la inadmisibilidad del recurso.** La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca es competente para conocer de un acto del Consejo General del Colegio de Farmacéuticos. El acto primeramente dictado en vía administrativa es un acuerdo del Colegio Oficial del Colegio de Farmacéuticos de Baleares. **Traslado por fuerza mayor de oficina de farmacia.** Interpretación restrictiva. La necesidad del traslado no obedece a causa imputable a la solicitante. *Sentencia de 22 de junio de 1982.*
59. **Obra realizada sin licencia.** Suspensión. Obras recientes. Presunción de buena fe en el actuar de la administración. *Sentencia de 25 de junio de 1982.*
60. **Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.** Hecho imponible. Requisitos de la explotación agrícola. Doctrina jurisprudencial. Criterios de valoración. *Sentencia de 1 de julio de 1982.*
61. **Actos efectuados sin licencia.** Denegación de la licencia. Orden de demolición no ejecutada. Aquietamiento del interesado. El Consell debe disponer directamente la demolición a costa del interesado. Imposición de costas. *Sentencia de 5 de julio de 1982\**.
62. **Excepción de acto firme improcedente.** El Ayuntamiento no solo admitió a trámite la segunda petición sino que resolvió y ofreció los recursos pertinentes resolviendo igualmente el recurso de reposición. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no aplicar el recurso contencioso al acto expreso resolutorio del recurso administrativo. **El edificio no alcanza la altura mínima y además está fuera de ordenación. Obras que tienen un carácter provisional.** *Sentencia de 6 de julio de 1982\*.*

63. **Un sólo miembro del ayuntamiento puede formar parte de los órganos de dirección y de los de gestión económica de los centros públicos docentes del municipio. Interpretación finalista de las normas. Donde la Ley no distingue no podemos distinguir.** *Sentencia de 8 de julio de 1982.*
64. **Licencia de obras.** Exigencia de condiciones nuevas. Suspensión y anulación indirectas. Denegación de prórroga al amparo del art. 27 de la L.S.: Desviación de poder. **Nulidad del acto. Indemnización:** Determinación de la cuantía en período de ejecución de la Sentencia. *Sentencia de 13 de julio de 1982.*
65. **Inadmisibilidad del recurso.** Resoluciones del Ministerio del Interior sin que tales actos sean consecuencia o fueren precedidos de actos administrativos de órganos Regionales o Provinciales. Actos que emanan de órganos cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional. Incompetentes para conocerlos las Audiencias Territoriales y atribuidos precisamente a la Audiencia Nacional. *Sentencia de 15 de julio de 1982.*
66. **Proyecto de Urbanización.** Aprobación por silencio positivo. Sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. **Notificación defectuosa.** Surtirá efectos a partir de la fecha en la que se haga manifestación expresa en tal sentido. *Sentencia de 15 de julio de 1982\*.*
67. **Sanciones administrativas.** Solve et repete. Tiene que venir impuesto por una norma con categoría de Ley. Nulidad al no haber nombrado Instructor ni practicado pruebas. Improcedencia por inútil. El ejercicio del poder sancionador debe regirse por los mismos principios de orden penal clásico: tipicidad, legalidad. Una sola sanción continuada y no varias. *Sentencia de 20 de julio de 1982\*.*
68. **Urbanismo.** Plan especial. Denegación de la aprobación provisional. Nulidad de pleno derecho. Por no haberse dado el quorum de votación que señalan las normas en vigor. *Sentencia de 22 de julio de 1982.*
69. **Aplicación de convenio colectivo.** Facultad sancionadora de la Administración laboral. Improcedencia. *Sentencia de 23 de julio de 1982\*.*
70. **Funcionarios.** Técnicos de la Administración General con destino en el Ayuntamiento de Palma. Coeficientes retributivos. Homologación

con los de los mismos funcionarios de la Administración del Estado.  
*Sentencia de 26 de julio de 1982.*

71. **Dominio público.** Utilización. Instalación de un puesto de venta pública de comestibles en la vía pública. Uso privativo anormal. No arrendamiento. Concesión o autorización. Cláusula de precario. Revocación. Indemnización improcedente. *Sentencia de 26 de julio de 1982.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 39

**39. NO PROCEDE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA.** Espíritu antiformalista de la L. J. **CONTRATO DE OBRAS.** Colocación de 18 pizarras en aulas y laboratorios. No hubo incumplimiento. Intereses. *Sentencia de 4 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con base en el artículo 71 de la Ley de esta Jurisdicción se alega por la parte demandada la excepción 6ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —defecto legal en el modo de proponer la demanda—, en relación con el 524 párrafo 1º del mismo texto legal: en la demanda, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda; y *este defecto*, que de estimarse existente daría lugar a la causa de inadmisibilidad g) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional —que al formalizar la demanda no se hubieren cumplido los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69—, y que consiste, según en este último precepto se establece, en no consignar con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las preterisiones que se deduzcan, *debe ser rechazado*, pues en la demanda se cumplen estos requisitos, y estimar lo contrario significaría aferrarse a un literalismo que pugna abiertamente con el espíritu antiformalista que inspira la Ley Reguladora de la Jurisdicción; y así, ante estos preceptos, de carácter netamente formalista en cuanto dirigidos a la observancia de los requisitos y estructura predicables del escrito de demanda en que se formaliza la pretensión actora y se funda la instancia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas y reiteradas sentencias ha salvado el obstáculo procesal de la inadmisibilidad con base en una interpretación amplia, de signo antiformalista y encaminada a ejercer la fiscalización sobre los actos y disposiciones impugnados, adecuándose así a la orientación expresa del legislador plasmada en el Preamble de la Ley de 27 de diciembre de 1956, entendiéndose que una mínima apoyatura fáctica y de fundamentación jurídica, en unión del principio contenido en el aforismo *jura novit curia* eran bastantes para tener por correctamente formalizada la demanda; y como reflejo de este insistente criterio jurisprudencial cabe aludir a la sentencia de 14 de junio de 1977 de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo, en la que se sienta el criterio o directriz de que basta con que se cumpla la condición funcional para la que están destinados los escritos de alegaciones, o sea, en expresión literal de dicha decisión judicial, señalar claramente el hecho de que se parte y el precepto o principio en que se apoya la pretensión que aparece concretada en el suplico de la demanda, por lo que si con estas indicaciones se puede formar juicio y fundar la instancia, se cumple la exigencia de la Ley; tesis jurisprudencial que conduce a estimar, como ya queda expresado, que la demanda formalizada por la parte recurrente cumple con este *minimum* proce-



sal necesario e inexcusable, de tal manera que suministra base suficiente para poder pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa fiscalizada a que se contrae la tarea decisoria de esta rama jurisdiccional (sentencia de 30 de enero de 1978); y la sentencia de 12 de junio de 1978, citada por la parte recurrida en el acto de la vista es contraria a su tesis, pues establece que aducida alegación de inadmisibilidad del presente recurso extraordinario de revisión por no haberse cumplido a juicio de la parte demandada los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69 de la Ley Jurisdiccional.. debe ante todo valorarse dicho motivo de inadmisión, para después rechazarlo, porque como se declara en la Sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1977, dichos requisitor formales no aparecen tan rigurosamente tipificados como para conferir la categoría de formalidades ad solemnitatem, con implicación de nulidad absoluta; bastando con que se cumpla la condición fundamental para la que está destinada la demanda; o sea, el de señalar claramente, como se señala en el presente pleito, el hecho de que se parte y el precepto en que se apoya la pretensión; pues bien, bajando al caso concreto que nos ocupa ha de estimarse que la demanda cumple ese minimum indispensable, pues, aunque esquemática e imperfectamente constan en ella, con la debida separación, los hechos, los fundamentos de Derecho —Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales, en especial el artículo 94.2 y los preceptos del Código Civil referidos, con carácter general, al cumplimiento de las obligaciones— y la pretensión deducida, suficientemente clara aunque, desde luego, desprovista de técnica administrativista.

**CONSIDERANDO:** Que el presente recurso tiene por objeto impugnar el acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, adoptado por silencio administrativo, desestimatorio de la petición de 251.850 pesetas, más los intereses legales, procedentes de los trabajos de colocación de pizarras en los Centros de Enseñanza General Básica del Polígono de Levante, Rafal Nou y Can Casimiro.

**CONSIDERANDO:** Que a los folios 5, 8 y 11 del expediente administrativo constan sendos informes del Negociado de Educación y Cultura que literalmente dicen: "Por los servicios de Organización Escolar y por orden de esa Tenencia de Alcaldía se encargaron durante 1977 obras varias de mejora en el Edificio Escolar Polígono de Levante —Can Casimiro y Rafal Nou— consistentes en la colocación de 18 pizarras en las aulas y laboratorios. Dichas obras fueron ejecutadas por el contratista X., S.A., Presentando la correspondiente factura, que se adjunta, por un importe de 83.950 pesetas. Y el Jefe de Negociado que suscribe se honra informando a V.S. que dicha factura está avalada por los Servicios Técnicos de Arquitectura de este Ayuntamiento y Arquitecto escolar, habiendo consignación suficiente y adecuada para su pago en el Capítulo 2º, Artículo 2,1, Concepto 2,14, Partida 2,1413 del vigente Presupuesto de Gastos, por lo que no existe inconveniente para que se eleve la correspondiente propuesta de abono a la Comisión Municipal Permanente"; el Jefe de Sección muestra su conformidad con dicho parecer, y el Teniente de Alcalde Delegado propone a la Comisión Municipal Permanente que "Vistos los informes que anteceden esta Tenencia de Alcaldía se honra proponiendo... acuerde Abonar a X, S.A. (C.I.F. A-28/019958) la cantidad de 83.950 pesetas, importe de los trabajos de colocación de 18 pizarras en aulas y laboratorios del Edificio Escolar Polígono de Levante —Can Casimiro y Rafal Nou—, construido por dicho contratista, visto el conforme del Arquitecto escolar y municipal"; y, por último, con firmas del Interventor y del Jefe de Contabilidad, se acredita por la Intervención que "existe consignación presupuestaria adecuada y suficiente".

**CONSIDERANDO:** Que contra lo expuesto, que supone la prueba de los hechos constitutivos de la demanda —que contiene el error de considerar acuerdo de la Comisión Municipal Permanente lo que no es más que una propuesta que le formula el Teniente de Alcalde Delegado—, se alega por la parte recurrida el general incumplimiento del contratista que llevó a cabo las obras; pero lo cierto es que fijado en la contestación a la demanda como hecho a acreditar: "Deficiencias técnicas de la obra contratada por X., S.A. que impedía su recepción" y propuesta concretamente documental pública en el período probatorio tendente a ese fin, no llegó a practicarse, por lo que no existe ni en el expediente administrativo ni en los autos el más mínimo indicio que permita llegar a aquella conclusión.

**CONSIDERANDO:** Que en cuanto al pago de intereses es aplicable el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

**CONSIDERANDO:** Que procediendo, de acuerdo con lo expuesto, la estimación de la demanda, no se observa, no obstante, la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Miguel Massanet Nicolau, en nombre de G. N. C., contra el acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, adoptado por silencio administrativo, desestimatorio de la petición de 251.850 pesetas procedentes de los trabajos de colocación de pizarras en los Centros de Enseñanza General Básica del Polígono de Levanta, Rafal Nou y Can Casimiro, más los intereses de tal suma, debemos declarar y declaramos que tal acuerdo presunto no es conforme a Derecho y que, en consecuencia, la entidad actora tiene derecho a percibir la suma citada, más los intereses, computados de acuerdo con lo establecido en el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 43

**43. MOTIVACION DE LOS ACTOS.** Basta identificarlo por sus causas y para sus consecuencias. No existe defecto de forma. **DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY DEL SUELO.** Interpretación. Los terrenos de cesión obligatoria y gratuita que prevé el art. 84 de la L.S. no se pueden exigir por la Corporación municipal en tanto en cuanto no esté adaptado el Plan General a la nueva Ley del Suelo. *Sentencia de 11 de mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que con carácter previo por obviar razones procesales, ya que su estimación impediría entrar a conocer del fondo del asunto, se hace preciso determinar si, como alega la entidad recurrente en el recurso de reposición, en la demanda, con cita de los preceptos que estima infringidos, y en el acto de la vista, el acuerdo de 2 de septiembre de 1980 y el requerimiento del 5 de los mismos mes y año son nulos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 47 y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por no cumplir las previsiones de los artículos 43 y 93 de esta disposición, es decir, no ser motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho; pero conviene destacar el hecho de que en la pretensión formulada en el suplico de la demanda para nada se contiene la de que se declare la nulidad de actuaciones ni el efecto natural de tal declaración, que sería el de reposición de las actuaciones para el dictado de una nueva resolución motivada; pero es que, además, no puede exigirse, y así lo ha proclamado el Tribunal Supremo, una moti-

vación con el rigorismo formal de las resoluciones judiciales, sino que basta para que las resoluciones administrativas se entiendan motivadas a los efectos del artículo 43, tanto en sí como en relación con el 93 de tal Ley, que de su total contexto resulten elementos suficientes para identificarlo por sus causas y para sus consecuencias, sin que ello precise de un rigorismo formal, incompatible con el genérico término de motivación; y, por último, descartando, por evidente inaplicabilidad dados sus supuestos, el artículo 47, que concreta los casos de nulidad de pleno derecho, los actos supuestamente nulos no adolecen de falta de los *requisitos formales indispensables para alcanzar su fin* y tampoco han dado lugar a la *indefensión* de la parte interesada, según se demuestra con el examen de las actuaciones, y por tanto, como prescribe el número 2º del artículo 48 de la referida Ley de Procedimiento Administrativo, coincidente en su esencia con las disposiciones legales reguladoras del Régimen Municipal, únicamente el defecto de forma determinará la nulidad del respectivo acto cuando concurra alguno de los mencionados requisitos, que en este caso no se han dado.

CONSIDERANDO: Que el fondo de la cuestión se deduce con facilidad de las súpticas de los escritos rectores de estos autos: en efecto, el Ayuntamiento de Calviá solicita la declaración de que se ajustan a Derecho el acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en sesión del día 2 de septiembre de 1980, apartado 2º, y el consecuente acto administrativo del día 5 siguiente, por el que el Alcalde-Presidente notificó a la entidad recurrente el anterior acuerdo y le requirió para que procediera a la entrega o puesta a disposición del Ayuntamiento de los terrenos sitos en la parcela nº 14, manzana A, de la Urbanización de Santa Ponsa, *por ser de cesión obligatoria y gratuita*; propugna "X., S.A." la nulidad de dichos actos administrativos, por cuanto los terrenos *no eran de cesión gratuita* y que la calificación afectaba exclusivamente al uso o destino de los mismos y a las condiciones de edificabilidad derivadas de la zonificación.

CONSIDERANDO: Que dos son, básicamente, los preceptos que se funda la contienda de autos: el 84.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 (68 de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975), que establece que los propietarios de suelo urbanizable programado deberán: a) Ceder obligatoria y gratuitamente a favor del Ayuntamiento o, en su caso, órgano urbanístico actuamente, los terrenos que se destinen con carácter permanente a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, *centros culturales y docentes* y demás servicios públicos necesarios; y la Disposición Transitoria 2ª, apartado 1º, de dicho Texto Refundido, que preceptúa que en tanto no se lleve a cabo la adaptación prevista en la disposición anterior —los Planes Generales de Ordenación vigentes en la actualidad se adaptarán a lo dispuesto en esta Ley—, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. Los Planes Parciales aprobados definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley número 19/1975, de 2 de mayo, que no estuvieran en curso de ejecución con arreglo a la disposición transitoria siguiente y los que se aprueben definitivamente con posterioridad, se ejecutarán con arreglo a los preceptos de la presente Ley. A los efectos prevenidos en el artículo 84, se entenderá por aprovechamiento medio el que resulte del Plan Parcial dentro de su propio ámbito.

CONSIDERANDO: Que ha de tenerse en cuenta: 1º) Que en 24 de diciembre de 1981 el expediente de la adaptación y modificación del Plan General de Ordenación de Calviá se encontraba en fase de exposición al público en cumplimiento del acuerdo plenario de día 10 anterior, y el 2 de septiembre de 1980 en la fase preparatoria previa a la aprobación inicial (folio 48); 2º) Que el Plan Parcial de Santa Ponsa fue aprobado inicialmente el 7 de enero de 1974 y definitivamente el 8 de septiembre de 1975 (folio 49); y 3º) El terreno de autor está comprendido en la denominada Subzona escolar (folio 56).

CONSIDERANDO: Que la Disposición Transitoria parcialmente transcrita, aparentemente tan simple, ha planteado numerosos problemas en su aplicación, así, el Ministerio de la Vivienda, en la Circular 2/1975, inspirándose en el principio de irretroactividad, entiende que en el número 1 se contempla la ejecución de tales planes, disponiendo que todos aquellos aprobados definitivamente con anterioridad, pero que no estuvieran en curso de ejecución, o aprobados definitivamente con posterioridad a la fecha de entrada en vigor,

se ejecutarán con arreglo a la Ley de Reforma, pero como quiera que la ejecución de los Planes se regula en el Título III, serán los preceptos contenidos en este título los que hayan de aplicarse, *en tanto en cuanto no exijan la adaptación previa de los respectivos planes generales*, y, en particular, los preceptos que regulan los sistemas de actuación; es decir, ha de aplicarse la normativa de la Ley de Reforma en punto a sistemas de ejecución de los planes parciales, lo que para cualquiera de los sistemas que se siga supone la cesión gratuita de los terrenos que sean de cesión obligatoria según el plan parcial que se ejecute, aún cuando no sean de aplicación directa los artículos 67, 68, 69 y 69 bis (artículo 83, 84, 85 y 86 del Texto Refundido), toda vez que su *efectividad queda condicionada a la adaptación de la clasificación del suelo* contenida en el plan general a los nuevos tipos y categorías introducidos por la Ley de Reforma, y la referencia al artículo 68 (84 del texto refundido) ha de entenderse hecha, pues, a los efectos de la distribución de beneficios y cargas dentro del plan parcial correspondiente, pero no a los efectos de la cesión del 10 por cien del aprovechamiento medio del sector, ya que la aplicación de esta obligación requiere la plena aplicación de los mecanismos compensatorios derivados del aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado, que sólo puede obtenerse en los nuevos planes generales; esta interpretación ha sido corregida por el Decreto de 2 de junio de 1977, que en su artículo 8º dispone que la cesión obligatoria y gratuita al Ayuntamiento u órgano urbanístico actuante del 10 por ciento del aprovechamiento medio se aplicará aunque no se haya producido todavía la adaptación de los planes generales de ordenación urbana, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Suelo, en cuyo supuesto la cesión es *sustitutiva* de la establecida en el artículo 84, y ello porque este precepto no es aplicable, a efectos de cesiones, en el supuesto del número 1 de la Disposición Transitoria 2ª; lo que será, desde luego, *cuando los Planes Generales se hayan adaptado a la nueva Ley*, por que entonces tales planes dirán cuál es el suelo urbanizable programado y cuál es el aprovechamiento medio de todo el suelo urbanizable programado, y los Parciales que en adelante se aprueben para tal suelo quedarán todos ellos sujetos al juego de las cesiones que el artículo 84 establece, *pero antes de tal adaptación, ni existe aprovechamiento medio, ni existe suelo urbanizable programado y, por tanto, no es posible jurídicamente que se cumpla lo previsto en el repetido artículo 84 del Texto Refundido*; en conclusión, una vez adaptado el Plan General, que clasificará el suelo, y que podrá clasificarlo en urbano, urbanizable —programado o no— y no urbanizable, ya sólo podrán aprobarse Planes Parciales para el suelo urbanizable programado, y serán obligatorias las cesiones del artículo 84.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia, procede estimar la demanda; sin que, por otra parte, se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Ferrer Amengual, en nombre y representación de la entidad "X., S.A.", contra el acuerdo del Pleno Municipal de Calviá de 2 de septiembre de 1980, el requerimiento practicado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Calviá de 5 de septiembre de 1980 y la desestimación del recurso de reposición formulado, que tuvo lugar por acuerdo plenario de 10 de febrero de 1981, por los que se requiere a la sociedad actora para que proceda a la entrega de los terrenos sitos en la parcela 14, manzana A, de la Urbanización de Santa Ponsa por ser de cesión obligatoria y gratuita, debemos declarar y declaramos que los actos impugnados no son conformes a Derecho y, en consecuencia, nulos; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

**44. SUSPENSIÓN DE LICENCIAS POR MODIFICACIÓN DEL PLAN GENERAL.** La suspensión automática y la facultativa son acumulativas. **NO EXISTE DESVIACIÓN DE PODER. EL ERROR DE HECHO TIENE QUE VERSAR SOBRE UN HECHO, COSA O SUCESO.** *Sentencia de 13 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con lo establecido en el citado artículo 27 de la Ley del Suelo se arbitra un procedimiento para armonizar el interés público y el privado, pues las licencias otorgadas cuando es inminente la entrada en vigor de una nueva ordenación pueden pugnar abiertamente con ésta, obstaculizando su realización, y creando, como dice la sentencia de 18 de diciembre de 1979, situaciones aberrantes, como las creadoras de edificios inicialmente afectados por el régimen de fuera de ordenación; y la Ley de Reforma de 1975, en su claro propósito de potenciar la institución, ha introducido la suspensión automática, manteniendo sin embargo la facultativa, sin preocuparse por clarificar directamente la relación entre una y otra, lo que ha originado interpretaciones doctrinales diversas, que versan sobre si ambas suspensiones son acumulativas —tesis de la parte demandada—, o excluyentes —posición del recurrente—, todo lo que se agrava por falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la sentencia citada en la demanda, de 18 de marzo de 1981, se refiere a un problema distinto: la ampliación de la suspensión por otro año prevista en el artículo 27.2 de la Ley del Suelo.

CONSIDERANDO: Que planteada así la controversia, es necesario tener en cuenta que el Texto Refundido vigente de la Ley del Suelo, aprobado por Decreto Legislativo de 9 de abril de 1976, ha introducido una innovación trascendental en esta materia de la suspensión del otorgamiento de licencias, pues así como la Ley de 12 de mayo de 1956, en su artículo 22, sólo contempla la posibilidad —ni siquiera la obligación— de que los órganos competentes para la formación de un Plan acordaran y publicaran en el Boletín Oficial de la Provincia “la suspensión por un año del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos y edificación en sectores comprendidos en un perímetro determinado con el fin de estudiar el Plan de Ordenación o su reforma”, plazo ampliable, como máximo, y siempre que dentro de él hubiere tenido la información pública legalmente prevenida, a otro año, el nuevo Texto legal, de acuerdo con el criterio sentado en la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, mantuvo prácticamente a la letra la redacción anterior pero introdujo un párrafo 3º en el que, con total autonomía de los anteriores —que, importa resaltarlo, sólo hacen mención a la finalidad de estudio previo a la aprobación o reforma de Planes—, estableció un efecto suspensivo nuevo motivado por la aprobación inicial de tales Planes, habida cuenta que, independientemente de que existieran o no con anterioridad acuerdos de suspensión o de prórroga, si el legislador había reconocido la facultad de suspender licencias para estudiar, e incluso aunque estos estudios no cristalizaran en nada concreto, sería absurdo que, una vez que los mismo se habían materializado en una aprobación inicial, quedarán desprovistos de protección y condenados a la imposibilidad de desarrollo adecuado; quiere decirse con lo expuesto que, en la nueva normativa sobre régimen del suelo y ordenación urbana, se ha perseguido potenciar al máximo la futura operatividad de Planes y Programas ya surgidos a la realidad, a cuyo fin se les ha dotado del efecto suspensivo de referencia durante los dos años a que hace méritos el artículo 27 de la Ley, a no ser que con anterioridad se hubiera conseguido la aprobación definitiva, y buena prueba de que es así la constituye el hecho de que el párrafo 2º del precepto acabado de invocar hace referencia al expresado plazo, esto es, al plazo de suspensión acordado para “estu-

diar el Plan o su reforma” y sólo prohíbe acordar nuevas suspensiones en la misma zona durante el plazo de cinco años para “idéntica finalidad” y no, por consiguiente, para la que pudiera surgir por otra causa, entre las que, por supuesto, cabe integrar la que se recoge en el párrafo 3º en cuestión.

**CONSIDERANDO:** Que la interpretación que acaba de exponerse queda corroborada no sólo por la lógica de que entender lo contrario conduciría al absurdo de que resultara más protegido un Plan, frente al otorgamiento de licencias que pudieran desvirtuarlo, cuando el órgano urbanístico que lo iniciase no se hubiera preocupado de suspender dichas licencias para su preparación que cuando lo ha hecho y ha extremado, por tanto, las posibilidades de acierto y eficacia, sino también por la regulación y desenvolvimiento que sobre la materia ha establecido el vigente Reglamento de Planeamiento para el Desarrollo y Aplicación de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto del 23 de junio de 1978, habida cuenta que claramente se distingue en él entre los acuerdos de suspensión adoptados en el mismo acto en que se decreta la formación de los Planes o en el período que media entre ésta y la aprobación inicial —artículo 117—, para los que prevé una duración de un año, salvo que con anterioridad hubiese recaído acuerdo de ampliación —artículo 119—, y el efecto suspensivo autónomo que “por sí sólo” origina el acuerdo de aprobación inicial —artículo 120—; y la mejor corroboración de que ocurre así la constituye el hecho de que el artículo 122 sólo prohíbe acordar nuevas suspensiones cuando las precedentes se hubieren decretado al amparo del precitado artículo 117 o, lo que es lo mismo, se hubieran adoptado con fundamento “en la conveniencia de estudiar el nuevo planeamiento” o la reforma del que está en vigor, sin hacer referencia, por consiguiente, a las suspensiones que puedan tener lugar por ministerio de la Ley, como es la que deriva de la aprobación inicial.

**CONSIDERANDO:** Que la interpretación acabada de exponer no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que el párrafo segundo del artículo 27 de la Ley prevea la ampliación a otro año del plazo originario acordado para el estudio de un nuevo Plan o su reforma sólo en el caso de que durante el primer año hubiere completado el período de información pública y este período tenga lugar posteriormente a la aprobación inicial, por las razones siguientes: a) Porque, conforme se ha señalado con anterioridad, la Ley de 2 de mayo de 1975, y después el Texto Refundido vigente de 1976, han reproducido la versión anterior y, como innovación, le han añadido una nueva causa de suspensión, que procede “ex lege” y en favor de la cual debe resolverse cualquier discrepancia que pudiera existir al respecto, toda vez que la exigencia de que, para ampliar el plazo de referencias, se haya completado el período de información y, por ende, se haya producido la aprobación inicial, únicamente tiene sentido cuando sólo hay una suspensión previa a ésta, pero lógicamente huelga cuando, conforme ha ocurrido en la nueva normativa, dicha aprobación genera “pro sí sola” una autónoma suspensión; b) Porque si se mantuviera la interpretación contraria habría que entender también que si no se hubiera llegado a la aprobación definitiva transcurrida la prórroga, no podrá, durante los cinco años siguientes, o desplegar eficacia suspensiva una posible aprobación inicial que dentro de ese tiempo pudiera efectuarse o darse la posibilidad de que tales aprobaciones pudieran tener lugar, con lo que resultaría inadmisiblemente ampliada una restricción que sólo está prevista en la Ley para supuesto de estudios previos a la mencionada aprobación —recuérdese que el precepto se refiere claramente al “expresado plazo”, es decir, al arbitrado para esos estudios, que es el del párrafo 1º, o a “idéntica finalidad”, pero nunca a cualquier otra posible causa de suspensión—; y c) Porque la aparente antinomia legal, que habría de resolverse, en todo caso, en favor del interés público, puede salvarse tan pronto se entienda que lo que el legislador ha querido con el mantenimiento de la redacción original del precepto, en su primera parte, no es otra cosa que excitar al máximo la operatividad de los estudios previos a la aprobación del planeamiento a fin de que se concreten, en una realidad, pero no —porque sería absurdo— torpedear esta última cuando se haya producido. (Sentencia de la Sala de Valencia de 22 de febrero de 1980).

**CONSIDERANDO:** Que se imputa a la Corporación desviación de poder con base, fundamentalmente, en “la premura y precipitación con que se desarrollaron a última hora los acontecimientos”, lo que “pone de manifiesto que el Ayuntamiento pretendía exclusi-

vamente mantener el estado de suspensión de licencias sin importarle el aspecto de aprobación inicial, que utilizó únicamente como medio para aquella finalidad suspensiva, aparentemente secundaria y complementaria, pero en realidad buscada con carácter principal y diríamos que exclusivo..."; pero en manera alguna puede llegarse a la conclusión a la que llega el recurrente, ya que ningún problema de tiempo acuciaba al Ayuntamiento, es más, según la opinión de los ilustres tratadistas que aquél cita, hubiera evitado riesgos de impugnación esperando que transcurriera el plazo de un año; en efecto, los autores que estiman límites legales de dos años hacen una única salvedad, y es en el supuesto en que habiéndose acordado facultativamente la suspensión para el estudio de un Plan, concluye el plazo de un año de duración de la misma sin que se haya producido siquiera la aprobación inicial; y acordada después ésta debe operar necesariamente la suspensión automática al no estar vigente la facultativa.

**CONSIDERANDO:** Que el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Calviá en sesión del día 21 de octubre de 1980 adoptó el acuerdo sobre "Aprobación del texto presentado en el que se salva de error mecanográfico cometido y que figura en la documentación presentada inicialmente a este Ayuntamiento y que fue aprobado por el Pleno Municipal celebrado el día 10 de octubre del presente año, en el que se aprobó inicialmente el Plan de Adaptación y Modificación; Plan General de este Término Municipal"; dicho error consistía en incluir en las Ordenanzas Urbanísticas el texto siguiente: "Tan sólo se permitirá el tipo de edificación AS cuando en las Normas Particulares del Plan General de 1971 de cada Polígono o P.A.C. concurre con el bloque exento (B.Q.) o bien aisladamente. En los demás casos de simultaneidad con los tipos de edificación CH. PM. y ZC. no se permitirá la aplicación del tipo de edificación A.S."

**CONSIDERANDO:** Que respecto al error de hecho, las distintas normas dictadas sobre él —como el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo: en cualquier momento podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos—, dando por supuesto el concepto del mismo, se han limitado a referirse a los citados, habiendo corrido a cargo de la jurisprudencia la tarea de precisar la esencia de tales errores, que han sido caracterizados como aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiera 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 puedan establecerse, en decir, este procedimiento únicamente es admisible para rectificar omisiones o errores materiales, no declaraciones conceptuales de inequívoco carácter jurídico, y ha de caracterizarse por ser ostensible, manifiesto, indiscutible, que implique la evidencia por sí solo, sin necesidad de mayores razonamientos por manifestarse *prima facie* por su sola contemplación, lo cual es preciso distinguir de aquellos otros supuestos en que concurre un error de derecho, esto es, una cualificación jurídica seguida de una declaración basada en ella que se reputan contrarias a los preceptos que debe regir la correspondiente relación; por todo lo que, resulta evidente que no puede estimarse como error material el incluir un párrafo en el que se tratan cuestiones de matiz tan sustantivo como las relativas a la compatibilidad de determinados tipos de edificación.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en lo que respecta a los apartados 1º y 2º del escrito de demanda, es decir, al apartado 3º del acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Calviá de 10 de octubre de 1980 suspendiendo el otorgamiento de licencias de obras; y estimando en lo que hace referencia a los apartados 3º y 4º, o sea, al acuerdo plenario de dicho Ayuntamiento de 21 de octubre de 1980 relativo a la subsanación de un error material; así como, en ambos casos, a las desestimaciones presuntas de los recursos de reposición.

**CONSIDERANDO:** Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Bauzá Miró, en nombre y representación de D. C. J. M., fallecido

durante la tramitación del mismo, y de la ASOCIACION U. P. C., contra el acuerdo del Ayuntamiento de Calviá adoptado en sesión plenaria de 10 de octubre de 1980, que suspende el otorgamiento de licencias de obra para aquellas áreas del término municipal objeto de planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra aquél, debemos declarar y declaramos que dichos acuerdos se ajustan a Derecho; y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mismo Procurador en nombre de los mismos recurrentes, contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Calviá de 21 de octubre de 1980, sobre subsanación de error material observado en la documentación de la adaptación y modificación del Plan General aprobada inicialmente por la Corporación Plenaria el día 10 anterior, y contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra el mismo, debemos declarar y declaramos que tales acuerdos no son conformes a Derecho y, en consecuencia, nulos; sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 45

**45. CONCEJALES. RENUNCIA AL CARGO.** La credencial expedida por la Junta Electoral de Zona lo ha sido en tiempo hábil. Necesidad de una real representación ciudadana. El momento decisivo de la mecánica electoral, aquel en que el concejal adquiere mando, no el de la celebración de las elecciones. R.D. 707/1982 de 2 de abril interpretación cuasi auténtica de la Ley de Elecciones Locales. **DISTINCION ENTRE CUESTION NUEVA Y ARGUMENTO NUEVO.** *Sentencia de 17 de mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que esta diferente interpretación tiene su origen en la desdichada redacción del artículo 11.6 y de la Disposición final 4ª de la Ley 39/78, de 17 de julio, sobre elecciones en las Corporaciones locales: en efecto, el primero dice que en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un candidato proclamado electo, la vacante será atribuida al candidato de la misma lista a quien corresponda, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior; el mismo criterio será aplicable, de acuerdo con la disposición final cuarta de esta Ley, para cubrir las vacantes de Concejales que se produzcan en el Ayuntamiento *dentro de los tres años siguientes a la fecha de celebración de las elecciones;* y la segunda preceptúa que las vacantes de Concejales que puedan producirse *durante los tres primeros años de mandato* se cubrirán por el que hubiere sido candidato en la misma lista y siguiere al último de los electos en el orden de la misma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.6 de esta Ley.

**CONSIDERANDO:** Que las elecciones municipales son básicas por la función que confiere la sociedad a sus representantes populares, y su misión es, sin lugar a dudas, la



de cubrir las aspiraciones de unos vecinos a mejorar su nivel de vida cotidiana, con independencia de los grandes programas políticos o trascendentes sistemas económicos; de aquí la necesidad de *una real representación ciudadana* capaz de cumplir deseos y limar asperezas que, por ser de vecinos, son, cuando surgen, más enconadas que cualesquiera otras, sin que las grandes directrices centralistas o las apetencias centralizantes de los partidos, cuya misión primaria es otra, puedan aportar importantes soluciones a los problemas que, por ser locales, necesitan y merecen unas más limitadas y humanas soluciones; pues bien, resulta evidente que los electores votaron y eligieron a un número determinado de Concejales y, por lo tanto, debe zanjarse la contradicción legal de acuerdo con ese principio y mantener el número que la voluntad popular quiso tener y obtuvo.

**CONSIDERANDO:** *Que el momento decisivo de la mecánica electoral es indudablemente aquel en que el Concejal adquiere mando, no el de la celebración de las elecciones, lo que sucede, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Real Decreto de 16 de marzo de 1979, en la sesión constitutiva; y antes del juramenteo y toma de posesión los Concejales proclamados electos no son miembros de la Corporación Municipal, porque hasta esa fecha, la de juramento y toma de posesión, los miembros de una Corporación son los Concejales a quienes no ha afectado la renovación y aquellos que deban cesar.*

**CONSIDERANDO:** *Que el Real Decreto 707/1982, de 2 de abril, establece en su preámbulo que la disposición final cuarta de la Ley de Elecciones Locales precisa un desarrollo normativo que permita instrumentar la sustitución de Concejales por Vocales Gestores cuando dichos Concejales causen baja en sus puestos y no sea posible su sustitución por los siguientes de la lista, al haberse agotado éstas, o las vacantes se produzcan en el último año del mandato; y los apartados a) y b) del artículo 1º de la misma disposición insisten en fijar el mandato como decisivo, sin alusión al momento de celebración de elecciones, estableciendo que cuando la vacante o vacantes se produzcan durante los tres primeros años del mandato corporativo... y cuando las vacantes se produzcan durante el último año de mandato corporativo; lo que constituye una interpretación cuasiauténtica, pues el Real Decreto se publica en uso de la autorización conferida al Gobierno por la disposición final primera de la Ley de Elecciones Locales, que, como queda expresado, introdujo la confusión que motiva el presente recurso.*

**CONSIDERANDO:** *Que el representante de Unión de Centro Democrático al formular su escrito de alegaciones introduce en el debate dos nuevas causas de impugnación: Nulidad de procedimiento al no haberse renunciado al cargo de Concejal ante el Consistorio por parte de D. A. O. C. y nulidad de procedimiento al no haber renunciado D. G. C. C. ante el Consistorio; pero es evidente que la alegación de una notoria indefensión para la otra parte personada, que carece de momento procesal para impugnarlas, aunque aquí lo haya hecho con un atípico escrito, que en puridad no debió ser admitido; y es 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) cuestión nueva es la que plantea un problema diferente de los contemplados previamente en el expediente administrativo, que puede conducir a un pronunciamiento de imposible formulación dentro de los términos en que se desarrollaron las relaciones dentro de aquél, mientras que argumento nuevo es aquel que válidamente se esgrime, ampliando y reforzando con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitado antes con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo formulado, sin alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderables por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo; y esto sentado, resulta evidente el carácter de cuestiones nuevas que tienen las enunciadas, como claramente se deduce del suplico del escrito de alegaciones, en el que se postula la declaración de "... ser nula de pleno derecho e improcedente... la renuncia de D. G. C. C. y D. A. O. C., debiéndose retrotraer toda la actuación al momento de presentación de la renuncia escrita del último nombrado y la celebración del Pleno dando cuenta de renuncia..."; mientras que en el escrito presentado ante la Junta Electoral de Zona se limitaba a impugnar la credencial expedida a favor de D. P. M. J. porque se había expedido en tiempo inhábil al interpretar que los tres años debían computarse desde la fecha de la celebración de las elecciones; lo que daría lugar a pronunciamientos distintos, por lo cual no puede examinarse la referida cuestión nueva, de acuerdo con la doctrina legal citada.*

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia, debe ser confirmado el acto impugnado, con expresa imposición de costas al impugnante por ser ello preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 de la Ley de 17 de julio de 1978.

**FALLAMOS:** Que desestimando la impugnación formulada por D. C. T. C. en su calidad de Presidente de UNION DE CENTRO DEMOCRATICO DE CIUDADELA, contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Menorca de 15 de abril de 1982 por el que se expidió la credencial como Concejal del Ayuntamiento de Ciudadela a favor de D. P. M. J., debemos declarar y declaramos que dicho acuerdo se ajusta a Derecho; con expresa imposición de costas al impugnante.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 51

**51. FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL.** No procede asignar a los Jefes de unidades, con carácter provisional, el complemento de destino antes de que formen las plantillas orgánicas aprobadas. **INADMISIBILIDAD DEL RECURSO.** Tiene que haber adecuación entre el objeto o materia descrito en el escrito de interposición del recurso y lo que se suplica en la demanda. *Sentencia de 31 de mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que en ésta se solicita, además de que se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas con una especificación concreta de las causas de esa declaración, lo que resulta notoriamente improcedente, que se haga un pronunciamiento para determinar las funciones exclusivas de los Técnicos de Administración General para ejercer las Jefaturas de Negociado, así como para declarar la inmediata obligación que tiene el Ayuntamiento de Palma de confeccionar la plantilla orgánica que cubra todos los puestos de trabajo a desempeñar por sus funcionarios de carrera; pero estas peticiones han de ser rechazadas, porque, según reiterada Jurisprudencia, cuya notoriedad excusa de su cita pormenorizada, como se infiere del artículo 1º de la Ley Jurisdiccional y de las normas del Capítulo 1º del Título 3º de la misma, especialmente en su artículo 37, la función revisora de esta Jurisdicción no puede ejercerse, como es obvio, sin el antecedente de un acto previo de la Administración pública —o de una disposición general—, que en el supuesto que se contempla no ha existido; por otra parte, reiterada doctrina legal establece que el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo exigido por el número 1º del artículo 57 de la Ley de esta Jurisdicción, no sólo tiene por finalidad el demostrar que se ha recurrido ante el Tribunal en el plazo legal y recabar los antecedentes precisos para formalizar las demandas, sino que también es en dicho escrito donde ha de señalarse con precisión cual es la resolución contra la que se recurre, su objeto, naturaleza y alcance, para dejar así concretado el contenido del pleito y fijada la cuestión o cuestiones a decidir en el mismo, por lo que al formalizarse la demanda debe existir una perfecta adecuación entre lo que

por ella se suplica y lo que ya se consignó como objeto o materia sobre la que había de versar el recurso en aquel escrito inicial, dando con ello cumplimiento a lo que sobre este particular se establece en el párrafo 1º del artículo 43 de la invocada Ley, produciéndose, en otro caso, una verdadera desviación procesal que conduciría a la inadmisibilidad del recurso; por lo que, en el presente caso, al formularse en la demanda peticiones distintas de las relacionadas en el escrito de interposición del recurso, se produjo una separación del trámite legal que altera sustancial y virtualmente los términos de la litis, y dado que las normas ineludibles de aquél establecen la necesidad de integrar el escrito inicial en el de formalización, sin que en el suplico del mismo pueda referirse, implícita o explícitamente, a resoluciones o actos que no fueron citados en semejante escrito ni materia de ulterior ampliación, se ha incurrido en una manifiesta incongruencia procesal, originadora de defecto insubsanable en el modo de formular la demanda en las materias referidas, por lo que se está en el caso de declarar la inadmisibilidad del recurso en aquellos supuestos enunciados al principio, en base a lo establecido en los apartados f) y g) del artículo 82, en relación con los 69 y 43, de la citada Ley Jurisdiccional.

**CONSIDERANDO:** Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Miguel Amengual Sansó, en nombre de D. A. C. G. y 18 más relacionados en el encabezamiento de esta resolución, funcionarios del Subgrupo de Técnicos de Administración General del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente de dicho Ayuntamiento de 18 de febrero y 29 de julio de 1981, desestimatorio éste del recurso de reposición formulado contra aquél, por los que se asignan a los puestos de trabajo de Jefe de Gabinete de Alcaldía, Jefe de la Unidad Adjunta a la Secretaría, Jefe de Actas y Jefe de Registro, con carácter provisional, interín se formen las plantillas orgánicas, el complemento de destino de 7.285 pesetas mensuales con efectos desde 1º de enero de 1981, y que continúen adscritos a dichos puestos de trabajo los Funcionarios Administrativos de Administración General D. P. M., D. B M., Dofia M. I. O. y D. J. F., debemos declarar y declaramos que tales acuerdos no son conformes a Derecho; igualmente debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso en lo que respecta a las demás peticiones de la demanda; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 53

**53. IMPUESTO MUNICIPAL DE RADICACION.** Hecho imponible. Base imponible. Retroactividad de las disposiciones interpretativas o aclaratorias. *Sentencia de 2 de junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 30 de abril de

1981, tiene por objeto determinar si producido el hecho imponible del Arbitrio Municipal de Radicación en el año 1977, por el que se practicó a cargo de la entidad recurrente una liquidación por 461.195 pesetas relativa al establecimiento Hotel X., puede ser aplicado el Real Decreto de 7 de diciembre de 1979 sobre determinación de la base imponible en establecimientos hoteleros para la fijación de tal impuesto; y el artículo 1º de tal disposición establece que para la determinación de la base imponible del Impuesto Municipal de Radicación en los establecimientos hoteleros se considerarán excluidas aquellas superficies que por razón de su destino tengan meramente carácter accesorio, computándose únicamente como espacios afectos al Impuesto los destinados a usos de habitaciones, servicios de restaurante-cafetería, así como aquellos reservados a funciones de administración, recepción y análogos.

**CONSIDERANDO:** Que la parte recurrente alega, fundamentalmente, que el referido Real Decreto de 7 de diciembre de 1979 "por ser meramente interpretativo y aclaratorio (no modificativo) del texto legal originario, debe tener y tiene efectos retroactivos"; pero si bien es cierto que la regla de la irretroactividad sufre algunas modulaciones en casos especiales, como en las disposiciones meramente aclaratorias e interpretativas, que producen efectos a partir del momento en que se dictó la norma aclarada o interpretada por suponer que la aclaración o interpretación carece de contenido innovativo, no lo es menos que esto no es siempre exacto, que puede dar lugar a frecuentes abusos y que cabe preguntarse para qué se dicta la norma si no hay un *quid novum*; y, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1978, hay que estar prevenidos frente a lo que algún autor ha llamado el mito de las disposiciones aclaratorias, que es lo que aquí ocurre, puesto que el Real Decreto de que se trata contiene pronunciamientos propios y sustantivos, que no tienen nada afín con los auténticamente aclaratorios o interpretativos; en efecto, basta compararlo con el artículo 66.3 del Decreto de 30 de diciembre de 1976 y con el 10 de la Ordenanza Fiscal del Impuesto Municipal sobre la Radicación, para poner en evidencia el carácter modificativo de aquí; así el precepto últimamente citado excluye "en la determinación de la base imponible por razón de su destino meramente accesorio o finalidad higiénica o social... las superficies... que en los establecimientos hoteleros... estén ocupadas por cocinas, lavaderos, planchadores y, en general, lugares no destinados a los clientes", de contenido distinto a lo dispuesto en el artículo 1º del Real Decreto anteriormente transcrito, lo que, naturalmente, da sentido a la reclamación, y que, por otra parte, obligará a acomodar la Ordenanza a sus términos, pero no aplicarlo retroactivamente contra los principios generales de los artículos 2.3 del Código Civil y 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por su carácter indudablemente innovador.

**CONSIDERANDO:** Que por lo expuesto y por las razones de la resolución recurrida, que se aceptan íntegramente, procede la desestimación del recurso.

**CONSIDERANDO:** Que no se observa la existencia de los motivos que, según la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador, en nombre y representación de la entidad mercantil, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 30 de abril de 1981, sobre liquidación practicada por el Ayuntamiento de Palma sobre Impuesto Municipal de Radicación correspondiente al ejercicio de 1977 y relativa al Hotel X., debemos declarar y declaramos que la resolución impugnada se ajusta a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

**54. SANCION ADMINISTRATIVA.** Principio de legalidad. Constitución Española de 1978. Garantías procesales penales del art. 24 de Constitución. Presunción de inocencia. Contenido esencial de los derechos. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional (art. 117.3 de la C.). La potestad sancionadora administrativa es auxiliar de la Judicial. La atribución a la Administración de la potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de la Ley formal. Las libertades sólo pueden ser reguladas por Ley. Congruencia. El Principio de tipicidad prohíbe las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior. *Sentencia de 4 de junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionador administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo, primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionadores no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de una reformatio in pejus, de la persistencia imprescindible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de la responsabilidad, o de la acción, o de la antijuridicidad, o del sistema de atenuantes, de condenas condicionales, o de rehabilitación del culpable; sin hipérbole puede decirse, con la mejor doctrina administrativista actual, que el Derecho Administrativo sancionador ha sido hasta la fecha un derecho represivo prebeccariano; tal situación, apoyada en la ausencia de una regulación legal de estas materias generales y en la sumariedad de los preceptos legales que atribuyen poderes sancionadores a la Administración, ha sido corregida últimamente por una resuelta doctrina jurisprudencial, que cuenta con justicia entre las mejores reacciones de nuestro contencioso-administrativo; esta doctrina jurisprudencial ha establecido que esta vasta ausencia en la legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de interpretarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario; la justificación de esta importantísima toma de posesión luce con toda claridad en las sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972, de las que arranca esta doctrina, que ratifican sin vacilación otras sentencias más recientes; así, la sentencia de 2 de marzo de 1972 advierte que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuibles al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la

norma estricta; declaraciones generales que la sentencia de 25 de marzo de 1972 precisa, dando sentido a una jurisprudencia anterior dispersa, en los siguientes términos: si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte, y de la imputabilidad por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de la que la misma contempla, pues con otro criterio se reconocería a la Administración una facultad creadora de tipos de infracción y de correctivos análogos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado se reconocen; teniendo plena vigencia el principio rector que admitiendo la interpretación rigurosa de la norma sancionadora en forma restrictiva (sentencias de 7 de abril de 1953 y de 3 de julio de 1961), a base de individualizar y de determinar la infracción estrictamente de manera que no deje lugar a dudas, como condición para su posterior calificación adecuada, veda toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva (sentencias de 7 de abril de 1953 y 10 de enero de 1956) a fin de reducir toda posible arbitrariedad en materia de infracciones administrativas, mediante una interpretación restrictiva (sentencias de 17 de marzo de 1958 y 23 de diciembre de 1959), sin desnaturalizarlos con criterios aplicativos que, rebasando el enunciado literal del precepto, lo amplien o tuerzan en perjuicio del inculpaado (sentencias de 9 de enero y 23 de marzo de 1961), exigiéndose siempre prueba concluyente e inequívoca de la comisión de los hechos (sentencias de 9 de enero y 13 de marzo de 1961), por lo que es indudable que la Administración se encuentra sometida a normas de necesaria observancia al ejercer su potestad sancionadora sin posibilidad de castigar cualquier hecho que estime reprochable, ni imponer la sanción que tenga por conveniente, sino que, además de cumplir los trámites esenciales que integran el procedimiento sancionador únicamente puede calificar de faltas administrativas los hechos previstos como tales en la normativa aplicable e imponer la sanción taxativamente fijada para los que resulten probados en el expediente (sentencias de 20 de febrero de 1957 y 17 de marzo de 1958).

**CONSIDERANDO:** Que esta importante tendencia jurisprudencial se encuentra hoy definitivamente consagrada en la Constitución: así, el artículo 25.1 —Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento— ha dado una regulación común para imponer la garantía básica de la legalidad a los delitos y a las infracciones administrativas; y esta equiparación, como reconoce la doctrina científica, es decisiva y no puede hacerse más que por el rasero de la teoría general del delito tal como está regulada en el Derecho Penal, siquiera sea porque ninguna otra teoría le es oponible, ni mínimamente, en el campo del Derecho Administrativo, y esa explícita equiparación, más el mantenimiento general de las garantías procesales penales en el artículo 24 para destruir la presunción de inocencia de todos los ciudadanos ante todas las instancias públicas represivas, garantías no exceptuadas ni de delimitación posible, por la regla del respeto al "contenido esencial" a que se refiere el artículo 53.1, en el caso de las sanciones administrativas, más el principio de exclusividad de la función jurisdiccional del artículo 117.3, que impide considerar la potestad sancionadora de la Administración como alternativa o cumulativa de la reservada a los jueces, obliga a concluir que en adelante la actuación de las Administraciones en el ámbito sancionador sólo puede legitimarse como una actuación auxiliar de la judicial estrictamente tal, ordenada al servicio pragmático de ésta y subordinada, por tanto, íntegramente a sus reglas de fondo, pues no existe ya ninguna posibilidad de intentar justificar unos supuestos principios sustantivos del Derecho Administrativo, que son, y no puede dejar de ser, los que se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial.

**CONSIDERANDO:** Que la mejor doctrina científica española enseña que el principio de legalidad tiene una doble vertiente; por una parte, no hay infracción ni sanción administrativas posibles sin Ley que las determine de una manera previa; en segundo término, esa previsión legal, *la atribución a la Administración de potestad para sancionar*, tiene

*que realizarse precisamente a través de Ley formal*; y el principio tiene hoy explícito rango constitucional, Artículo 25.1 de la Constitución, con idéntica formulación que la relativa a delitos y faltas penales, equiparación muy importante para explicar el alcance del principio de legalidad en la materia sancionadora administrativa, que es un alcance idéntico al principio del Derecho Penal; y esta equiparación explica también que la tipificación normativa previa de conductas sancionables tenga que ser hecho por Ley formal y *que no alcancen a producir ese efecto los simples Reglamentos*; el precepto constitucional remite a "la legislación vigente en aquel momento" (en el momento de la acción sancionable), expresión la de "legislación que no puede interpretarse más que en ese sentido aún cuando la indicada equiparación —que es por sí misma concluyente— no existiese, pues así lo imponen otras dos formulaciones constitucionales: la del Artículo 9.3, que "garantiza el principio de legalidad", en abstracto, y que no puede interpretarse más que como una declaración de la prioridad de la Ley sobre el Ejecutivo y de la sumisión general de éste a pautas de aquéllas, y, sobre todo, la mecánica general de las libertades públicas, que es materia que puede sólo ser regulada por la Ley como expresa el artículo 53.1 —los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por Ley*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a) y cuáles son las acciones u omisiones prohibidas bajo intimación de sanción es una delimitación sustancial de la libertad física de la seguridad jurídica, garantizadas en el artículo 17 y la razón de ser de la incorporación del artículo 25.1 al catálogo formal de derechos fundamentales; es decir, la reserva de Ley está expresada en la Constitución de idéntica forma a la empleada para los delitos, o sea, con la palabra legislación; pero ya en el Senado una enmienda presentada in voce proponía que los delitos se establecieran por Ley, mientras que las infracciones y sanciones administrativas se establecieran por el ordenamiento jurídico, dentro de cuyo ámbito se encuentran los Reglamentos, pero tal enmienda no fue adoptada, y, como queda expresado, las sanciones de protección del orden general afectan a todos los ciudadanos, tienen el mismo fundamento que las infracciones penales y suponen, por tanto, una delimitación de lo lícito, de la libertad, por ello estas infracciones están sometidas al principio de reserva de Ley del repetido artículo 53.1, tanto más cuanto a diferencia de los delitos y faltas penales no son impuestas por los jueces; esta conclusión, y en frase de un conocido autor, es capital para "sangrar" la amplísima potestad sancionadora administrativa hasta ahora existente, construida en su mayor parte por meras normas reglamentarias, que teniendo en cuenta la eficacia inmediata de la Constitución en materia de derechos fundamentales y de potestades de los poderes constitucionales, hace que haya que considerar en este momento decaídas todas estas regulaciones reglamentarias sin respaldo legal explícito y directo con las que los despachos administrativos se habían autoatribuido poderes represivos, de una enorme amplitud.

**CONSIDERANDO:** Que las sanciones impuestas al recurrente por infracciones de juego del Bingo, se hallan previstas en el Reglamento del mismo aprobado por Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979.

**CONSIDERANDO:** Que no es obstáculo procedimental el que la doctrina expuesta no haya sido alegada por las partes, por cuanto el Tribunal no hizo uso de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley Jurisdiccional; si el Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndole que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de 10 días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo; o bien de lo previsto en el 79.2 de la misma Ley: cuando el Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de las partes, lo pondrán en conocimiento de éstas, dictando oportunamente providencia al efecto, que deberá ser notificada con tres días de antelación; pero, en realidad, aunque el artículo 43 se refiere a motivos que puedan fundar la pretensión o la oposición, mientras el 79 se refiere a cuestiones, no existen diferencias prácticas entre una y otra expresión y el último precepto citado se limita a plicar

el principio general del 43 al supuesto de que el Tribunal estime con anterioridad a comenzar el período de conclusiones que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes; y, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, la congruencia procesal se cumple cuando existe la debida correspondencia entre los problemas debatidos y los pronunciamientos de la sentencia, estando atribuida a los Tribunales libertad dialéctica de desarrollo de sus tesis y de la calificación de los hechos presentes en la litis (sentencia de 14 de junio de 1977), y que sólo concurre el supuesto legal —del artículo 43.2— cuando se produce un cambio de la pretensión misma, y el Juez puede libremente aducir los fundamentos de Derecho que considere pertinentes hayan sido o no alegados por las partes (sentencia de la misma fecha).

**CONSIDERANDO:** Que tampoco es obstáculo a lo anteriormente expuesto el que el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, que regula aspectos penales, administrativos y fiscales del juego y que en su artículo 4º.1.a) dice que se autoriza al *Gobierno* para dictar, a propuesta del Ministro de la Gobernación, las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por el presente Real Decreto-Ley, determinando las sanciones administrativas que puedan imponerse para corregir las infracciones de quellas; porque esta remisión normativa carece de valor: 1º) pues, como se decía en el tercer considerando de esta resolución, ha de considerarse decaídas todas esas regulaciones reglamentarias *sin respaldo legal explícito y directo*, que evidentemente no otorga al Reglamento de 9 de enero de 1979 el Real Decreto referido, porque el principio de tipicidad, como aplicación y concreción del principio de legalidad y reserva de Ley, exige también la delimitación concreta de las conductas en la Ley, *prohibiendo, con carácter general, las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior* y su interpretación analógica; y 2º) Porque el citado artículo 4º. 1 *autoriza al Gobierno* —entre otros apartados del mismo se autoriza al Ministerio de la Gobernación— para dictar las disposiciones complementarias que sean precisas, y el Reglamento del Bingo *se aprueba por Orden del Ministerio del Interior*, con lo que ni formalmente se ha cumplido la remisión normativa del Decreto-Ley.

**CONSIDERANDO:** Que, de acuerdo con lo expuesto, procede declarar que la resolución recurrida no se ajusta a Derecho; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas, en nombre y representación de la entidad X., S.A., contra la resolución del Ministerio del Interior de 4 de abril de 1981, que desestima el recurso de alzada formulado contra otra del Gobierno Civil de Baleares de 22 de mayo de 1980, por las que se impone a la entidad recurrente cuatro multas de 10.000 pesetas por infracciones del Reglamento del juego del Bingo, debemos declarar y declaramos que la resolución recurrida no es conforme a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

**56. LICENCIA DE OBRAS.** Otorgada sin la presentación del proyecto técnico. Vicio sustancial. Medida arbitraria. Intervención administrativa en la actividad privada. La licencia de apertura cuando se refiere



a establecimientos de características determinadas se tiene que otorgar antes que la de obras. Terrenos no urbanizables. Régimen jurídico: art. 86 de la Ley del Suelo y Plan Provincial. Area agrícola ganadera y paisaje protegido. Uso exclusivo permitido: utilización agrícola ganadera y uso de vivienda anexa a la explotación. *Sentencia de 8 de junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que por la parte recurrente se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1º) Las resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Pollensa de 6 de junio de 1979 por la que se concedió licencia para la práctica de mini-karting en los terrenos denominados Can Seguinot de la zona Es Vilar y de 10 de diciembre de 1980 por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra aquélla; y 2º) Los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del mismo Ayuntamiento de 5 de diciembre de 1977 por el que se concedió licencia de obras para la construcción de una pista de mini-karting en los terrenos denominados Can Seguinot en la zona de Es Vilar y la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra dicho acuerdo.

CONSIDERANDO: Que para la concesión de la licencia de obras de 5 de diciembre de 1977, el Ayuntamiento tuvo solamente en cuenta la solicitud del interesado y un simple plano, es decir, se ha otorgado la autorización municipal sin que el solicitante hubiera presentado previamente el proyecto técnico de la obra, requisito exigido de modo imperativo y necesario por el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, y lo que no puede ofrecer duda (folios 71, 72 y 73, en los que constan informes del Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares, del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de Baleares y del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales también de Baleares) es que la licencia de obras concedida *sin que a la solicitud se acompañe el preceptivo proyecto técnico* de la obra a realizar constituye un *vicio sustancial*, pues la necesidad de la previa licencia para llevar a efecto las obras constituye una modalidad de la intervención administrativa en la actividad privada, limitativa del ejercicio del derecho de propiedad y justificada por la necesidad de acomodar las obras proyectadas a la regulación vigente, cuya competencia corresponde en principio a las Corporaciones Municipales, y, naturalmente, el otorgamiento de la licencia sin previo examen del proyecto correspondiente y sin conocer por lo tanto si las características de la obra respetan o no las normas establecidas, implica una medida administrativa totalmente arbitraria, con la que se desconocen los intereses generales cuya tutela confía la Ley a las Corporaciones otorgantes de la necesaria autorización (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1970).

CONSIDERANDO: Que es igualmente observable una inversión en la concesión de las licencias —la de obras el 5 de diciembre de 1977 y la de actividad el 6 de junio de 1979—; y según la doctrina sustentada en esta materia por la Jurisprudencia, tales licencias para el ejercicio de las denominadas actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, constituyen una modalidad de la intervención administrativa en la actividad de los administrados con el fin de impedir perturbaciones de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadana, que como aspectos del Orden Público fundamentan tal intervención, puesto que en sustancia tratase concretamente de autorizar la apertura de establecimientos industriales o mercantiles a los que es de aplicar lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; según el que cuando con arreglo al proyecto presentado la edificación de un inmueble se destina específicamente a establecimientos de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuere procedente, toda vez que en estos casos *debe primer el destino específico industrial de la construcción sobre la obra misma*, porque además siendo la razón de ser de dicha autorización en su faceta de licencia municipal de apertura la que al Ayuntamiento impone el artículo 101, número 2º, apartado h, de la Ley

de Régimen Local, texto Articulado de 24 de junio de 1955, para velar por la seguridad de personas y bienes, exige que los locales donde hayan de instalarse los establecimientos dedicados a industria, comercio... reunan aquellas condiciones precisas desde los puntos de vista sanitario, urbanístico y además que según la actividad —en el caso de autos peligrosa y molesta— a que se destinen aquellos locales sean pertinentes, y de ahí el que la licencia de apertura de estos establecimientos tenderá a verificar si los locales o instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad y las que en su caso estuvieran dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados (sentencia de 13 de diciembre de 1977).

**CONSIDERANDO:** Que, como consta en la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Pollensa, los terrenos denominados Can Seguinot en la zona de El Vilá en los que se encuentra construida una pista para la práctica del mini-karting, “desde la aprobación del R.D. 1346/76, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo, los terrenos de referencia tienen la calificación de terrenos no urbanizables”, siendo “las condiciones de edificabilidad las que resultan de la aplicación del artículo 86 de la Ley del Suelo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.3 y lo que determina el Plan Provincial”; otra certificación de la Comisión Provincial de Urbanismo, traída a los autos en periodo probatorio dice que “dichos terrenos están calificados en el Plan Provincial de Ordenación de Baleares de área agrícola-ganadera y paisaje protegido...” con “uso exclusivo permitido” para “utilización agrícola ganadera y uso de vivienda anexa a la explotación” y “en ellos no podrán introducirse utilizaciones u obras que afecten a su espontánea o tradicional dedicación, y se prohíbe la instalación de servicios e industrias”; y, por último, también en periodo de prueba, el Arquitecto Municipal informa que “de acuerdo a la Ley del Suelo, tanto en 5 de diciembre de 1977 como el 6 de junio de 1979, los terrenos de Can Seguinot constituían suelo no urbanizable... sujetos a las limitaciones que se establecen en el artículo 85 de la Ley del Suelo, así como a las normas que establece el Plan Provincial de Baleares para áreas agrícola-ganaderas en paisaje protegido, artículos 74, 77, 176, 177 y 178”.

**CONSIDERANDO:** Que los artículos 85 y 86 de la Ley del Suelo preceptúan que en terrenos que se clasifiquen como suelo no urbanizable no se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca y se ajusten en su caso a los planes o normas del Ministerio de Agricultura, así como las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas; sin embargo, podrán autorizarse, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 43 punto 3, edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población; entre los cuales, naturalmente, no puede incluirse una actividad de mini-karting.

**CONSIDERANDO:** Que no es obstáculo para la estimación de la pretensión ejercitada el que los referidos artículos se refieran a construcciones e instalaciones; pues el artículo 178.1 somete a la exigencia de previa licencia los actos de edificación y uso del suelo, es decir, que aparte de las actividades de construcción o edificación, existen otras sujetas a licencia de urbanismo que no tienen por objeto legitimar la ejecución de una obra, sino de legitimar el uso y, por tanto, de las actividades consiguiente a éste, y es indudable que según el artículo 58.1.1.º el uso de los predios no podrán apartarse del destino previsto, ni cabía efectuar en ellos explotaciones de yacimientos, fijación de carteles de propaganda, movimientos de tierra, cortas de arbolado o *cualquier otro uso análogo en pugna con su calificación urbanística*, su legislación especial o de modo distinto al regulado en el Plan; en definitiva, es indudable que cuando el uso no sea la edificación cualquiera que éste sea será necesaria la realización de unas obras, las que requerirán la correspondiente licencia previa, que no podrá concederse si pugnan con la calificación del terreno en el que vayan a realizarse.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia, procede la estimación de las demandas; sin que, por otra parte, se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131

de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que estimando las demandas interpuestas por el Procurador D. Antonio Nicolau de Montaner, en nombre y representación de D. M. L. V., contra la resolución de la Alcaldía de Pollensa de 6 de junio de 1979, que concedió licencia para la práctica del mini-karting en los terrenos denominados Can Seguinot de la zona de Es Vilar, y de 10 de diciembre de 1980 que desestimó el recurso de reposición formulado contra aquella; y contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de Pollensa de 5 de diciembre de 1977 por el que se concedió licencia de obras para la construcción de una pista de mini-karting en los terrenos citados, así como contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra aquél, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos no son conformes a Derecho, procediendo su nulidad; sin hacer expresa imposición de las costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 61

**61. ACTOS EFECTUADOS SIN LICENCIA.** Denegación de la licencia. Orden de demolición no ejecutada. Aquietamiento del interesado. El Consell debe disponer directamente la demolición a costa del interesado. Imposición de costas. *Sentencia de 5 de julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que siendo esto así, son evidentes las dificultades del recurrente para interponer un recurso que, por ello, hay que calificar como temerario, pues las ha soslayado introduciendo en su demanda unos motivos que, o bien, no tienen relación con los actos impugnados por referirse a la actuación municipal previa a la actuación del Consell, con el olvido que parece deliberado, de que se aquietó a toda la actuación municipal, cuyos actos devinieron firmes por ello y además sin perjuicio de que también sean conformes al ordenamiento jurídico que aplicaban (los tres primeros números del artículo 184 de la Ley del Suelo y los cuatro primeros del artículo 29 del Reglamento de Disciplina Urbanística), o bien confunden de manera, al parecer también deliberada, la actuación administrativa de protección de la legalidad urbanística, con el procedimiento sancionador derivado de las infracciones urbanísticas a que se refieren los artículos 225 y siguientes de la Ley del Suelo, regulado en la Sección Tercera (artículos 59 y siguientes) del Capítulo Primero del Título III del Reglamento citado; confusión inexplicable pues no solo no se ha instruido todavía ningún expediente sancionador al recurrente, sino que además, aunque se hubiera hecho, sería "con independencia de las medidas previstas en los artículos 184 y 187 de la presente Ley y de las responsabilidades de orden penal en que hubieran podido incurrir los infractores", en palabras del artículo 225 de la Ley del Suelo.

**CONSIDERANDO:** Que por todo lo expuesto procede la confirmación de los actos recurridos, condenando al recurrente al pago de las costas del proceso.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

D. A. M. P., contra los acuerdos del Consell General Interinsular de Baleares de 23 de Febrero y de 22 de Abril de 1981 que ordenaron demolición de obras realizadas por el recurrente sin licencia, debemos confirmarlos y los confirmamos como ajustados al Ordenamiento Jurídico, condenando al recurrente al pago de las costas del proceso jurisdiccional.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

## 62

**62. EXCEPCION DE ACTO FIRME IMPROCEDENTE.** El Ayuntamiento no sólo admitió a trámite la segunda petición sino que resolvió y ofreció los recursos pertinentes resolviendo igualmente el recurso de reposición. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no aplicar el recurso contencioso al acto expreso resolutorio del recurso administrativo. **EL EDIFICIO NO ALCANZA LA ALTURA MINIMA Y ADEMAS ESTA FUERA DE ORDENACION. OBRAS QUE TIENEN UN CARACTER PROVISIONAL.** *Sentencia de seis de julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte desestimatoria debe seguir el segundo de los obstáculos esgrimidos, porque, según reiterada jurisprudencia, de la que es expresión la sentencia de 11 de mayo de 1979, la resolución expresa denegatoria de la reposición no es distinta de la desestimación presunta impugnada en el escrito de interposición al amparo del instituto del silencio administrativo negativo, establecido a favor de los administrados, permitiéndoles recurrir a esta vía jurisdiccional desde que transcurre el plazo legal señalado para entender desestimada la reposición; y el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional permite deducir indistintamente el recurso contencioso contra el acto, objeto del de reposición, contra el desestimatorio de ésta o contra ambos a la vez, por lo que el actor, al impugnar el acuerdo objeto de reposición y el desestimatorio de ésta, no necesitaba acudir a hacer uso de la facultad de ampliación de recurso del posterior acto expreso, facultad que el artículo 46 concede a los recurrentes para ampliar el recurso si antes de formalizar la demanda la Administración dictase algún acto que guardase relación con los impugnados en el recurso contencioso-administrativo en tramitación, pero que se refiere a los actos posteriores que sean distintos a los iniciales del recurso, y es innecesaria cuando la posterior resolución expresa no modifica la impugnada, pues el artículo 46 no es de derecho necesario, sino facultativo en estos casos, como lo revela la expresión "el demandante podrá solicitar", y no tiene porque hacer uso de esa facultad ya que la resolución impugnada recaída por silencio, o sea, la desestimación presunta, tiene la plenitud jurídica de un acto declaratorio de voluntad, puesto que significa quedar pronunciada una decisión.

**CONSIDERANDO:** Que, tal como explora la parte actora, la facultad de edificar es inherente al derecho de dominio, como se reconoce en el artículo 348 del Código Civil, y si bien es necesario ante la normativa vigente obtener con carácter previo —normalmente del Ayuntamiento— la oportuna licencia, es también cierto que ésta no concede ningún derecho ex novo, no es constitutiva de derecho inexistente, sino que el organismo competente se limita a negarla u otorgarla con carácter *reglado*, según exista o no alguna limita-

ción legal que impida en todo o en parte realizar la obra solicitada; por ello resulta procedente examinar las causas por las que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca deniega la licencia a las obras de autos, y que, como queda expresado se reducen a dos: 1ª) El edificio no alcanza la altura mínima de 10 metros que le corresponde según el plano de Zonificación y Alturas, artículo 186 de las vigentes Ordenanzas Municipales, las cuales determinan una edificación de planta baja más 2 pisos; y 2ª) Se halla fuera de ordenación, no pudiéndose incrementar el volumen del mismo de acuerdo con el artículo 60 de la Ley del Suelo y el artículo 8 de las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones.

**CONSIDERANDO:** Que, efectivamente, según las citadas Ordenanzas, la altura mínima edificable es de 10 metros (certificación del folio 50), por lo que es incuestionable la infracción puesta de relieve por la resolución recurrida, ya que según el dictamen pericial que obra al folio 44, rendido por el Arquitecto Técnico A. M. F. V. el edificio de autos tiene una altura máxima de 4,80 metros y mínima de 4,30; es más, en los documentos y planos redactados a instancia del actor por el Arquitecto D. S. C. B. a efecto de la legalización de las obras citadas se fija como uno de los Datos límite de la normativa una altura mínima de 10 metros y máxima de 14; por ello es claro que lo expuesto bastaría para desestimar, por contravenir una norma urbanística vigente, la pretensión ejercitada, pero es que, además, el edificio se halla fuera de ordenación, y por ende, es aplicable el artículo 60 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 que prohíbe las obras de consolidación, *aumento de volumen*, modernización o incremento de su valor de expropiación, y sólo autoriza las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble, así como, en casos excepcionales, las obras parciales de consolidación —en el caso de autos ni existe excepcionalidad ni se trata de consolidar el inmueble cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas; y a esta conclusión no se opone la alegación —ratificada por el perito que dictaminó en autos— de que las obras tienen un carácter provisional, porque el artículo 58 del citado texto legal establece que podrán autorizarse sobre los terrenos usos y obras justificadas de carácter provisional, pero previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo y con la condición de que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización, y la autorización aceptada por el propietario deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad; y el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 determina en su número 6 que estarán sujetos a previa licencia las obras que hayan de realizarse con *carácter provisional* a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 del texto refundido de la Ley del Suelo, y ello sin contar que su número 1 la exige para las obras de construcción, edificaciones e *instalaciones de todas clases* de nueva planta; debiendo, por último patentizarse la rigidez interpretativa que el Tribunal Supremo utiliza en los supuestos en que se discute la necesidad de licencia, sirviendo de ejemplo las sentencias de 1 de febrero de 1980, que la exige para la construcción de nuevos cobertizos, y la de 3 de mayo del mismo año, que la estima necesaria para la construcción de galerías acristaladas y similares.

**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 condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado d. A. A. B., en nombre y representación de D. J. R. P., contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 18 de marzo de 1981, que deniega al actor la licencia de obras para legalizar las de ampliación de un local sito en la calle Sargento Moragues Vidal número 27, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra aquél, debemos declarar y declaramos que dichos acuerdos impugnados se ajustan a Derecho; sin hacer expresa declaración de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 66

**66. PROYECTO DE URBANIZACION.** Aprobación por silencio positivo. Sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. **Notificación defectuosa.** Surtirá efectos a partir de la fecha en la que se haga manifestación expresa en tal sentido. *Sentencia de 15 de julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que los Arquitectos D. L. B. M. I., D. V. A. R. y D. A. P. L. dictaminan, en relación con los documentos exigidos por el artículo 11 de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956, que "examinada la documentación del Proyecto de Urbanización Los Delfines se han observado las siguientes deficiencias: 1. Con respecto al Proyecto de Red de Baja Tensión del Polígono 2 faltan el Estado de Mediciones, el Presupuesto y el Pliego de Condiciones. El resto de Documentos carece de firma y no está visado por ningún Colegio Profesional. 2. Con respecto al Proyecto de Red de Baja Tensión del Polígono 3 falta el Estado de Mediciones, Presupuesto y Pliego de Condiciones. 3. Con respecto al Proyecto de Ampliación de la Red de Baja Tensión del Polígono 3 faltan el Presupuesto y el Pliego de Condiciones. 4. Con respecto al Proyecto de Alumbrado del Polígono 3 falta el Presupuesto. 5. No existe Proyecto de Alumbrado del Polígono 2; con lo que queda patentizada la infracción del referido precepto y, en definitiva, la legalidad de la resolución recurrida.

**CONSIDERANDO:** Que respecto a la solicitada aplicación de la doctrina del silencio administrativo positivo, ha de decirse que entre los numerosos problemas que plantea la aplicación de esta institución el realmente decisivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida en aquellos casos en que la pretensión ejercitada por el solicitante no es conforme a Derecho; y la Jurisprudencia ha resuelto el problema adoptando tres posiciones: la primera establece que el silencio positivo sustituye al acto expreso a todos los efectos, es decir, producido aquél el proyecto queda aprobado en sus propios términos; así la sentencia de 20 de mayo de 1966, confirmando la doctrina de otras anteriores, dice que el silencio positivo —aún reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la Administración— opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Administración pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues transcurrido éste, sólo le queda a aquélla el instrumento de la lesividad, por lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podría revocarlos de oficio, sino a través de la lesividad, principio programático de ineludible observancia; una segunda corriente (sentencias de 9 de diciembre de 1964 y 18 de marzo de 1970) afirma que el silencio positivo suple el acto expreso pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, por lo que aquéllas llaman la atención sobre el gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, ya que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocerlos, y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley; y la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y el reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978 han optado por esta solución a propósito de las licencias urbanísticas ganadas por silencio positivo, dando, pues, prioridad a la defensa de la legalidad sobre la conveniencia del tráfico jurídico; y, por último, la terce-

ra postura jurisprudencial de la que son ejemplo las sentencias de 2 de abril de 1975 y 22 de diciembre de 1978, sigue la línea, desde luego no definitiva, de que con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas, enseñando aquellas resoluciones que no cabe acudir al silencio administrativo positivo para lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no había podido otorgar nunca o sería nulo de pleno derecho si lo hubiera concedido.

**CONSIDERANDO:** Que descartada la primera de las soluciones citadas, que resulta de un excesivo automatismo y provoca que los particulares puedan obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce y en contra del interés general, la aplicación al caso de autos de la segunda es obligada en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley del Suelo, que claramente dice que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyecto, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento; y el de Disciplina Urbanística preceptúa, en el mismo sentido, en su artículo 5.1 que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación; y también el Reglamento de Planeamiento dice que no habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan de que se trate, y que la aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a Planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del Plan esté sometida a requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos; y, como queda expresado, el proyecto de autos infringe lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley del Suelo, como la falta de Pliegos de Condiciones y Presupuestos, expresamente requeridos, por lo que la doctrina del silencio positivo resulta totalmente inaplicable.

**CONSIDERANDO:** Que, subsidiariamente, se alega por la parte actora la necesidad de retrotraer el expediente de aprobación del proyecto de urbanización hasta la fecha de 28 de marzo de 1977, en la cual la Comisión Provincial de Urbanismo acordó no aceptar la modificación del acuerdo de la misma de fecha 20 de diciembre de 1976 propuesto por aquélla; y ello por falta de notificación de dicho acuerdo; pero el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en su apartado 3 que las notificaciones defectuosas —y ha de entenderse, por la propia esencia del precepto, la falta de notificación— surtirán efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente; pues bien, el propio recurrente afirma que “se presentó ante la Comisión Provincial de Urbanismo para presentar la documentación que se le había reclamado, pero en dicho organismo le informaron que la referida documentación debía ser remitida por el Ayuntamiento de Ciudadela. Unos días después —el 18 de abril de 1977— se presentó la documentación ante el Ayuntamiento de Ciudadela”; con lo que, como expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1962 y 2 de noviembre del mismo año, resulta que en la fecha señalada hizo manifestación expresa en el sentido de habérsele notificado lo acordado y se dió por enterado de la resolución administrativa, por lo que es de concluir que la notificación, mejor dicho, la falta de notificación, quedó convalidada y es de aplicación al caso lo expuesto en el citado párrafo 3 del artículo 79; y sin desconocer las críticas que esta doctrina ha suscitado, en el caso de autos debe servirle de apoyo: 1º) Que al tener conocimiento de la resolución —innegable, pues, como queda expuesto dio cumplimiento parcial a la misma— no sólo se cumplió el fin que toda notificación tiene: poner en conocimiento un acto anterior, sino que en manera alguna puede hablarse de indefensión; 2º) Que a lo largo del expediente tuvo innumerables ocasiones de aportar los documentos solicitados en el acuerdo; y 3º) Que una alemtal aplicación del principio de economía procesal y del favor actis, impiden la retroacción solicitada, que sólo produciría una reproducción de lo actuado, en cumplimiento de un rígido e inoportuno formalismo.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas, en nombre y representación de D. L. G. S., contra la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares de 1 de abril de 1980, denegatoria del Proyecto de Urbanización Los Delfines del término de Ciudadela, y contra la denegación presunta del recurso de alzada interpuestos en el Consell General Interinsular de las Baleares, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

## 67

**67. SANCIONES ADMINISTRATIVAS.** Solve et repete. Tiene que venir impuesto por una norma con categoría de Ley. Nulidad al no haber nombrado instructor ni practicado pruebas. Improcedencia por inútil. El ejercicio del poder sancionador debe regirse por los mismos principios de orden penal clásico: tipicidad, legalidad. Una sola sanción continuada y no varias. *Sentencia de 20 de julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que impugnados en el presente proceso contencioso-administrativo, dos actos administrativos distintos: el Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 14 de Diciembre de 1979 (nº 5561/79) por el que se impusieron al demandante X., S.A., veintitrés multas y el Decreto de la misma Alcaldía de 10 de Marzo de 1981, por el que se declaró inadmisibile por impago previo de las multas el recurso de reposición interpuesto contra el primero, es preciso comenzar los razonamientos que constituyen la premisa de esta sentencia, con el examen del último de ellos, pues de ser ajustado a Derecho, impediría entrar en el fondo de la cuestión debatida consistente en la conformidad o no, con el Ordenamiento jurídico, de las veintitrés sanciones pecuniarias impuestas a la sociedad recurrente; y sobre esta previa cuestión, basta con repetir el tercer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1980 que en pocas palabras aclara que la regla "solve et repete" ha sido sometida a una eficaz revisión por la Jurisdicción contencioso-administrativa, que la ha configurado dentro de sus propios y naturales términos, interpretando primero restrictivamente el artículo 6 de la Ley primitiva y después el 57) apartado e) de la vigente, y finalmente, a partir de la sentencia de 12 de Febrero de 1972, sobre el respaldo legal que le dió la concreción del apartado 4 del artículo 132, al ser reformado por Ley de 17 de Marzo de 1973, ha terminado sentando como doctrina legal del Tribunal Supremo, la de que "el previo pago para recurrir en los supuestos de multa, habrá de venir impuesto por una *norma con categoría de Ley* y no por cualquier otra de categoría inferior" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1973, seguidas por las de 27 y 30 de igual mes y año y 6 de julio siguientes, 17 de Mayo, 22 de Septiembre y 9 de Noviembre de 1974, 12 de Marzo y 22 de Octubre de 1975 y 22 de Abril de 1976);



categoría de rango de Ley que no se puede predicar del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Organizaciones Locales de 17 de Mayo de 1952, en cuyo artículo 323 se basa el acto administrativo impugnado para declarar inadmisibles el recurso de reposición y no entrar en el examen de la procedencia de las sanciones impuestas en el acto recurrido y por cuya razón debe ser declarado no conforme a Derecho, para entrar en el examen del fondo de la cuestión planteada o contenido del primer acto administrativo impugnado.

**CONSIDERANDO:** Que a este respecto, es preciso rechazar en primer lugar, las alegaciones del demandante referidas a la nulidad de pleno derecho de este acto sancionador, por "haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello" (artículo 47, 1, c) de la Ley de Procedimiento administrativo), pues si bien es cierta la aplicabilidad del procedimiento sancionador de esta Ley, a la imposición de multa en base a las ordenanzas municipales, por la inexistencia de un procedimiento de esta clase en el ámbito de la Administración Local, razón por la que no pudo ser enumerado en el Decreto de 10 de Octubre de 1958, dictado por el Gobierno en aplicación de la Disposición Final 3 de la Ley, en relación a su artículo 1º, 2 y por la necesaria aplicación supletoria de sus preceptos determinada en el artículo 1º, 4, no es menos cierto que el acto de la imposición de las sanciones no solo no prescindió *total y absolutamente* del procedimiento sancionador establecido en los artículos 133 y siguientes de la Ley, para que pueda ser declarado nulo de pleno derecho con arreglo al precepto invocado, por cuanto fue dictado en virtud de las denuncias que narraban los hechos imputados y después de recibir escrito del denunciado de descargo (hecho segundo de la propia demanda), sino que además y dada la naturaleza simple y escueta de los hechos denunciados (colocación de carteles en la vía pública) y el que no fueran negados por el denunciado en su escrito de descargo (folios 26 y 27 del expediente) tampoco podría acordarse su anulabilidad al amparo del artículo 48, 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por la falta de nombramiento de Instructor y práctica de pruebas de los artículos 135 y 136 de la Ley, al resultar trámites inútiles y por lo tanto, de ningún modo indispensables para alcanzar su fin y menos aún porque hubieran dado lugar a la indefensión del interesado, pues éste tuvo conocimiento de las denuncias y alegó lo que tuvo conveniente en descargo de los hechos denunciados.

**CONSIDERANDO:** Que entrando ya en el verdadero fondo de la cuestión debatida, relativa a si las sanciones impuestas lo fueron con arreglo a Derecho, tanto en su calificación jurídica, como en su cuantía, es evidente respecto al primer aspecto, que el acto administrativo al imponerlas y tal como acertadamente lo analizó el Tribunal Económico Administrativo al declararse incompetente, aplicó adecuadamente el artículo 163 de las Ordenanzas Municipales de Policía y Buen Gobierno de 21 de Noviembre de 1914, unidas a los autos, pues en tal precepto se prohíbe "poner ningún anuncio o cartel, de cualquier clase que sea, sino en los sitios destinados a este objeto, ateniéndose a las reglas que dicte la Autoridad Municipal y habiendo satisfecho el arbitrio fijado"; con lo que las infracciones fueron correctamente tipificadas al tratarse del hecho de "pegar carteles en la vía pública, sin permiso", como literalmente dicen las denuncias.

**CONSIDERANDO:** Que en lo que se refiere al segundo aspecto, el de su cuantía, es preciso recordar lo que ya se ha dicho en otras sentencias de esta Sala, entre las que figura como más reciente la número 57 de 18 de Junio de 1982, a saber, que el ejercicio del poder sancionador de la Administración, debe regirse por los mismos principios de orden penal clásico, tal como lo viene declarando incansablemente la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, principalmente en lo que se refiere a los de tipicidad de la infracción y legalidad de la sanción; siendo en este orden de cosas fundamental la existencia en el orden jurídico penal de la figura de la infracción continuada que, —como dice la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1980, recogiendo la doctrina legal de la última década— "no es mera ficción, ni expediente de política criminal, sino ente real, dotado de vida propia, ontológica y esencialmente autónomo e independiente, que concurre cuando se detectan sus elementos estructurales: pluralidad de acciones, homogeneidad de éstas, unidad de precepto violado, unidad de sujeto activo y sobre todo, designó único o intención omnicomprensiva"; por lo que es evidente, que al tratarse en el caso presente de veintitrés carteles colocados en la misma vía pública, por la misma em-

presa, en corto espacio de tiempo y con el mismo designio o intención, el actor administrativo debió considerar los veintitrés hechos como una sola infracción continuada, tal como se lo indicaron, antes de resolver el recurso de reposición, los informes del Negociado de Multas y de los Servicios Jurídicos Municipales, e imponer una sola multa en la cuantía que establece la Disposición Adicional novena del Real Decreto Ley 11/1979 de 20 de Julio; por lo que procede, estimando el recurso solo en lo que a este aspecto se refiere, anular parcialmente los actos impugnados, para imponer la sanción en la cuantía que corresponde con arreglo a la Ley.

**CONSIDERANDO:** Que no existen méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por X., S.A., contra el Decreto de la Alcaldía de Palma número 4561/79 por el que se impusieron a dicha entidad, veintitrés multas de 15.000 pesetas cada una y contra el Decreto de la misma Alcaldía que declaró inadmisibile su reposición, debemos declarar y declaramos tales actos administrativos no del todo conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos parcialmente, para imponer al recurrente una sola multa en cuantía de 15.000 pesetas, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

## 69

**69. APLICACION DE CONVENIO COLECTIVO.** Facultad sancionadora de la Administración laboral. *Sentencia de 23 de julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que siendo el objeto del presente recurso, la resolución de la Delegación de Trabajo de Palma de 24 de Enero de 1981, por la que se impone a la empresa recurrente una multa de 25.000 ptas. en aplicación del artículo 57, 3 de la Ley 8/1980 de 10 de Marzo (Estatuto de los Trabajadores), por dos hechos que infringen determinadas cláusulas del Convenio Colectivo de 9 de Mayo de 1980, suscrito entre los Trabajadores y la entidad recurrente y como quiera que ésta acepta los hechos en su escrito de demanda, el ámbito del recurso queda circunscrito a determinar si con arreglo a la legislación vigente, tales hechos integran la infracción administrativa que ha sido sancionada.

**CONSIDERANDO:** Que como ya se dijo en otra reciente sentencia de esta Sala (nº 63 de 8 de julio), sobre este problema así delimitado, es preciso recordar que el artículo 3.1 del Código Civil, determinante a tenor de lo establecido en el artículo 149, I, 8º de la Constitución Española, de la forma y modo de aplicación de las normas jurídicas, establece que éstas deberán interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas; atención fundamental que también ha sido puesta de manifiesto por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, de conformidad con la originalidad del sistema español

respecto al de otros derechos continentales, es consagrada como fuente de derecho complementaria en el artículo 1º. 6 del mismo Código Civil, en reiterada y constante doctrina de hermenéutica legislativa, ha desarrollado ampliamente el criterio de la interpretación finalista como primordial, haciendo suyo el antiguo principio romano de "ea autam quae sunt propter finem", sin dejar por ello de aplicar el principio de la comunidad en cada momento histórico (Sentencia de 21 de Noviembre de 1934), la evitación del absurdo (Sentencia de 30 de Noviembre de 1943) y el elemento lógico de la norma, según su finalidad jurídica, para imponer interpretación restrictiva (favorabilidad ampliada, odiosa restringenda) para el derecho sancionador o el limitativo de los derechos y para evitar distinguir donde la Ley no distingue (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus).

**CONSIDERANDO:** Que a la luz de estas reglas interpretativas, resulta indubitado que las infracciones de las cláusulas de los convenios colectivos no son infracciones laborales a tenor del contenido literal del artículo 57, uno, del Estatuto de los Trabajadores que define las de los empresarios como "acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de Trabajo" y ello por las siguientes razones: a) porque una interpretación finalista de la Ley en su totalidad, principalmente de su artículo primero (ámbito de aplicación), de su artículo segundo (relaciones laborales de carácter especial) y de los artículos cuarto y quinto (derechos y deberes laborales), nos muestra que el Estatuto, contrariamente al espíritu y finalidad de la legislación anterior derogada minuciosa y expresamente en la Disposición Final Tercera, configura las relaciones laborales como de derecho dispositivo (ius dispositivum) o dependienten de la autonomía de la voluntad, una vez desaparecidos en la Constitución y en el propio Estatuto, los obstáculos al equilibrio contractual mediante la consagración del derecho de huelga y de la libertad sindical que, al no existir en la legislación derogada, obligaban a una mayor intervención tuitiva de la Administración y colocaban los convenios en el mismo nivel que todas las disposiciones legales laborales, como normas de derecho necesario (ius cogens); b) porque el "sentido propio de las palabras", "disposiciones legales", del artículo 57, uno, es contrario a incluir en su ámbito los convenios, definidos en el artículo 82, uno, como "acuerdo libremente adoptado en virtud de su autonomía"; y finalmente c) porque la interpretación sistemática del precepto definidor de la infracción, en relación con el contexto del Estatuto, nos lleva a la misma conclusión, puesto que las facultades de la Administración respecto a los convenios, se limitan a "los solos efectos del registro" (artículo 90, dos) e incluso cuando estimen que se oponen a la legalidad vigente, no puede ejercer poder sancionador, sino que deben dirigirse a la jurisdicción competente (artículo 90, cinco).

**CONSIDERANDO:** Que contra tan contundentes argumentos no puede prevalecer el único empleado por la Administración demandada, basado en el hecho —que ha probado en autos— de que el convenio infringido se empezó a negociar antes de la entrada en vigor del Estatuto y por consiguiente debe regirse "por las normas vigentes en el momento de constituirse la comisión negociadora", a tenor del contenido de su Disposición Transitoria quinta, pues dicha disposición transitoria ha de entenderse en sus propios términos, es decir, que en estos casos de negociación anterior, las normas legales del Título III del Estatuto (De la Negociación y de los Convenios Colectivos), han de ser sustituidas por las normas de la legislación vigente en aquel momento, pero nunca extender esa legislación derogada a sustituir la aplicabilidad del Título IV del Título I (Infracciones y Sanciones), pues ello supondría interpretación extensiva de preceptos sancionadores y distinguir donde la Ley no distingue.

**CONSIDERANDO:** Que por todas estas razones, procede la estimación del recurso, por ser los actos impugnados contrarios al Ordenamiento Jurídico, sin que existan méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa "X., S.A." contra la Resolución de la Delegación de Trabajo de Baleares de fecha 24 de Enero de 1981, que le impuso sanción por infracción en materia laboral y contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 de julio de 1981, que desestimó recurso de alzada de la anterior, debemos declarar y declaramos tales actos contrarios al

Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

## C. INDICE ANALITICO

## Actos

- Motivación, 43
- Nulidad, 64, 67, 68

## Concejales

- Renuncia al cargo, 45

## Contrato

- Cancelación de fianzas, 40
- Daños y perjuicios, 41
- De concesión de servicios, 37, 49
- De obras, 39, 40, 41
- Intereses, 39, 40
- Recepción provisional, 41

## Convenio colectivo, 52, 69

## Costas

- Imposición, 61

## Cuestión nueva y argumento nuevo, 45

## Daños y perjuicios, 57, 64

## Derogación singular, 38

## Desviación de poder, 44, 64

## Dominio público

- Uso privativo anormal, 71

## Expropiación forzosa

- De un pozo, 37

## ERROR DE HECHO, 44

## FUNCIONARIOS

- Antigüedad, 42
- Coefficientes retributivos, 70
- Complemento de destino, 51
- Nombramiento con falta de formas, 42

## IMPUESTO

- Incremento del valor de los terrenos
- Base imponible, 47
- Hecho imponible, 60

## Radicación

- Base imponible, 53
- Hecho imponible, 53

## INADMISIBILIDAD DEL RECURSO

- Acto del Consejo General del Colegio de Farmaceuticos, 58
- Adecuación objeto escrito interposición y suplico demanda, 51, 55
- Defecto en proponer demanda, 39, 40, 41
- Recurso contencioso al acto expreso resolutorio del recurso administrativo, 62
- Resolución Ministerio del Interior, 65

## INTERPRETACION NORMAS

- Finalista, 63

**LICENCIA DE APERTURA, 56****LICENCIA DE OBRAS**

- Denegación de prórroga al amparo del art. 27 de la L.S., 64
- General, 55
- Prórrogas ajustadas a derecho, 68
- Suspensión y anulación indirectas, 64
- Suspensión por modificación del Plan General, 44
- Suspensión automática y facultativa, 44
- Vicios, 56

**MIEMBRO AYUNTAMIENTO EN LOS ORGANOS DE DIRECCION Y GESTION ECONOMICA DE LOS CENTROS PUBLICOS DOCENTES DEL MUNICIPIO, 63**

**NOTIFICACION DEFECTUOSA, 66**

**OFICINA DE FARMACIA**  
Traslado, 58

**OBRAS SIN LICENCIA**

- Suspensión, 59
- Orden de demolición, 61

**SANCIONES**

- Contenido esencial de los derechos, 54
- Garantías procesales, 46, 48, 54
- Libertades solo reguladas por Ley, 54
- Nulidad improcedente, 67
- Solve et repete, 67
- Pliego de cargos, 57
- Potestad de sancionar atribuida por Ley formal, 46, 48, 54
- Principios a los que han de acomodarse, 46, 48, 54, 57, 67
- Sanción continuada, 67
- Tipicidad, 54

**URBANISMO**

- Adaptación de Planes, 43
- Area agrícola ganadera, 56
- Cesiones art. 84., 43
- Disposiciones Transitorias de la Ley del Suelo, 43
- Fuera de ordenación
- Plan especial nulidad, 68
- Plan Parcial, 50
- Proyecto de Urbanización, 66
- Suelo no urbanizable, 56

## II. SALA DE LO CIVIL (1)

### A. INDICE CRONOLOGICO

85. **Separación matrimonial.** Carácter retroactivo de la Ley 30/1981. Conducta injuriosa de la esposa afectada de "celomanía" constituye causa legal de separación. Infidelidad conyugal: la constituye el haber tenido el marido relaciones esporádicas después de separado de hecho al no constar que ello fuera consentido por ambos cónyuges. Superación del concepto separación-sanción sustituido por el de separación-remedio. Modificación de oficio del fallo de primera instancia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982\**.
86. **Legitimación pasiva.** Sociedad en formación: falta de personalidad jurídica. Contratos suscritos en esta fase por los fundadores: requisitos para que obliguen a la sociedad. Ratificación o aceptación tácita: inexistencia. Inscripción en el Registro Mercantil: carácter constitutivo. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982\**.
87. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del contrato por obras in consentidas: no supone in consentimiento la demora en la ejecución y supuestos en que la misma implica rebasamiento del consentimiento. Doctrina del T.S.. Obras de carácter no permanente: ostentan a la causa de resolución. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982\**.
88. **Daños y perjuicios.** Enseres propiedad del demandante instalados en finca de la que fue desahuciado y pérdida de los mismos estando en posesión de la demandada. Aplicación al caso del régimen jurídico del depósito necesario. Estimación de la demanda. Bases para la ejecución de la Sentencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

---

(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.

89. **Interpretación de contrato.** Literal. La alegada voluntad de las partes posterior al perfeccionamiento no puede alterar el sentido de tal interpretación. *Sentencia de 4 de Mayo de 1982.*
90. **Ejecución de sentencia de remate.** Incidente de previo y especial pronunciamiento. Quiebra. Crédito constante en Sentencia de remate anterior a la declaración: es privilegiado por derecho común. Alcance del artº 1319 de la L.E.C. Participación en la Junta de reconocimiento de créditos y aprobación del convenio: no hace perder el privilegio si el acreedor se abstuvo en la votación. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982\*.*
91. **Reclamación de cantidad.** *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*
92. **Daños y perjuicios.** Responsabilidad civil del dueño de la obra: le alcanza si en el contrato se reservó su vigilancia e inspección. Pensión superior al salario mínimo interprofesional: improcedencia de esta alegación defensiva por cuanto el débito se cuantifica en relación con la fecha en que se hace efectivo por tratarse de una deuda de valor. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982\*.*
93. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso incontinentes: es innecesario que el actor concrete el título de disfrute. Carga de la prueba: análisis de la misma. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982\*.*
94. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos: incumplimiento por el acreedor ejecutante del contrato subyacente o "exceptio non adimpleti contractus". Desestimación de la excepción. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*
95. **Divorcio.** Mútuo acuerdo ex artº 86-3º a) del C.C.. Prueba: suficiencia de la testifical. Censurada actitud del Juez "a quo" por rechazar la demanda por improbada: conducta que debió seguir. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982\*.*
96. **Resolución de contrato.** Supuesto incumplimiento por la demandada de su obligación de tener en su compañía a la actora: no constituye causa de resolución. Pensión: se estima pagada con los desembolsos efectuados por la primera, atendida la edad de la segunda. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982.*
97. **Separación Matrimonial.** Conducta vejatoria. Alcance de la obli-



- gación de probar a cargo del demandante y carga probatoria que compete al demandado. Análisis del material litis decisorio. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982\**.
98. **Divorcio.** Mútuo acuerdo: cese efectivo de la convivencia conyugal. Prueba: documento preconstituido. Desestimación de la pretensión. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
99. **Ejecutivo cambiario.** Nulidad del juicio por deficiente notificación del protesto. Ratificación de la doctrina de la Sala. Domicilio físicamente inexistente: validéz, en este caso, de la notificación a un vecino de la población. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982\**.
100. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas: lo son las que tienen por objeto el cambio de lugar de una puerta de comunicación interior. Conocimiento y consentimiento: diferencias. Consentimiento presunto: requisitos del acto que permite inferirlo. Análisis de la prueba. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982\**.
101. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de pago: ofrecimiento del mismo no aceptado por el acreedor y no seguido de consignación. Talón conformado: su ineficacia a tales efectos. Requisitos del pago para que surta efectos extintivos: integridad. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982\**.
102. **Separación matrimonial.** Análisis y valoración de la prueba. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*
103. **Arrendamientos rústicos.** Abandono de los cultivos por el arrendatario. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 18 de Mayo de 1982.*
104. **Separación matrimonial.** *Sentencia de 19 de Mayo de 1982.*
105. **Separación matrimonial.** *Sentencia de 24 de Mayo de 1982.*
106. **Daños y perjuicios.** Excepción de falta de legitimación pasiva: desestimación por alcanzar la responsabilidad al dueño del vehículo que lo había alquilado. Sentencia penal: es vinculante para el Tribunal civil. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982\**.
107. **Ejecutivo cambiario.** Tacha de falsedad a la aceptación: es necesario que la fórmula usada implique negación categórica de la auten-

ticidad de la firma. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982\**.

108. **Retracto arrendaticio rústico.** Caducidad de la acción: el momento inicial del término viene dado por el conocimiento de la venta. Requisitos de este conocimiento, determinación del tiempo en que tuvo lugar y valor de las presunciones a tales efectos. Inscripción y conocimiento. Análisis de la prueba. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982\**.
109. **Terceria de dominio.** Título constituido por documento privado: pleno valor del mismo frente a terceros cuando resulte acreditada la autenticidad de su fecha por referencia a otros actos con él relacionados. Tradición: la constituye el anterior arrendamiento de la cosa. Pacto de reserva de dominio: no obsta al derecho del tercerista. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982\**.
110. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Carga de la prueba de la misma. *Sentencia de 27 de Mayo de 1982\**.
111. **Ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos por incumplimiento del contrato causal: inoponibilidad de esta excepción a terceros tomadores ejecutantes. Excepciones al principio: actuación de mala fe o intervención del ejecutante en el subyacente. Facultad del tenedor de dirigir su acción contra los intervinientes en la letra. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982\**.
112. **Daños y perjuicios.** Culpa extracontractual. Prescripción: se interrumpe con la presentación de la papeleta de conciliación y no con la celebración del acto y por la de la demanda de pobreza aunque no vaya acompañada de los documentos específicos. Coexistencia de culpas: criterios jurisprudenciales. Estimación de la demanda. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982\**.
113. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso. Local arrendado al Movimiento Nacional y cedido a la Administración General del Estado al amparo del Decreto 23/1977, de 1 de abril. Estimación de la demanda. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982\**.
114. **Divorcio.** Mútuo acuerdo. Prueba del tiempo de la falta de convivencia: es suficiente la testifical. *Sentencia de 1 de Junio de 1982*.
115. **Alimentos.** Medidas provisionales de separación. Determinación

de la cuantía de los mismos: datos tenidos en cuenta. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*

116. **Venta de bienes muebles a plazos.** Naturaleza jurídica y perfeccionamiento de estos contratos. Documentos privados: fechas y justificación de la misma frente a terceros. Inscripción en el Registro Especial posterior: efectos y consecuencias. Quiebra ulterior del comprador retrotraída a tiempo anterior al contrato: desestimación de la reconvencción interesando la nulidad del contrato por este hecho. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Interpretación del n° 2 del párrafo 2° del art° 11 de la Ley reguladora de estos contratos. *Sentencia de 2 de Junio de 1982\*.*
117. **Daños y perjuicios.** Culpa extracontractual: daños a vehículo. Nexo culpa-daño. Causas y concausas. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*
118. **Reclamación de cantidad.** Insuficiencia de prueba suplida mediante diligencias para mejor proveer. Estimación de la demanda. *Sentencia de 3 de Junio de 1982\*.*
119. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por "cierre". Su concepto jurisprudencial. Carga de la prueba: incumbe al actor la de la abstención en el uso pactado y al demandado, a partir de aquí, la de que realiza actividad comercial. *Sentencia de 3 de Junio de 1982\*.*
120. **Reclamación de cantidad.** Relaciones laborales: despido. *Sentencia de 4 de Junio de 1982.*
121. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por "cierre". Análisis de la prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
122. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso. Prescripción de la acción: el plazo se inicia cuando puede ejercitarse lo que sucedió al adquirir el actor el inmueble. Consentimiento tácito: inexistencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
123. **Separación matrimonial.** Falta de prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 8 de Junio de 1982.*
124. **Separación matrimonial.** Efectos retroactivos de la Ley 30/1981.

- Infidelidad conyugal: se infiere el contagio venéreo. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
125. **Juicio ejecutivo.** En base a póliza de afianzamiento. Notificación al fiador pactada en la póliza como necesaria. Indiferencia, si es fehaciente, del medio utilizado. Carácter rigurosamente formal de estos procedimientos: falta de invocación del cauce por el que se articula la oposición: insinuación de que ello es suficiente para su desestimación. *Sentencia de 12 de Junio de 1982\*.*
126. **Daños y perjuicios.** Culpa contractual: requisitos para que proceda la acción indemnizatoria por encarecimiento de la obra. Huelgas y mal tiempo: implican caso fortuito o fuerza mayor. Cantidad retenida en concepto de garantía: aval bancario sustitutorio: procede la devolución de aquella. *Sentencia de 12 de Junio de 1982\*.*
127. **Ejecutivo cambiario.** Legitimación activa del titular del nombre comercial que figura como antefirma en el libramiento. Provisión de fondos: asunción de deuda: existe provisión. *Sentencia de 14 de Junio de 1982\*.*
128. **Separación matrimonial.** Régimen de visitas y pensión alimenticia. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
129. **Separación matrimonial.** Prueba: validez de las declaraciones de vecinos. Infidelidad conyugal y separación anterior que hace ininvocable tal causa: fundamento actual del deber de fidelidad. Conducta vejatoria: la constituyen las salidas nocturnas y públicas. Custodia de los hijos: criterios por los que debe regirse. *Sentencia de 15 de Junio de 1982\*.*
130. **Daños y perjuicios.** Daños como consecuencia de un servicio público. Fundamento de la responsabilidad. Carga de la prueba: doctrina del T.S.. *Sentencia de 18 de Junio de 1982\*.*
131. **Venta de bienes muebles a plazos.** Confirmación de la doctrina de la S. 116/1982, de 2 de Junio. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
132. **Negocio fiduciario.** Venta en garantía: concepto jurisprudencial y efectos. Acción reivindicatoria: improcedencia de la misma en base a estas estipulaciones. Dación en pago: inexistencia. Entrega instrumental: no implica tradición lo que obsta a la reivindicación.

*Sentencia de 21 de Junio de 1982\**.

133. **Arrendamiento de obra.** Trabajos realizados en finca rústica. Defensa al amparo de las distintas denominaciones de la misma: su identificación. Estimación de la demanda. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
134. **Separación matrimonial.** Concepto y fundamento de la "pensión" a que se refiere el artº 97 del C. Civil. *Sentencia de 22 de Junio de 1982\*.*
135. **Alimentos provisionales.** *Sentencia de 28 de Junio de 1982.*
136. **Costas procesales.** Estudio histórico-jurídico de la materia. Criterios para su imposición. Rebeldía del demandado que confiesa la deuda que se le reclama en posiciones: existencia de mala fé. *Sentencia de 28 de Junio de 1982\*.*
137. **Medianería.** Pared llamada de "esquene d'ase": es medianera. *Sentencia de 28 de Junio de 1982.*
138. **Acción reivindicatoria.** Supuesto de confusión de linderos entre las fincas litigiosas: hace inviable la demanda. Acción de deslinde: supuestos en que es ejercitable y requisitos. *Sentencia de 30 de Junio de 1982\*.*
139. **Contratos.** Cumplimiento. Obligaciones accesorias: su importancia en la realidad actual. Petición de instalación de un ascensor y actos propios de los demandantes que la contradicen. Rebeldía: su alcance y consecuencias. Legitimación pasiva: No la tiene el titular aparente que lo es a efectos de evitar una doble tributación. *Sentencia de 30 de Junio de 1982\*.*
140. **Reclamación de cantidad.** Confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos. Temeridad. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*
141. **Ejecutivo cambiario.** Falta de legitimación activa del accionante: es oponible como motivo de nulidad al amparo del nº 2 del artº 1467 de la L.E.C.. Reconocimiento extrajudicial de la personalidad: es determinante para el rechace del motivo. *Sentencia de 30 de Junio de 1982\*.*

142. **Divorcio. Alimentos.** Separación de hecho anterior a la Ley 30/1981. Modificación de las circunstancias y alteración de la pensión alimenticia pactada. Cuidado de los hijos: no es vinculante lo pactado para el futuro. Necesidad de oír a estos y de estar a la Resolución que en su día recaiga. *Sentencia de 2 de Julio de 1982\**.
143. **Fianza.** Carácter normalmente subsidiario de la misma. Beneficio de excusión: supuestos en que no es oponible. Desestimación de la demanda por ser aplicable el beneficio. Acción dirigida contra el fiador sin vocar al pleito al fiado. Inexistencia de falta de litis consorcio pasivo necesario. Litis consorcio necesario y litis consorcio voluntario. *Sentencia de 2 de Julio de 1982\**.
144. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Falta de pago del precio por el comprador. *Sentencia de 3 de Julio de 1982.*
145. **Servidumbre de vistas.** Acción negatoria. Servidumbre por destinación y nueva construcción que la agrava. Parificación con el porche desde el que se proyectaba con los nuevos huecos abiertos. Estimación de la demanda en cuanto a otras nuevas aperturas. Título y signo aparente: equiparación. *Sentencia de 5 de Julio de 1982\**.
146. **Reclamación de cantidad.** Cuotas debidas a una comunidad de propietarios. Pretensión reconventional reclamando materiales de construcción suministrados a un tercero y usados en la finca: desestimación de la misma al amparo de la eficacia relativa de los contratos. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
147. **Quiebra.** Retroacción e incidente sobre fijación de la fecha de la misma. Cosa Juzgada: no la constituye la sentencia desestimatoria de un incidente sobre la misma cuestión al no ser definitiva. Aportación de documentos: preclusión del momento de la misma. Distinto régimen según se actúe un interés propio o una pretensión "erga omnes" (la sindicatura, se dice, ni actúa un interés propio ni ostenta la exclusiva representación de los acreedores —vid., no obstante, artº 1366 de la L.E.C.—, ni el demandado es propiamente sujeto pasivo): inaplicabilidad, por estas razones, del artº 504 y concordantes de la L.E.C.. Concepto de sobreseimiento. *Sentencia de 6 de Julio de 1982\**.
148. **Propiedad horizontal.** Junta de propietarios. Deliberaciones en

idioma extranjero. Firmeza de los acuerdos, redactados en castellano, no impugnados a tiempo. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*

149. **Daños y perjuicios.** Accidente de tráfico: autocar que ocupaba parte de la banda destinada a vehículos que lo hacían en sentido contrario. Valor probatorio del atestado de la Guardia Civil. Responsabilidad del conductor del autocar y consecuentemente de la empresa por cuya cuenta trabaja. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
150. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del Código. Presupuestos para su establecimiento: se ha de atender a las necesidades de ambos cónyuges. La custodia y cuidado de los hijos como causa de desequilibrios patrimoniales entre ellos. *Sentencia de 7 de Julio de 1982\*.*
151. **Daños y perjuicios.** Vicios de construcción. Desestimación de la demanda. Ficta confessio. *Sentencia de 8 de Julio de 1982\*.*
152. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Compraventa de inmueble: obligación asumida por el comprador de promover la inscripción previa a favor del vendedor: su legitimación a tenor del artº 6 de la Ley Hipotecaria no precisada de la cooperación del mismo. Actos de cooperación y artº 1258 del C. Civil. Incumplimiento de esta condición contractual y resolución. *Sentencia de 8 de Julio de 1982.*
153. **Arrendamiento turístico.** Notas de esta modalidad negocial. Sometimiento del mismo al derecho común. Tácita reconducción: inexistencia. *Sentencia de 12 de Julio de 1982.*
154. **Divorcio.** Obligación del padre de atender a las necesidades económicas del hijo que convive con el otro cónyuge. Pensión a favor del mismo ex artº 97 del C. Civil. Valoración de las posiciones económicas de ambos interesados. Asignación de una cantidad mensual que englosa la atención de ambos conceptos. Reducción de la misma a partir de la mayoría de edad del hijo y derecho del mismo a reclamar alimentos del padre. Conceptuación de la cantidad reducida. Vivienda familiar: asignación de su uso y disfrute. *Sentencia de 16 de Julio de 1982\*.*
155. **Ejecutivo cambiario.** Nombre comercial como identificador del librado: acción dirigida contra la persona física que con él se iden-

- tifica: desestimación de este motivo de nulidad. Sociedad anónima en formación: responsabilidad de los gestores y de la excepción de falta de provisión de fondos opuesta por los mismos. *Sentencia de 16 de Julio de 1982\**.
156. **Daños y perjuicios.** Culpa extracontractual: prescripción de la acción: el cómputo de un año se inicia a partir del día que adquirió firmeza la sentencia penal absolutoria. Posible ejercicio de una acción de resarcimiento por culpa contractual: su imposible acogimiento al tener que sujetarse los Tribunales a la acción deducida. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 16 de Julio de 1982\**.
157. **Ejecutivo cambiario.** Oposición basada en la no presentación de la letra a la aceptación por uno de los librados: desestimación. Falta de provisión de fondos opuesta al tercero ejecutante: reiteración de la doctrina contenida en la S. 111/1982. *Sentencia de 16 de Julio de 1982\**.
158. **Ejecutivo de Tráfico.** Excepción de pluspetición: es oponible en estos procesos: razones doctrinales. Supuestos en que la excepción es deducible: daños corporales y pensión provisional: excesiva cuantificación en el Auto de la cantidad legalmente reclamable por estos conceptos. Estimación de la excepción. *Sentencia de 19 de Julio de 1982\**.
159. **Obligaciones condicionales.** Demandado que impide el cumplimiento de la prestación a cargo del actor. Declaración de cumplimiento de la misma. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
160. **Juicio ejecutivo.** Póliza de aval. Petición de nulidad del juicio por no haberse presentado certificación que acredite el saldo en cuenta del deudor principal. Desestimación de la oposición. *Sentencia de 22 de Julio de 1982.*
161. **Ejecución de sentencia.** Obligación de hacer obras: convenio por el que se somete la aprobación de las mismas al Arquitecto director: falta de la misma y persistencia de los defectos que se pretendieron subsanar. Son razones que obstan a tener por cumplida la Sentencia. *Sentencia de 23 de Julio de 1982.*
162. **Compraventa.** Materiales de construcción. Deficiente calidad de los mismos. Caducidad de la acción. *Sentencia de 23 de Julio de 1982.*



163. **Incompetencia de jurisdicción.** Reclamación del precio de hospedaje consecuencia de una relación laboral. *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
164. **Reclamación de cantidad.** *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
165. **Propiedad horizontal.** Demanda dirigida contra la Comunidad de propietarios y excepción de falta de legitimación pasiva. Desestimación de la misma: facultades representativas ex lege del Presidente. *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
166. **Reclamación de cantidad.** Desestimación de la demanda al no existir contrato y sí sólo tratos preliminares. *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
167. **Contrato calificación.** Contrato liquidatorio de sociedad de gananciales calificado como de compraventa. Reclamación del precio: desestimación de la demanda por conceptuarse nulo el convenio así calificado al amparo del artº 1458 antiguo del C. Civil. Irretroactividad de las Leyes. *Sentencia de 31 de Julio de 1982\*.*

## B TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 85

**85.SEPARACION MATRIMONIAL.**Carácter retroactivo de la Ley 30/1981. Conducta injuriosa de la esposa afectada de "celomanía": constituye causa legal de separación. Infidelidad conyugal: la constituye el haber tenido el marido relaciones esporádicas después de separado de hecho al no constar que ello fuera consentido por ambos cónyuges. Superación del concepto separación-sanción sustituido por el de separación-remedio. Modificación de oficio del fallo de primera instancia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que, estima la demanda inicial y la reconvención, declara la separación personal del actor y demandada en el matrimonio existente entre ambos, por causa de injurias graves de la que ambos son culpables, es impugnada por ambos litigantes en cuanto se acoge la pretensión de la contraparte.

CONSIDERANDO: Que con el fin de poner en armonía nuestro régimen jurídico referente al matrimonio y llevar a cabo lo anunciado en el artículo 32.1 de la Constitución Española vigente, se promulgó la Ley 30/1981, de 7 de Julio, que dá nueva redacción al Título IV del Libro I del Código Civil —artículos 42 al 107—, estableciendo el vigente artículo 82 del citado Código las causas legales de separación matrimonial, normativa esta que tiene efecto retroactivo al declarar la disposición transitoria segunda de dicha Ley que "Los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que le reconocen los artículos VI, VII, VIII del Título IV del Código Civil", por lo que es de aplicación el nuevo régimen jurídico al caso que ahora se revisa en este segundo grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se ha acreditado que la demandada padece ciertas perturbaciones mentales, consistentes en una "celomanía" muy aguda que ha requerido tratamiento psiquiátrico, reconociendo el propio actor en su escrito de demanda —hecho tercero— que salvo este punto —la "celomanía"— su esposa se desenvuelve normalmente, e igualmente se ha probado que la demandada ha insultado y maltratado de obra en diversas ocasiones a su marido, siendo de destacar en ese sentido, por su importancia y cualificación, la declaración del testigo D.S.D. —nacido el 18 de Julio de 1961—, hijo de ambos litigantes de "que su madre es agresiva", la cual tiene una cierta manía a su padre, al cual siempre le cree que tiene relaciones con distintas mujeres, por lo cual causa a su padre malos tratos de palabra y obra, desde hace unos cuatro años

aproximadamente. Que algunas señoras de las que su madre ha acusado de tener relaciones con su padre son conocidas del declarante, constándole que dichas relaciones son absolutamente falsas" y que "desde hace unos cuatro años ha presenciado algunas agresiones esporádicas de su madre con su padre" (folio 228), lo que implica una conducta injuriosa o vejatoria y una grave y reiterada violación del deber conyugal de la esposa de respetar a su marido, que con carácter recíproco impone a los cónyuges el artículo 67 del Código Civil y en su consecuencia se aprecia incursa la conducta de la demandada en la causa legal de separación 1ª del artículo 82 del repetido Cuerpo legal, y por ende procede desestimar el recurso de apelación de la demandada en cuanto impugna el fallo recaído por apreciar en su conducta la referida causa de separación matrimonial.

**CONSIDERANDO:** Que toda vez que el actor confesó que "únicamente tuvo alguna relación esporádica con doña V.C. cuando ya estaba separado de su mujer (posición 4ª), y al no constar que la aducida separación hubiese sido libremente consentida por ambos cónyuges o impuesta por la esposa, adquiere la confesada infidelidad conyugal, plena eficacia como causa legal de separación matrimonial, a tenor de lo dispuesto en el apartado segundo del n.º 1 del artículo 82 del Código Civil. Igualmente consta acreditado por la prueba testifical, y en ella cabe destacar por su especial importancia, la de C.S.D., nacida el 20 de Febrero de 1959, de profesión maestra, e hija de los contendientes, que afirmó "que su padre ofende a su madre, insultándola y humillándola en presencia de sus hijos", concretando que "las situaciones violentas se producen unas veces por culpa de su padre y otras por culpa de su madre, mediando palabras muy duras las que tanto eran dichas por uno como por otro", y por todo ello se aprecia incursa la conducta del marido en las causas legales de separación matrimonial de infidelidad conyugal y de conducta injuriosa o vejatoria para con su esposa —causa 1ª del artículo 82 del repetido Cuerpo legal—, por lo que procede desestimar la apelación del actor y estimar la de la esposa —demandada-reconviniente— únicamente en cuanto apreciar en su marido como causa de separación matrimonial, no solo la que concurre en ella misma, sino también la de infidelidad conyugal.

**CONSIDERANDO:** Que al haber superado la legislación patria la concepción que imperaba en esta materia matrimonial, separación-sanción, ya que las causas legales de separación matrimonial eran criminológicas y al regir en la actualidad una normativa más racional y adecuada a la realidad social, ya que impera la idea de separación-remedio, resultan totalmente superfluas y perturbadoras, las determinaciones de culpabilidad referentes a los cónyuges, que se consignaban en los folios de las sentencias que declaraban o decretaban las separaciones matrimoniales, supuesto que se da en la sentencia que ahora se revisa en esta segunda instancia y que por las razones que se acaban de exponer, se estima procedente suprimir, de oficio, en el fallo recurrido.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fé en ninguna de las dos partes recurrentes, a efectos de imposición de las costas de esta apelación.

**FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación formulado por don S.M., y estimando en parte el interpuesto por doña G.D.R., debemos modificar y modificamos la sentencia de fecha nueve de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo, expresando en el fallo de dicha resolución, como causa de la separación matrimonial que se declara, además de las que en él se indican, la infidelidad conyugal por parte del actor-reconvenido, desestimando en todo lo demás el recurso de la demandada-reconviniente; confirmando el resto de la parte dispositiva de la sentencia apelada, si bien se sustituye en ella las palabras "por causa de injurias graves de la que ambos son culpables", por la frase "por causa de injurias graves de ambos cónyuges". Todo ello sin expresa condena de las costas de esta alzada".

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

**86.LEGITIMACION PASIVA.** Sociedad en formación: falta de personalidad jurídica. Contratos suscritos en esta fase por los fundadores: requisitos para que obliguen a la sociedad. Ratificación o aceptación tácita: inexistencia. Inscripción en el Registro Mercantil: carácter constitutivo. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para situar en una perspectiva correcta el "thema decidendum" conviene partir del dato de que en los autos constan firmemente acreditados los hechos siguientes: *Primero.*- Que el "contrato de suscripción del plan universal de viajes aéreos" en que se funda la demanda (Folio 3) es de fecha 7 de Mayo de 1974, siendo partes del mismo la entidad hoy actora y la hoy demandada-apelante, o por mejor decir, figurando como partes en el mismo la actora y la hoy demandada-apelante, en cuyo nombre suscribe el convenio N. G.- *Segundo.*- Que la sociedad hoy demandada y recurrente se constituyó por escritura pública de 5 de abril de 1974, otorgada en Barcelona ante el Notario don Roberto Follia Camps, siendo inscrita en el Registro Mercantil en fecha 17 de Febrero de 1975, según consta de la certificación obrante el folio 280 vto° de los autos.- *Tercero.*- Que dicho señor G. en la sociedad anónima ostentaba los cargos de Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado, pero tal delegación había de ser —conforme resulta de la referida certificación— ejercido en forma mancomunada.

CONSIDERANDO: Que tales datos fácticos imponen —sin alterar obviamente ni la causa de pedir ni el respeto al principio de congruencia de las resoluciones judiciales consagrado en el art. 359 y concordantes de la L. Civ.— la reconducción (por utilizar un neologismo en boga) de la materia resolutoria a un dato básico; que *en el momento de suscripción del contrato en que se funda la demanda la sociedad anónima hoy demandada carecía de personalidad jurídica*, pues ésta sólo se adquiere, según lo dispuesto tajantemente en el art. 6° de la Ley de S.A. "desde este momento": es decir, del terminal del proceso fundacional representado por la inscripción en el Registro Mercantil, siendo los contratos suscritos por los gestores a nombre de la sociedad dentro de tal período y que no sean de los necesarios para la constitución de la sociedad sujetos al régimen especial derivado del siguiente art. 7°: inscripción registral y aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses; de ahí que más que en una insuficiente, dicese, insuficiente representación del ente social en el momento del contrato representada por su suscripción por sólo uno de los representantes u órganos sociales delegados en lugar de los dos mancomunadamente previstos deba hacerse gravitar la fundamentación sobre la inexistencia de uno de los sujetos o partes contractuales en el momento de suscripción del contrato sobre cuya naturaleza se insistirá; conclusión de la que se deducen unas consecuencias importantes a efectos resolutorios, cuales son: a) Que la sociedad no existe (art. 6° cit.) hasta la inscripción registral.- b) Que los terceros no pueden invocar desconocimiento de esta inexistencia como sujeto de derecho y, como tal, posible parte contractual, ya que se presupone que el contenido del Registro Mercantil (Art. 2°) del Reglamento) es "conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia"; de modo que frente a esta norma específica no puede juzgar el principio de confianza derivado de la buena fe (Arts. 1258 de C.C. y 57 de C. Com.) e impuesto "por la coherencia de comportamiento en las relaciones negociales" (SS. de 16 de noviembre de 1979 y 3 de enero de 1980), sino la aceptación (ratificación) por la sociedad ya regularmente constituida dentro del expresado período temporal; ratificación que naturalmente puede ser tácita o deducida de presunciones firmes (S. de 22 de diciembre de 1977) o, como subraya una reiterada doctrina legal (SS. de 3 de febrero de 1965, 4 de abril de 1967, 7 de junio de 1968, 31 de mayo de 1969, 5 de junio de 1972 y 14 de

junio de 1974, entre varias), "que se infiera de actos concluyentes o de inequívoca significación específicamente referidos al acto concreto de que se trate".

**CONSIDERANDO:** Que, en aplicación de la anterior doctrina legal al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional, ninguna duda ha de haber en orden a que (contra lo estimado por el juzgador "a quo" en su por lo demás bien construida fundamentación) no cabe en forma alguna estimar ratificado el contrato normativo o "pactum de modo contrahendo" en que se basa la pretensión instauradora de la litis, en tanto que: 1º.- Los supuestos actos de ratificación derivados por el uso de las tarjetas (hecho cuarto de la demanda) por consejeros o empleados de la sociedad tienen una data muy posterior a la preindicada de regular constitución de la sociedad anónima demandada en estos autos, por lo que no pueden ratificar por este simple dato un contrato inicialmente inexistente, en tanto la norma general del art. 1259 del CCiv. ha de ceder ante la especial contenida en el citado art. 1.2, dicese, 7 de la L.S.A. en virtud de lo dispuesto en el art. 50 del CCom.- 2º.- A mayor abundamiento, tal uso resulta absolutamente impredicativo a los fines pretendidos por la actora, ya que no sólo ninguno de los usuarios de tales tarjetas era el coconsejero-delegado de la sociedad, señor Boronat, único que podría vincular ratificativamente a la misma, sino que tampoco consta que el uso fuese en beneficio de la entidad mercantil demandada, en tanto que la testifical propuesta al efecto por la demandante arroja un resultado negativo al efecto pretendido, al declarar el testigo don J. L. S. G. (Folio 249) "que no es cierto que el billete que se le exhibe fuera por cuenta de Urbanizadora Calviá, sino que fué a cuenta del G. (Preg. 8ª) y el testigo consejero de la sociedad al fundarse ésta, don J. C. D., manifiesta al responder a repreguntas a la quinta pregunta (Folio 258 vtº) que "cree que era más en interés de las Compañías a las cuales representaba el Sr. G., o sea Urbanizadora X., Urbanizadora Z. y M.": elementos probatorios, pues, inanes al efecto ratificador buscado y que, consecuentemente, eliminan no sólo tal tesis, sino la invocada subsidiariamente: el enriquecimiento sin causa de la demandada, lo que, unido al dato esencial de que el usuario de la mayor parte de las tarjetas y subsecuentes pasajes fuese, precisamente, el citado señor G. según se desprende de la documental aportada por la propia actora, impone la estimación del recurso y derivada desestimación de la demanda, sin precisión de analizar si concurre o no la prescripción de la acción invocada al amparo del art. 951 del CCom., al desestimarse la pretensión instauradora por los motivos expresados.

**CONSIDERANDO:** Que en forma alguna cabe conceptuar temeraria o de mala fe la posición de la actora, por lo que no procede hacer especial declaración sobre costas de primera instancia, así como tampoco sobre las devengadas en este segundo grado jurisdiccional al estimarse el recurso.

**FALLAMOS:** Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada entidad mercantil "U. C., 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 mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, desestimar y desestimamos en todas sus partes la demanda deducida contra aquélla por la entidad "I. L. A. E., S.A.", absolviendo a dicha demandada de las pretensas ejercitadas en dicha demanda; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de ambas instancias.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

**87. ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Resolución del contrato por obras in consentidas: no supone in consentimiento la demora en la ejecución y supuestos en que la misma implica rebasamiento del consentimiento. Doctrina del T.S.. Obras de carácter no permanente: obstan a la causa de resolución. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la acertada fundamentación contenida en la sentencia apelada no ha sido desvirtuada por la argumentación vertida "in voce" por la recurrente en el acto de la vista de esta alzada, polarizada en dos motivos impugnativos distintos: a) Que las obras descritas en el apartado o hecho sexto del escrito instaurador, por su fecha de realización, rebasaban la autorización concedida en la estipulación tercera del contrato arrendaticio.- b) La obra descrita en el apartado g) de dicho hecho contraviene expresamente el párrafo tercero de la condición primera del contrato de arrendamiento unido a los autos y de fecha 14 de mayo de 1965; motivos disímiles aunque encuadrables abstractamente en la única causa resolutoria invocada: 7º del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y que por ello deben ser examinados separadamente sólo a título corroborativo de la bien meditada fundamentación aceptada de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que ea cierto que de los autos resulta que el contrato tiene fecha de 14 de mayo de 1965 y que en el mes de noviembre de 1977, el día 26, obtuvo licencia para realizar obras (nº 132/1977 del Aytº. de Santa Eulalia del Río), según consta por su propia exhibición ante requerimiento notarial (Folio 163), así como que tales obras las realizó a principios del año 1978, más tales datos no comportan la consecuencia pretendida en la demanda, pues dada la redacción de la autorización no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a la época en que deban realizarse las obras para que la autorización no se entienda rebasada aunque la misma no exprese plazo de ejecución, ya que tal doctrina viene matizada por dos requisitos: a) Que se trate de obras de primera instalación (SS. de 21 de abril de 1972 y 13 de diciembre de 1974), que no es el caso ahora decidido, en el que las partes están contestes en que la industria de bar ya funcionaba previamente a la autorización.- b) Que en todo caso lo que está vedado es el cierre indefinido del local con el pretexto de realización de las obras (SS., p. eje., de 2 de marzo de 1963, 29 de septiembre de 1969 y 4 de octubre de 1975), que tampoco es supuesto concurrente en el caso que ahora se decide; por lo que al no estar condicionada la autorización para la realización de obras ni por un fin ni por limitaciones temporales o de realización en una sola fase, llano resulta que no procede la estimación de este primer motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que en el mismo destino adverso ha de tener el segundo, motivo, no por las razones expresadas en la sentencia apelada, sino por el simple dato de que la supuesta obra de cierre por sus características deducidas de la fotografía aportada por la propia demandante y en la que se observa al señor Letrado de la misma (Folio 129) no es una obra de las de carácter permanente y no provisional que según reiteradísima doctrina legal propician la causa resolutoria invocada, al consistir en una simple hoja de madera adherida a la pared por unos goznes, sin obra de fábrica alguna y que ni siquiera llega alcanzar la altura de la planta baja; siendo además de indicar que el "derecho de paso" no se estructura contractualmente como común (lo que veda la aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en otro supuesto invocado por la recurrente), sino que contrariamente se incluye expresamente como formando parte dicho corredor del objeto arrendado: "en la parte posterior de dicho corredor, que se incluye en el presente arriendo" (Folio 63 vtº); todo que conlleva la desestimación de este motivo.

**CONSIDERANDO:** Que no se estima temeraria la posición procesal de la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña A. C. S. contra la sentencia dictada por el señor juez del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza en autos de juicio de resolución de contrato arrendaticio urbano 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 90

**90. EJECUCION DE SENTENCIA DE REMATE.** Incidente de previo y especial pronunciamiento. Quiebra. Crédito constante en Sentencia de remate anterior a la declaración: es privilegiado por derecho común. Alcance del artº 1319 de la L.E.C.. Participación en la Junta de reconocimiento de créditos y aprobación del convenio: no hace perder el privilegio si el acreedor se abstuvo en la votación. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que dos son las cuestiones fundamentales a dilucidar en este incidente promovido en ejecución de sentencia de remate y que ahora se ventila en este segundo grado jurisdiccional, a saber: a) si el crédito reconocido en dicha sentencia de remate y que adquirió firmeza antes de la declaración de quiebra del deudor, tiene carácter privilegiado en dicho procedimiento universal, y b) en caso afirmativo, si tal privilegio se perdió en virtud de la intervención del titular del mencionado crédito en la junta de acreedores de reconocimiento de crédito y aprobación del convenio.

**CONSIDERANDO:** Que en caso de quiebra, el Código de comercio establece en su artículo 914, en cuanto a la prelación en el pago a los acreedores que hayan de ser satisfechos con el producto de los inmuebles, dos apartados, el primero comprende los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden establecido en la Ley Hipotecaria, y el segundo menciona a los acreedores singularmente privilegiados y demás enumerados en el artículo anterior por el orden establecido en el mismo. El referido precepto 913, tras mencionar en su número 1º) a los acreedores singularmente privilegiados por el orden que al efecto estatuye y en el número 2º, a los privilegiados que tuvieren consignado un derecho preferente en el Código de comercio, cita en ordinal 3º a los **privilegiados por derecho común** y los hipotecarios legales; procede, por ello determinar si el crédito de la entidad ejecutante, hoy apelante, es privilegiado conforme al Código Civil, que es la legislación común vigente que reemplazó a la que regía cuando entró en vigor el Código de Comercio —1º de Enero de 1886—. A tal efecto hay que señalar que el artículo 1924 del Código Civil estatuye que gozan de preferencia, con relación a los bienes muebles e inmuebles

del deudor no mencionados en los dos artículos anteriores, en su número 3 apartado B), los créditos que sin privilegio especial, consten "por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio". Esta subcategoría, que es la última del citado precepto, no determina que no sea crédito privilegiado el de la sentencia firme, como firma el Juez "a quo", ya que tal precepto se refiere a créditos que declarados en sentencia firme, no tuvieren privilegio especial alguno, pues de lo contrario tendrían que figurar entre los singularmente privilegiados. Por ello, si el crédito carece de privilegio especial y consta por sentencia firme que hubiese sido de objeto de litigio se incluye en el apartado B) del número 3° del artículo 1924 del Código Civil, rigiéndose dichos créditos su preferencia entre sí por las fechas de las sentencias —"prior tempore, potius iure"—. Toda vez que el crédito de la entidad apelante-demandada en este incidente, fué reconocido en sentencia firme de remate, en juicio ejecutivo en el que hubo y se sustanció oposición, es indudable que tal resolución judicial fué objeto de "litigio", y en su consecuencia procede rechazar la tesis contraria que sobre este particular sustenta la parte demandada-apelada en el incidente que ahora se sustancia en esta segunda instancia, y reconocer al crédito mencionado, el carácter de privilegiado por derecho común; sin que se pueda invocar en contra de lo últimamente declarado, el artículo 1256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que los créditos respecto a los cuales hubiese recaído sentencia firme de remate en los juicios ejecutivos acumulados al concurso, —norma igualmente aplicable a la quiebra (artículo 1319 de la misma Ley procesal)—, "que se tendrán por reconocidos, aunque sin variar de naturaleza para el efecto de su graduación", ya que lo que tal norma procesal, anterior a la entrada en vigor de los Códigos Civil y de Comercio, lo que se hace es sustraer de los acreedores la posibilidad: a) de discusión y no reconocimiento de tales créditos y b) variar la naturaleza de dichos créditos para el efecto de su graduación; o sea, que si estos tienen carácter singularmente privilegiado, lo continuarán ostentando en la graduación de créditos del procedimiento universal, en caso contrario tendrán, a tal efecto la preferencia que les reconozca, bien la legislación mercantil, bien la civil.

**CONSIDERANDO:** Que ciertamente resulta del acta de la junta de reconocimiento de créditos y aprobación de convenio, cuya fotocopia obra en autos (folios 151/155), que la entidad acreedora, hoy apelante, tomó parte en dicha junta de reconocimiento de créditos, así como también en la primera propuesta de convenio que fué rechazada por unanimidad, pero no menos cierto es, que dicha entidad se abstuvo en la votación del convenio que fué aprobado por mayoría, como se hace constar en el referido documento y así se reconoce de demanda, por lo que, a tenor del artículo 900 del Código de Comercio, la repetida entidad, titular de un crédito privilegiado, como ya se razonó, no quedó vinculada a dicho convenio, ya que la pérdida del llamado derecho de abstención se produce por la participación activa, ya sea en forma de tener voz, ya en la de votar, en la resolución en la que el convenio sea aprobado, como se desprende del precepto últimamente invocado, y no por el hecho de haber reconocido, con anterioridad, en la misma junta, créditos de acreedores y haber rechazado otro convenio de pago.

**CONSIDERANDO:** Que, por todo lo expuesto, procede estimar la apelación, en vigor que no se aprecia causa legal oponible a la ejecución instada de la sentencia firme de remate, y por ende, revocar la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que al prosperar el recurso, no cabe hacer condena de las costas causadas en ambas instancias.

**FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación formulado por B. E., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha quince de Junio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el incidente de previo y especial pronunciamiento de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, desestimando la demanda sobre incidente de previo y especial pronunciamiento formulada por la entidad, X. S.A. contra el B. E., S.A., en el juicio ejecutivo instado por esta sociedad contra aquella, debemos absolver y absolvemos al B. E., S.A. de la demanda incidental contra ella interpuesta, con levantamiento de la suspensión decretada en los autos principales; todo ello



sin hacer expresa condena de las costas devengadas en ambas instancias de este incidente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 92

**9.2. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad civil del dueño de la obra: Le alcanza si en el contrato se reservó su vigilancia e inspección. Pensión superior al salario mínimo interprofesional: improcedencia de esta alegación defensiva por cuanto el débito se cuantifica en relación con la fecha en que se hace efectivo por tratarse de una deuda de valor. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la codemandada y asimismo correcurrente C. T. impugna en primera término la bien meditada y aceptada fundamentación del fallo apelado reproduciendo su alegación de primera instancia en orden a su condición de dueño de la obra y no ejecutor de la misma, suscitando así una cuestión o tema ya frecuentemente sometida a la decisión de esta Sala; y si bien por regla general es cierto que el dueño de la obra que encomienda su realización a una empresa profesional que goce de organización y medios autónomos queda exenta de responsabilidad por los daños que se causen a terceros con la realización de la obra, al modo proclamado en la fundamental S. del T.S. de 18 de junio de 1979, expresiva de que “el art. 1.903 tiene como esencia y fundamento las relaciones de subordinación y dependencia y puesto que por lo general no puede decirse que quien encarga una obra o trabajo a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos deba responder “in vigilando” o “in eligendo” de los daños causados por los empleados de ésta, *a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos*”; excepción a esta irresponsabilidad genérica o de principio que concurre cabalmente en el caso que ahora se decide —como rectamente estimó el juzgador de primer grado—, en tanto que en el contrato entre ambas entidades codemandadas (Folio 515), la C. T. “*se reserva la inspección y control de las obras* adjudicadas en la forma más amplia y en todos sus aspectos”; que la propia recurrente fue la que solicitó la licencia de obras y expresó la, dicese, en la solicitud que el Director de la Obra sería el Ingeniero Técnico de Minas (hoy codemandado) D. J. G. Y. (Folio 3) y que dicha entidad tenía un vigilante en la obra, según acredita la declaración del importante testigo don J. M. S. (Folio 440); a lo que aún habría de añadirse que en otro pasaje del contrato (Folio 517) se expresa que “el representante de la Compañía podrá advertir al del Contratista los defectos que observe *en materia de seguridad*”; todo lo que impone la desestimación indudable de este motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino adverso ha de tener el segundo —sobre el que dicha parte puso especial énfasis en la exposición realizada “in voce” en la vista de esta alzada ordenado a impugnar la estimación por la sentencia apelada de la cantidad concedida en la sentencia por cada día de incapacidad para el trabajo (mil seiscientas pesetas

diarias), en base a reputar excesiva dicha cantidad atendida la fecha de causación del accidente (9 de febrero de 1976), en la que la cantidad fijada por el Gobierno para el salario mínimo interprofesional era muy inferior; más para rechazar este motivo bastará con tener en cuenta que dicha recurrente, en su sentir obviamente parcial e interesado, silencia un dato esencial, cual el de la naturaleza de la deuda indemnizatoria, que al tender a un resarcimiento pleno no configura el "quantum" del débito en función de la fecha en que nace su fuente (ilícito), sino en aquella data en que se hace efectiva la responsabilidad patrimonial sustitutiva derivada de aquí, lo que determina que la indemnizatoria no sea una deuda pecuniaria simple, sino una deuda de valor, al modo indicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS., entre otras, de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978), al declarar 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 la 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 liquide su importe en período de ejecución de sentencia"; doctrina que elimina "ex se ipsa" este motivo impugnativo a la luz de los parámetros de hoy, dícese, parámetros de hoy, en los que la indicada cifra no aparece absolutamente desproporcionada.

CONSIDERANDO: Que tampoco ha de tener suerte estimatoria el recurso de apelación interpuesto por la codemandada "C. E., S.A." ni: a) En la postulada condena del codemandado absuelto señor G. Y., que si sería posible al no ser para él firme el pronunciamiento absolutorio recurrido por un deudor solidario (S. de 29 de marzo de 1980), falta en autos toda apoyatura fáctica, pues si el testigo Sr. L. A. declara que era el encargado de la supervisión o inspección de la ejecución de la obra (Folio 460) es lo cierto que ningún dato probatorio justifica ni que fuese encargado efectivamente por la C. T. y si, en cambio, que en momento alguno realizó tal función.- b) En la sedicente irresponsabilidad de la misma derivadas de que la acción interpuesta es dimanante de culpa contractual y no auiliana en base al contrato/subcontrato de obra celebrado entre dicha recurrente y el actor (Folio 404), pues no sólo tal subcontratación estaba vedada por el contrato entre las codemandadas, sino también tal contrato/matriz imponía a la contratista C. E. la designación de un "representante suyo para el desarrollo y control de la obra, a un Técnico con categoría de Ingeniero o similar" (Folio 514), como así fue efectivamente; por lo que no puede ahora pretender hacer gravitar el demandante (simple maestro albañil) la responsabilidad derivada de la no adopción de una decisión (entibar) que fue causa directa en su omisión entre las codemandadas; todo lo que abona, sin necesidad de insistencias fundamentadoras que serían simples reiteraciones, la íntegra confirmación de la sentencia sometida recurso.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en las recurrentes, por lo que no procede hacer una especial declaración sobre costas de este recurso.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas "C. T., S.A." y C. E., 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 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 este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 93

**93. ARRENDAMIENTO URBANOS.** Subarriendo, cesión o traspaso in consentidos: es innecesario que el actor concrete el título de disfrute. Carga de la prueba: análisis de la misma. Doctrina del T.S. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que es reiterada la doctrina legal expresiva de que apreciada sólo una de las causas resolutorias del contrato invocadas en la demanda y no formulado por la actora recurso contra la resolución dictada en tan sentido, la cognición del órgano jurisdiccional de alzada o "ad quem" ha de limitarse a la revisión de la causa estimada, al restar firmes las otras (SS., entre otras, de 8 de febrero de 1969, 19 de mayo de 1970, 26 de marzo de 1971 y 25 de mayo de 1974); por lo que al haberse limitado la sentencia apelada al exámen y estimación de la causa de subarriendo, cesión o traspaso in consentidos invocada en la demanda, prescindiendo de la de cierre del local, obvio es que a este único extremo ha de quedar ceñida la decisión de esta Sala.

**CONSIDERANDO** Que, en orden a la causa resolutoria referida, no resultará ahora ocioso ni descentrado recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en obligada derivación del carácter clandestino que la ocupación ilícita de la cosa arrendada impone "ex sea ipsa", viene declarando en forma reiterada, de un lado, que la introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia en el local o vivienda objeto del contrato genera una presunción de existencia de la causa resolutoria (SS., p.ej., de 7 de mayo de 1958, 3 de mayo de 1961, 8 de marzo de 1963, 2 de julio de 1970, 14 de marzo de 1972 y 22 de junio de 1973) y, de otro, que por la misma razón tampoco el actor-arrendador que postula la aplicación de la causa resolutoria precisa "fijar el título de disfrute, si es cesión o subarriendo, si total o parcial, absoluta o compartida, porque basta con que se de 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 el de disposición" (S. de 19 de octubre de 1972), ya 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 (SS. de 13 de mayo de 1970, 6 de marzo de 1971, 29 de febrero de 1972 y 1 de junio de 1973)"; lo que, derivadamente, impone una inversión de la carga probatoria, imponiéndose al arrendatario-demandado la de justificar la legalidad de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada (S. de 12 de abril de 1970), al modo proclamado según la S. de 30 de mayo de 1972, según la cual: "ha de ser satisfactoriamente justificada por el arrendatario para destruir la presunción de ilegalidad que lógicamente se deriva de la ocupación de la vivienda o local" o, como indican las SS. de 1 de mayo de 1961 y 11 de abril de 1973, que "el arrendamiento urbano, caracterizado por la cesión o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, se desenvuelve normalmente entre las personas que en concepto de arrendador y arrendatario celebraron el contrato, y la alteración de tales elementos personales, para quedar legitimada, necesita fundarse en un título legal o contractual que lo autorice, título que debe estar plenamente justificado por la parte que lo invoque".

**CONSIDERANDO:** Que, a la luz de la anterior doctrina, la improcedencia del recurso de apelación formulado por la demandada contra la bien meditada y correctamente fun-

dada resolución recaída en primer grado jurisdiccional resulta evidente. Así, en el acta notarial de 20 de octubre de 1978 (Folios 22 y ss.), tras constatar el señor fedatario cuáles sean las mercancías almacenadas, se expresa literalmente que “se pregunta al Sr. C. si uno de los dos señores que había en la oficina, y que espera fuera, *vestidos con guardapolvos azul, es empleado de la casa*. Se me contesta negativamente, que el referido señor es el Señor Balcells, Don Enrique, que se hallaba autorizado para permanecer en el local esta tarde, pues debía examinar la mercancía”; en el acta de 28 de febrero de 1979 se expresa que quien usa el local es el “señor de los cuadros” (Folio 30); en la de 5 de junio de 1979 (Folio 35 Y ss.), también está en el local arrendado el supuesto cesionario señor B. y el Sr. Notario hace constar que la mayor parte de las mercaderías observadas consistían en cuadros enmarcados en grandes cantidades”; en el acta de 14 de mayo de 1980 el Notario hace constar que en el local se encuentra “un señor con guarda-polvo azul, que dice ser y llamarse Sr. B. R.” (Folio 38 vtº); y estos simples datos, conjuntamente valorados con el resto de la prueba practicada, no dejan ningún resquicio de duda en oren a la existencia de esta ocupación ilegal y clandestina viabilizadora de la causa resolutoria, no neutralizada por la alegación de que el referido señor B. era un simple cliente que retiraba por sí mismo las mercancías transportadas a su nombre, pues el hecho indubitado de que tenía llave de acceso al local elimina toda relación propia de la clientela y erige en uso autónomo del local su parcial ocupación por él; lo que deterina, por tanto, la estimación de la causa resolutoria de referencia.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia la existencia de temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración sobre las costas causadas en este recurso.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don J. J. C. 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 incidental arrendaticio urbano 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 95

**95. DIVORCIO.** Mútuo acuerdo ex artº 86-3º a) del C.C. Prueba: suficiencia de la testifical. Censurada actitud del Juez “a quo” por rechazar la demanda por improbada: conducta que debió seguir. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la demanda inicial de este proceso se funda en la causa de divorcio establecida en el número 3º-a) del artículo 86 del Código Civil, conforme la redacción establecida por Ley 30/1981, de 7 de julio, expresiva del “cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho”; causa de divorcio rechazada en la

no compartida fundamentación de la sentencia apelada a través de la aplicación de la norma contenida en el artículo 1.248 del Código Civil entendiendo literalmente que de su aplicación dimana "la improcedencia de acceder a lo solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges, no tanto porque no haya cesado realmente la convivencia, sino *por el hecho de no haberse acreditado debidamente el transcurso del plazo exigido por la Ley*".

CONSIDERANDO: Que no es aceptable la argumentación contenida en la resolución apelada, ya que la norma contenida en el artículo citado, sobre no tener nunca un carácter preceptivo, sino simplemente admonitivo, como una reiteradísima doctrina jurisprudencial cuidada de advertir, no debe ser aplicado si se tiene en cuenta: a) Que pese al carácter inquisitivo que ostentan los procesos sobre estado civil y condición de las personas, lo cierto es que la prueba practicada y estimada insuficiente por el juzgador "a quo" no recae más que sobre un simple hecho: el cese efectivo de la convivencia, para cuya demostración la norma no establece ninguna tasa probatoria, sino que contrariamente en la disposición adicional 6ª-1-5º se expresa que "se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho". - b) Que ese mismo precepto está obviamente en relación hermenéutica con el contenido en el artículo 1.280 del mismo Código, "*de ordinario suelen intervenir escrituras, etc.*", pues tal pleonástica expresión carecería de sentido sin un término normativo de referencia. - c) Que en igual dependencia sistemática se halla tal norma con que la sobre carga probatoria establece el artículo 1.214 del cuerpo legal tantas veces citado, como se deduce del término "resueltos" que utiliza el precepto que se analiza, necesariamente referible a una controversia y por tanto no necesariamente aplicable a un proceso constitutivo consensuado como el del caso de autos.

CONSIDERANDO: "ex abundantia", que sobre no existir —según se señaló— ninguna limitación probatoria en la norma ni obrar en autos dato probatorio alguno de signo contrario en orden a la existencia del hecho a probar (cese efectivo de convivencia durante más de dos años), tampoco parece adecuada la decisión judicial e incluso resulta contradictoria con su conceptualización de proceso inquisitivo o de verdad material, pues para ser consecuente con tal planteamiento debería, en lugar de rechazar la demanda por insuficiencia de prueba, haber completado su convicción a través de: 1º) - Hacer uso de la facultad que con respecto a la prueba testifical le otorga el párrafo segundo del artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento civil. - 2º) - En su caso, acordar la práctica de las diligencias para mejor proveer referidas en la regla i) de la disposición adicional 5ª de la Ley 30/1981, que aunque obviamente sea facultad jurisdiccional ("podrá acordar"), parece estructurable como deber ético para el "juez a quien se le ofrezcan dudas sobre las circunstancias en cada caso exigidas por el Código civil para decretar la nulidad, separación o divorcio", en tanto en cuanto el juzgador que estime como meta procesal el hallazgo de la verdad material y crea que la parte no se la ha ofrecido debe buscarla haciendo uso de los poderes de iniciativa que la norma le otorga en lugar de, contradictoriamente, operar en la decisión en base al proceso inquisitivo y dirigir la litis atenido al más rígido principio dispositivo del Decretum: "bonus iudex nihil ex suo arbitrio facit, sicut audit, ita iudicat" (Can. 4, quaest. 7, Causa III); por todo lo cual y estimándose suficiente la prueba obrante en autos (singularmente la declaración testifical del hijo único del matrimonio, mayor de edad) procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y derivada declaración de disolución del vínculo matrimonial postulada.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges don J. S. M. y doña H. K. en autos de juicio consensuado de divorcio de que este rollo dimana contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número tres de esta ciudad, debemos: 1º) Declarar y declarar disuelto por divorcio el matrimonio canónico de don J. S. M. y doña H. K., celebrado en R. el día diecinueve de mayo de mil novecientos sesenta y dos e inscrito en el Registro Civil Central al tomo L 268, página 48;- 2º) Que se comunica esta sentencia de oficio al Registro civil en que consta el matrimonio de los litigantes y el nacimiento del único hijo del matrimonio. - 3º) Que debemos aprobar y aprobamos en todos sus términos el convenio regulador acompañado a la demanda inicial; todo ello sin hacer especial declaración

en cuanto a costas de ninguna de ambas instancias.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 97

**97. SEPARACION MATRIMONIAL.** Conducta vejatoria. Alcanza de la obligación de probar a cargo del demandante y carga probatoria que compete al demandado. Análisis del material litis decisorio. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la actora, ahora apelante, pretende se decrete en esta instancia la separación de su matrimonio, basándose en la existencia de malos tratos e injurias graves que el n° 2 del derogado artículo 105 del Código Civil establecía como causa suficiente, y que constituyen una de las más frecuentes manifestaciones de la conducta vejatoria de un cónyuge respecto al otro articulada como vigente causa de separación en el n° 1 del artículo 82 del citado Cuerpo legal.

**CONSIDERANDO:** Que, como tiene declarado esta Sala en SS. de 27-3-1982 y 6-4-82, la intimidad en que se producen la mayoría de los problemas matrimoniales crea una especial dificultad probatoria motivadora de que la temática de la carga de la prueba se convierta, por su conjugación necesaria con el principio de posibilidad probatoria, en un problema de fijación del mínimo indispensable que, una vez cumplido, obligará a la contraparte a su desvirtuación, y motiva que el núcleo familiar sea, frecuentemente, el único que aporte los medios probatorios para verificar en el proceso la realidad de lo alegado como cierto, hasta el punto que la regla 4ª de la adición 5ª de la Ley 30/81, de 7 de julio, dispuso "no regirán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el artículo 1247 del Código Civil".

**CONSIDERANDO:** Que sentado lo anterior y analizada la prueba testifical practicada a instancia de la actora —especialmente dos hijos del matrimonio cuya separación se pretende, de 20 y 16 años de edad—, se considera acreditada la realidad de una conducta vejatoria por parte del marido apelado, pues no cabe calificar de forma distinta un comportamiento ofensivo y en ocasiones violento de que ha sido objeto la actora, con cierta frecuencia, y que motivó en ésta la decisión de ausentarse del hogar conyugal y de solicitar la separación matrimonial que ahora se decreta por haber sido, en definitiva, vulnerado el respeto que por dignidad personal e imperativo legal los cónyuges deben tenerse y cuya virtualidad ha de considerarse a la luz de los principios constitucionales que protegen la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, sin que tal apreciación de la prueba quede contrarrestada por las declaraciones de los testigos que han depuesto a instancia del marido demandado, ya que sobre la causa que motivó la ausencia de la actora de su hogar han emitido meras opiniones e impresiones y revelado un desconocimiento de la misma que impiden alcancen el fin pretendido por el demandado, ahora apelado.

**CONSIDERANDO:** que no existe causa para hacer especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por F. F. J. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de separación matrimonial de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su consecuencia, debemos decretar y decretamos la separación del matrimonio contraído entre J. R. M. y doña F. F. J., con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento y sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

## 99

**99. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Nulidad del juicio por deficiente notificación del protesto. Ratificación de la doctrina de la Sala. Domicilio físicamente inexistente: válidez, en este caso, de la notificación a un vecino de la población. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que en ambos grados jurisdiccionales toda la posición procesal de la ejecutada ahora recurrente ha gravitado sobre un tema único: la supuesta nulidad del juicio derivada de una irregular notificación del protesto de la cambiar que sirve de título ejecutivo, supuestamente cobijada fácticamente por el dato de no haberse notificado el mismo a las personas indicadas en el art. 504-2<sup>a</sup>-Dos del CCom. (en relación con el art. 202 del Reglamento Notarial) y sedicentemente amparado en su interesado sentir, en el motivo de nulidad contemplado en el ordinal 1<sup>o</sup> del art. 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

**CONSIDERANDO:** Que, ciertamente, esta misma Sala en su S. Núm. 131/1978, de 17 de noviembre, señaló —y ello se ratifica— que “desde la reforma de la Ley (se refiere a la Ley 47/1967, de 22 de julio), la notificación tiene por objeto primordial encontrar al destinatario directa o indirectamente” y que “la reforma del expresado Reglamento (alude a la efectuada en el art. 202 del Reglamento Notarial por el Decreto número 2310/67, de 22 de julio) *consagra al vecino con casa abierta, pero impone que lo sea en el mismo inmueble del domicilio del notificado*”; más esta doctrina hermenéutica no conlleva las consecuencias absolutas que pretende la ejecutada-apelante, por cuanto el campo operativo de aquella que se ciñe estrictamente a los casos normales en que el domicilio/domicilios consignado en la letra exista realmente, más no a supuestos como el presente, en el que, como rectamente entendió el juzgador “a quo”, el domicilio designado para pago es como tal inexistente, según resulta de la certificación expedida por el Excmo. Ayuntamiento de esta ciudad obrante en los autos (Folio 64), expresiva de que “de los datos y antecedentes obrantes en el Negociado de Población y Demarcación Territorial, resulta que en la C/. Bartolomé Riutort de esta ciudad, *no ha existido ni existe en la actualidad edificio al que*

*corresponda el n° 160*”; dato que elimina la aplicación de la normativa y doctrina citadas, en tanto que a su vista resulta aplicable la norma contenida en el art. 505-2 del CCom. (“*no siendo posible hallarlo por cualquier causa*”) en orden a la notificación cedular “a un vecino con casa abierta de la población”, que es lo realmente efectuado en el caso que se decide (Folio 4), al notificarse el protesto a un vecino de la calle Bartolomé Riutort tras hacerse constar la circunstancia expresada de no poder encontrar el número 160 de la misma vía; lo que hace decaer el motivo de nulidad invocado como causa única de oposición y con él el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que lo desestimó.

**CONSIDERANDO:** Que se estima existente temeridad en la recurrente, por lo que procede condenar a la misma al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que, desestimando integralmente el recurso de apelación interpuesto por los ejecutados entidad mercantil “H., S.A.” y don H. S. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Juzgado de Primera Instancia número uno 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 a la recurrente al pago de las costas de este recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 100

**100. ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Obras incontestadas: Lo son las que tienen por objeto el cambio de lugar de una puerta de comunicación interior. Conocimiento y consentimiento: diferencias. Consentimiento presunto: requisitos del acto que permite inferirlo. Análisis de la prueba. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que tanto por lo manifestado por la demandada al contestar el requerimiento notarial cuya copia se acompañó a la demanda (Folio 34 vt°) cuanto por la absolución de las posiciones que para su confesión judicial le fueron formuladas (Folios 67 y 68) ninguna duda cabe acerca de la certeza de la realización por parte de aquella de las obras denunciadas en la demanda (supresión de un banco de obra y cambio de ubicación de una puerta interior en el local) como constitutivas de la causa resolutoria 7ª del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; de manera que con carácter prioritario para la decisión debe analizarse si tales obras son o no constitutivas de un cambio o modificación de la configuración de la cosa arrendada, cuestión que debe —contra lo estimado por el juzgador de primer grado— resolverse en sentido afirmativo, ya que aun prescindiendo de la consistente en la supresión del banco de obra revestido de cerámica (que sí la integraría también por aplicación del art. 334-4° del CCiv.), el cambio de ubicación de



una parte de comunicación interior mediante el tapiado de la anteriormente existente y la apertura de una nueva en otro lugar de la misma pared, asimismo se inserta claramente en esta clase de obras, conforme sanciona una reiterada y especificada doctrina jurisprudencial (SS. de 26 de abril de 1966 y 2 de octubre de 1971, entre varias), en tanto que, como proclama la S. de 5 de noviembre de 1969, "reiteradamente tiene declarado esta Sala que la configuración del local no está determinada solamente por la distribución, dimensiones y partes, sino también por los medios de comunicación de éstas entre sí y con el exterior".

**CONSIDERANDO:** Que si bien no es compartible la fundamentación de la sentencia apelada en cuanto la misma argumenta en orden a la existencia de un consentimiento o autorización presuntos de la arrendadora en base a un conocimiento sin protestas por parte de la misma coetáneo a la realización o ejecución de las obras, ya que al argumentar así está desconociendo una reiterada doctrina jurisprudencial que indica que no cabe identificar el conocimiento —acto intelectual— con el consentimiento —acto volitivo— (SS., entre muchas, de 13 de mayo de 1964, 22 de febrero de 1967 y 10 de febrero de 1975); no es menos cierto que también la doctrina jurisprudencial ha admitido la posibilidad de un consentimiento tácito o, por mejor decir, presunto que "tiene que deducirse de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones, al derivarse de hechos concluyentes o inequívocos (SS. de 4 de marzo de 1961, 10 de junio de 1968 y 5 de mayo de 1975, entre otras)", y que en el caso que ahora se deduce, dicese, se decide el conjunto de la prueba practicada muestra no sólo la existencia de tal autorización por la vía presuntiva de los arts. 1.249 y 1.253 del CCiv., sino incluso la existencia de una autorización previa expresa manifestada verbalmente, ya que la actora al prestar confesión en juicio (Posición 2ª, folios 86 y 87) reconoce que las negociaciones sobre el traspaso las llevó a cabo con el señor M. M., esposo de la anterior arrendataria, y éste al prestar declaración testifical (Preg. 7ª, folio 89) expresa la certeza de la autorización a cambio o como contraprestación de una elevación de la merced arrendaticia en porcentaje superior al legal, confirmando la veracidad del aserto por la efectiva elevación en un 25% en lugar del previsto por el art. 42 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (15%) para los casos en que no se pactase otro distinto; todo lo que, en unión de la testifical acreditativa de la presencia de la actora en el local mientras se realizaban las obras, conlleva la anterior deducción y, con ella, determina el rechace del recurso de apelación interpuesto por la demandante.

**CONSIDERANDO:** Que no se estima existente temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña F. O. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos incidentales arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas de este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

**101. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de pago: ofrecimiento del mismo no aceptado por el acreedor y no seguido de consignación. Talón conformado: su ineficacia a tales efectos. Requisitos del pago para que surta efectos extintivos: integridad. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982 DE 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio de 300.000 pesetas con vencimiento 10-03-80, protestada por falta de pago y dirigida contra el aceptante, este alega, como único motivo de este recurso, como ya lo hiciera en primera instancia como causa de oposición, la excepción de pago, al haber ofrecido por conducto notarial, el día 22 de Julio de 1980, un talón conformado contra una cuenta corriente bancaria suya, de 659.388 pesetas, —cantidad correspondiente a la letra de cambio mencionada, a otra de igual cuantía y a una tercera de 59.388 pesetas que adeudaba a la entidad el hoy ejecutante—, más 5.000 pesetas en efectivo en concepto de gastos de protesto, a los interventores de la sociedad acreedora, quienes no aceptaron el mencionado talón ni las 5.000 pesetas, por existir unas diligencias judiciales en trámite y desconocer el importe total a que ascendían las costas (folios 42 y 43).

**CONSIDERANDO:** Que el artículo 523 del Código de comercio proclama que “contra la acción ejecutiva por letras de cambio no se admitirán más excepciones que las consignadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, y esta Ley procesal menciona como 2ª excepción admisible en el juicio ejecutivo, pago; excepción que, tiene un carácter especial, ya que solo es oponible al acreedor pagado y que a diferencia de las demás excepciones puede ser opuesta por cualquier deudor contra quien se dirija el acreedor pagado (las demás excepciones personales solo tiene efecto “inter partes”).

**CONSIDERANDO:** Que el pago, estructurado en el artículo 1157 del Código Civil como realización de la prestación debida que trae como consecuencia la extinción de la obligación —artículo 1.156 del mismo Código— no se reputa realizado en el supuesto que ahora se dilucida en esta alzada, por las siguientes razones: a) porque la doctrina jurisprudencial patria tiene declarado que aún cuando el problema de si el pago implica un mero hecho, que realiza el deudor “animus solvendi”, independientemente de la voluntad del acreedor y en contra de esta, o si por el contrario implica un acto o negocio jurídico, para el cual hacen falta requisitos análogos a los de la constitución de un contrato, cuales son la capacidad y absoluta libertad en los mismos sujetos que establecieron la obligación o en sus causahabientes y más especialmente la capacidad del acreedor, admite soluciones diferentes, según los casos, por razón, sobre todo, del diverso contenido que puede tener la obligación, ha de entenderse que cuando se trate de una obligación de dar o entregar, el pago no queda cumplido con la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación (Sentencias de 18 Noviembre 1944, 1 Mayo, 1 y 7 Junio 1945, 13 Junio y 26 Noviembre 1948 y 26 Febrero 1963, entre otras muchas), y en el presente caso, los interventores de la entidad acreedora suspensa, no aceptaron el talón bancario que el hoy apelante le ofreció a través de un fedatario público. b) por cuanto en nuestro derecho positivo el mero ofrecimiento de pago, aún realizado por conducto notarial y negándose sin razón admitirlo, caso que no es el presente, a quien se hiciera, no determina que quede libre de responsabilidad el deudor, a no ser que lleve a cabo seguidamente la consignación de la cosa debida (artículo

1176 del Código Civil), diligencia esta que ni siquiera ha sido intentada. c) ya que el talón, aunque sea conformado, no constituye pago sino un medio de pago; de ahí el apartado segundo del artículo 1.170 del repetido Cuerpo legal. y d) porque para que el pago constituya un medio de extinguir las obligaciones y producir el efecto de liberar las suyas al deudor, se requiere que sea completo y total, como lo exigen entre otras. muchas sentencias las de 15 de Junio 1946, 22 Marzo 1947 y 20 Noviembre 1975, y en el presente caso el ofrecimiento ni siquiera fue total, ya que no comprendió cantidad alguna por los gastos judiciales causados —la ejecución judicial se despachó el mismo día del ofrecimiento notarial 22 de Julio de 1980—, ni tampoco por los intereses legales devengados desde la fecha del protesto —artículo 526 del Código de comercio—; y por todo ello, no puede prosperar la excepción de pago esgrimida, al no haberse verificado el pago aducido.

**CONSIDERANDO:** Que al ser la letra de cambio, título que lleva aparejada ejecución al ir acompañada de la correspondiente acta de protesto por falta de pago —nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— al rechazarse la única excepción formulada y al haberse observado todos los trámites legales, procede, previa desestimación del recurso interpuesto, confirmar la sentencia que manda seguir la ejecución adelante hasta hacer trance y remate de los bienes embargados al deudor.

**CONSIDERANDO:** Que se aprecia temeridad en el recurrente a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don V. C. T., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diez de Junio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Ibiza y su Partido en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 106

**106. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Excepción de falta de legitimación pasiva: desestimación por alcanzar la responsabilidad al dueño del vehículo que lo había alquilado. Sentencia penal: es vinculante para el Tribunal civil. Doctrina del T.S. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** que la impugnación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza se polariza en dos motivos disímiles; a) El orientado a combatir la estimación por el juzgador "a quo" de la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado en base al ordinal 4º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que funda en una doble vertiente: no justificación de la condición de propietario del vehículo y falta de intervención en los hechos con la correlativa exoneración de responsabilidad del

mismo. b) El encaminado a desvirtuar la preclusión derivada del juicio de faltas seguido en el Juzgado de Distrito de Ibiza por el mismo accidente circulatorio o de tránsito del que la hoy recurrente trata de arrancar el fundamento de la pretensión indemnizatoria ejercitada en la demanda instauradora; motivos impugnativos disímiles y que por ello deben ser analizados separadamente.

**CONSIDERANDO:** Que debe ser estimado correcto el primero de los submotivos argüidos por la recurrente en orden a la incorrección técnica de haber acogido la sentencia apelada la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado, ya que la demandada hoy apelada dilencia —en su obviamente interesado y parcial sentir— que toda excepción grava al que la opondrá con la carga de la prueba de los presupuestos de hecho sobre los que la funda en virtud de los principios “*reus in excipiendo fit actor*” y “*reus in exceptionibus actor reputabitur*” tan reiteradamente sancionados por la jurisprudencia que resulta impertinente su cita pormenorizada; carga probatoria plenamente asignable al demandado (que no la practicó) en el caso de autos, en tanto que la titularidad del vehículo no es un hecho negativo, sino impeditivo, ya que los automóviles y en general los vehículos de motor son en cierta manera reconducibles en cuanto a su identificación asimilables a los bienes muebles a través de las circunstancias señaladas en el artículo 35 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, estando siempre su titularidad amparada por un título (Permiso de Circulación) regido por la correspondiente normativa administrativa (Artículos 249 y ss. del Código de Circulación); de manera que tal dato impeditivo (que el titular del vehículo era persona natural o jurídica distinta del demandado) era de fácil acreditamiento para éste; a lo que aún hay que añadir que lejos de acreditar tal dato, en autos existen otros de signo contrario que permiten ciertamente deducir —aun sin acudir al mecanismo del “*onus probandi*”— que el demandado era el titular del vehículo y que “A. U.” era un simple nombre comercial no dotado de personalidad jurídica, cuales son: a) Que el demandado indica como domicilio al otorgar el poder para pleitos con el que actúa en este proceso (Folio 557 el de “A. U.”, sin expresar que se trate de una sociedad.- b) Que la Guardia Civil de Tráfico instructora del atestado practicado en las diligencias penales (Folio 24) hace constar que dicho demandado con M. T. C. actúa como intérprete en la declaración del conductor del Seat-600 y le asigna la condición de “titular del vehículo”; todo lo que hace decaer la excepción desde esta primera vertiente.

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte estimatoria ha de tener la segunda de las alegaciones encaminadas a combatir la estimación de falta de legitimación pasiva, que el demandado hoy apelado trató de fundar en la alienación del mismo en el accidente de autos, ya que es sobrado conocido que la doctrina legal ha ido ensanchando el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivados del riesgo e incluyendo en aquél los supuestos como el presente de arrendamiento o alquiler de vehículos sin conductor con fundamento o base en el principio “*ubi est emolumentum, ibi est incommodum*” genéricamente consagrado por la S. del T.S. (Civil) de 23 de febrero de 1976 (siguiendo las directrices de la jurisprudencia penal), al proclamar que “el afán progresivo del T.S., adaptando viejas normas a las necesidades del vivir actual, ha dado lugar a una interpretación extensiva de los casos en que se debe responder por hecho ajeno, superando los estrechos moldes de la rigurosa exigencia del subjetivismo para matizarla con referencias objetivas a una relación que empezó siendo de dependencia familiar o laboral, pasó a ser de beneficio económico o espiritual y ahora basta con que simplemente exista, sin que sea necesariamente de naturaleza jurídica típica, gratuita o remunerada, permanente o transitoria, con el solo condicionamiento de que la actividad de la persona esté, al menos potencialmente, sometida a la intervención de quien ha de ser responsabilizado”; doctrina, pues, que impone la desestimación del recurso de apelación interpuesto y obliga al examen de fondo de la pretensión.

**CONSIDERANDO:** Que distinto destino ha de tener en cuanto a su éxito la impugnación de la actora encaminada a desvirtuar la preclusión apreciada por la sentencia apelada (si bien en forma ambigua y encaminada al extremo de apreciación de temeridad a efectos de imposición de costas de primera instancia), ya que la recurrente ha partido exclusivamente del dato de que en autos sólo existía una copia simple no autenticada de la sentencia recaída en juicio de faltas seguido por el mismo hecho (Folio 59); mas al haberse aportado

al rollo por esta Sala, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, testimonio de dicha resolución expresivo de la firmeza de la misma, llano es que en virtud de la normativa contenida en los artículos 111, 114 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento criminal no puede ahora este órgano jurisdiccional civil en virtud del principio "le criminel tient le civil en état" reexaminar lo decidido ejecutoriamente en la causa penal en la que recayó sentencia firme condenatoria del hoy actor como culpable y consecuentemente responsable único de la colisión de los móviles, al ser vinculante la sentencia dictada (SS. de 5 de abril de 1975, 25 de marzo de 1976 y 15 de junio de 1981, entre muchas), al modo señalado por la S. de 20 de octubre de 1981: "el efecto consuntivo ha de entenderse abarcador de todas las responsabilidades civiles de cuantas personas pudieron haber sido traídas al proceso penal en cualquier concepto"; todo lo que conduce a la desestimación de la demanda y del recurso interpuesto en lo esencial, aunque según lo expresado haya de ser rechazada la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

**CONSIDERANDO:** Que la parcial estimación de las posiciones procesales de las partes en ambas instancias veda hacer en ninguna de ellas una declaración especial en cuanto a costas.

**FALLAMOS:** Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante don W. W. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana y desestimándolo en lo demás, debemos revocar en parte dicha resolución y confirmarla en lo demás y, en consecuencia, debemos declarar y declaramos: Primero.- No haber lugar a la exceptuación de falta de carácter opuesta por el demandado don M. T. C.- Segundo.- Desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el referido actor contra dicho demandado, al que absolvemos de la pretensión ejercitada en la demanda; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias de este juicio.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 107

**107. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Tacha de falsedad a la aceptación: es necesario que la fórmula usada implique negación categórica de la autenticidad de la firma. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la incomparecencia de las partes ejecutada-apelante y ejecutante-apelada al acto de la vista del recurso que se resuelve, unida a la corrección técnica de las argumentaciones expuestas por el Juez a quo, es motivación suficiente para confirmar íntegramente la resolución impugnada, si bien, a efectos puramente corroborativos y dado que la causa de oposición planteada en la primer instancia consiste en la nulidad del juicio derivada de la carencia de fuerza ejecutiva del título cambiario por haberse pue-

to tacha de falsedad a la aceptación en el plazo establecido por el artículo 506 del Código de Comercio, mediante la manifestación literal siguiente: "Que no paga la letra por reconocerla de civilmente falsa y se reserva los derechos civiles y penales correspondientes", conviene precisar que dicha formula no cumple la exigencia del párrafo 3º del artículo 521 del Código de Comercio, conforme a la redacción dada por la Ley 47/1967, de 23 de julio, pues no supone una negativa categórica a la autenticidad de la firma que resulta requisito imprescindible como precisó la Exposición de motivos de la citada Ley, al expresar que "el nuevo texto no concede el efecto impeditivo de la ejecución más que a la tacha de falsedad de la firma formulada en forma categórica y rotunda".

**CONSIDERANDO:** Que analizados el contenido de la oposición y la conducta procesal de la parte apelante, se valora como temeraria la postura de ésta, por lo que se le condena al pago de las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por M. H. C., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio ejecutivo de que dimana este rolo, condenando a la apelante al pago de las costas de esta segunda instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

## 108

**108. RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO.** Caducidad de la acción: el momento inicial del término viene dado por el conocimiento de la venta. Requisitos de este conocimiento, determinación del tiempo en que tuvo lugar y valor de las presunciones a tales efectos. Inscripción y conocimiento. Análisis de la prueba. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que el primer tema que, "in limine litis", ha de ser abordado en trance fundamentador no puede ser otro que el de la caducidad de la acción de retracto, como tal integrante de un derecho real de adquisición (Por todas, SS. de 26 de noviembre de 1966 y 5 de diciembre de 1981) y por ello sometida —en cuanto "pari passu" su propia naturaleza lo instala en la esfera de los derechos constitutivos o de modificación de una relación jurídica preexistente— a un régimen especial determinado incluso por su apreciabilidad de oficio por el órgano jurisdiccional, según reiteradísima doctrina legal (Por todas SS. de 20 de noviembre de 1958, 26 de diciembre de 1970 y 26 de junio de 1974); iniciándose el computo del plazo de tres meses para el ejercicio del derecho a retraer, conforme a lo dispuesto por el artículo 16-4 del Reglamento aprobado por Decreto 745/1959, de 29 de abril, desde que el arrendatario tiene conocimiento por cualquier medio de la transmisión, conocimiento que ha de ser pleno, cabal, cierto, completo y exacto y perfecto de todas las condiciones de la transmisión (SS., p. ej. de 6 de mayo de 1971, 25 de octubre de

1973, 8 de octubre de 1975, 6 de febrero de 1979 y 20 de mayo de 1981) sin que equivalga al mismo desde la reforma introducida por la Ley de 1949 la inscripción en el Registro de la Propiedad, anteriormente parificada al conocimiento efectivo como fecha de inicio del cómputo de la prescripción por el artículo 16 de la Ley de 1935, según indica la jurisprudencia (por todas S. de 15 de diciembre de 1975).

**CONSIDERANDO:** Que para acreditar el conocimiento por parte del arrendatario/aparcero del conocimiento pleno y exacto de las condiciones de la transmisión la norma no introduce tasa probatoria alguna, por lo que debe entenderse idóneo el de presunción deducida conforme a los artículos 1249 y 1253 del Código Civil, mediante cuya aplicación se llega en el caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional a la deducción de que el hoy actor tuvo conocimiento en fecha muy anterior a la del ejercicio de la acción de retracto y desde luego superior al plazo preclusivo señalado por la Ley de la transmisión y de sus condiciones, ya que son hechos firmemente acreditados en autos los siguientes: 1º)- Que entre la transmisión de la nuda propiedad (22 de octubre de 1954) y el ejercicio de la acción de retracto (22 de octubre de 1980) transcurrió el dilatado plazo de veintiséis años exactos, durante los cuales el aparcero hoy actor-apelado cultivaba la finca y acudía periódicamente a rendir cuentas de la explotación y a entregar a la usufructuaria los frutos correspondientes hasta el año 1980 en que la misma falleció (Folio 71). 2º)- Que el mismo actor/aparcero era arrendatario de las fincas colindantes, cuyo dominio adquirió de las mismas transmitentes a través de la escritura pública de 13 de marzo de 1978 (Folios 40 y ss.).- 3º)- Que la finca cuyo retracto ahora se pretende estaba formada por segregación de una finca matriz cuyo resto precisamente eran los predios adquiridos por el hoy demandante en la escritura últimamente referida.- 4º)- Que el título de la transmitente al actor en la escritura de 1978: escritura pública de donación de 29 de octubre de 1954 (Folios 90 y ss.) describe las fincas lindantes con las después vendidas al demandante por el Sur con "porción vendida a don F. C. V."- 5º)- Que esta colindancia es en cambio omitida en la escritura tantas veces citada de 1978; de todo lo que se deduce que necesariamente el demandante tuvo que tener conocimiento exacto y completo de la transmisión en la que ahora pretende subrogarse en fecha muy anterior y desde luego comprensiva de un plazo más dilatado del legalmente previsto para la caducidad de la acción, lo que determina la estimación de la misma y con ella el rechace de la demanda interpuesta.

**CONSIDERANDO:** Que al revocarse la sentencia apelada no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada; así como tampoco sobre las de primer grado jurisdiccional, al no ser preceptivas (artículo 53 del Reglamento de 1959) y no reputarse existente temeridad en la demandante.

**FALLAMOS:** Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don F. C. V. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor en autos de juicio especial de retracto arrendaticio rústico de que este rollo dimana, debemos, con revocación de dicha resolución, desestimar y desestimamos la demanda interpuesta contra aquél por don B. M. A., absolviéndole consecuentemente de la pretensión ejercitada en dicha demanda; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias del presente juicio.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

**109. TERCERIA DE DOMINIO.** Título constituido por documento privado: pleno valor del mismo frente a terceros cuando resulte acreditada la autenticidad de su fecha por referencia a otros actores con él relacionados. Tradición: la constituye el anterior arrendamiento de la cosa. Pacto de reserva de dominio: no obsta al derecho. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que el acatamiento de la parte apelante al pronunciamiento judicial desestimatorio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, opuesta como excepción del n° 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y encuadrada en el n° 6 del mismo artículo por la resolución dictada en la primera instancia, y la existencia de opiniones concordantes respecto a la identificación del bien objeto de tercera y al hecho del embargo —equivalente a la posesión sin título por tercero— reducen el tema impugnativo a la determinación de si el tercerista apelado ha acreditado cumplidamente la adquisición del dominio con anterioridad al momento en que se causó la traba cuyo alzamiento solicita.

**CONSIDERANDO:** Que el documento privado de compraventa obrante a los folios 75 y 76 —fundamento básico de la pretensión actora— en el que consta como fecha de su otorgamiento el 29 de julio de 1972 y por el que la Sociedad X., S.A., co-demandada en situación de rebeldía, vendía al apelado el bien que posteriormente embargaría Hacienda por deudas tributarias de aquella entidad, ofrece dos problemas esenciales: A) la autenticidad de su fecha, dado que se aporta al proceso como medio probatorio con eficacia respecto a terceros (artículo 1227 del Código Civil) y B) la concurrencia de la tradición por imperativo de los artículos 609 y 1095 del Código Civil y no operar sobre el título privado aportado la presunción de la tradición "ficta".

**CONSIDERANDO:** Que para la determinación de la fecha del documento aportado, el T.S., lejos de la sentencia de 26 de febrero de 1894 que calificaba el artículo 1227 del Código Civil como de "absoluto y terminante", sostiene con un criterio muy cercano al carácter abierto del artículo 2704 del ordenamiento civil italiano, que la fecha de un documento privado puede ser acreditada por cualquier otro motivo probatorio admitido en derecho (SS. T.S. 30-1-1958 que admitió la comprobación por referencia a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, 16-2-1968, 20-2-1969 y 6-7-1977), viniendo así a quedar considerada la fecha de un documento de tal naturaleza, una vez incorporado al proceso, como una afirmación fáctica paralela al resto de las alegaciones y susceptible, por tanto, de ser verificada por los medios probatorios citados, sin que ello atente contra la seguridad jurídica que, sin duda, fundamentó el referido artículo 1227.

**CONSIDERANDO:** Que las dos transferencias bancarias, que el tercerista ordenó cursar a favor de X., S.A. Y., S.A., una de ellas el 5 de junio de 1972 por importe de 45.000 pesetas desde el Banco Ex. de B., y la otra el 24 de julio del mismo año, por importe de 355.000 pesetas, desde la B. G. de L., incorporadas al proceso por medio de sus copias (folios 5 y 7), al quedar autenticadas por la comunicación del Banco de S. (folio 65) en relación con las fotocopias obrantes a los folios 63 y 64, y referirse al contrato privado de compraventa —así se estima vista la identidad existente entre su beneficiario y la Sociedad vendedora, y entre su importe y el precio del inmueble reclamado, considerada la ausencia



en el proceso de dato alguno que insinúe, al menos, la existencia de relaciones comerciales distintas que pudieran motivarlas y constatado el otorgamiento de posterior escritura pública (inválida por sí misma para la justificación dominical necesaria), constituyen el medio probatorio que verificando directamente la realidad de la remisión del precio de la compraventa en el año 1972, viene a fijar como cierto que el 29 de julio de 1972 se formalizó la compraventa en que el tercerista fundamenta su pretensión.

**CONSIDERANDO:** Que el requisito de la entrega de la cosa exigido por los artículos 609 y 1095 del Código Civil para que se efectúe la transmisión de la propiedad, debe entenderse cumplido por cuanto el contrato celebrado el 29 de julio de 1972 entre el apelado y la Sociedad Y., S.A. (folio 20) por el que el primero cedía en arrendamiento a la segunda el bien objeto de compraventa y tercería (contrato reconocido por el legal representante de la Sociedad arrendataria, folio 60) constituye una tradición por *constitutum possessorium* —supuesta una agrupación o concierto entre las Sociedades vendedora y arrendataria como podría inferirse de las transferencias bancarias antes analizadas y de sus correspondientes abonos (folio 65), o, de cualquier forma, presupone una recepción del inmueble y revela, atendida la cadena de actos anteriores, un acto inequívoco de señorío sobre el mismo.

**CONSIDERANDO:** Que de los razonamientos expuestos en las fundamentaciones anteriores se concluye, como acertadamente hizo el juez a quo, que el tercerista adquirió la propiedad del bien objeto del embargo con anterioridad a éste (29 de julio de 1972 y 5 de abril de 1975, respectivamente), sin que frente a ello posea fuerza obstativa la reserva de dominio pactada en la cláusula cuarta del contrato de compraventa, tanto porque el íntegro pago del precio privaría de eficacia a la misma, como porque el contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio comienza a consumarse con la entrega de su objeto, teniendo unos caracteres, condiciones y efectos que señalados por Ley no pueden quedar desnaturalizados por un pacto inter-partes, que no es natural al mismo, ni tiene potencia para alterar el sistema general de transmisión dominical establecido por el artículo 609 del Código Civil, y por el que, frente a terceros, el comprador es dueño de la cosa y está legitimado para accionar en defensa de su propiedad, y frente al vendedor resulta titular de un inicial dominio que continuará progresando hasta el total pago del precio y cuyo incumplimiento podrá generar únicamente acciones internas.

**CONSIDERANDO:** Que al no apreciarse temeridad ni mala fe en la interposición y mantenimiento del recurso que se resuelve, procede en uso de las facultades conferidas por la disposición adicional de la Ley 8/1963, de 8 de julio, no hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta instancia.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el SR. ABOGADO DEL ESTADO debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el catorce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de tercería de que dimana este rollo, sin hacer expresa declaración sobre el pago de las costas de esta instancia. Notifíquese la presente resolución en forma edictal a la Sociedad demandada declarada en rebeldía si en tercero día no fuere solicitada la personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

**110. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de falta de provisión de fondos. Carga de la prueba de la misma. *Sentencia de 27 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las distintas alegaciones de los litigantes sobre el negocio jurídico por el que convinieron la emisión y aceptación de las letras de cambio ejecutadas —la libradora, ahora apelada, afirma que una de ellas fue aceptada como medio de devolución de un préstamo de 100.000 pesetas y la otra como reembolso de unos pagos que por corresponder a un negocio explotado por la ejecutada debían ser satisfechas por ésta, quien, por el contrario, alega que aceptó ambas cambiales como garantía del pago de parte del precio fijado en un contrato conjunto de traspaso del local de negocio del que aquella era arrendataria y de compraventa de la industria existente en el mismo— obligan al análisis de las pruebas que aportadas por cada parte como medio de verificación directa de sus afirmaciones, vienen derivadamente a evidenciar la inexactitud de las contrarias y a establecer la base resolutoria de la específica oposición de falta de provisión de fondos articulada como causa de nulidad.

CONSIDERANDO: Que analizados los medios probatorios aportados por la libradora ejecutante en relación con su afirmación básica resulta que: A) La libradora entregó a la ejecutada, ahora apelante, la cantidad de 100.000 pesetas en concepto de préstamo, mediante el cheque n° 821.144 librado contra su cuenta corriente n° 989 abierta en el Banco Z. del M., que fue ingresado por la prestataria el 20 de abril de 1977 en su cuenta corriente del Banco de C. B. —certificaciones bancarias (folios 45 y 53) y absolución de la ejecutada a la posición 5ª—; y B) La libradora abonó, a través de su cuenta corriente abierta a nombre de M. M. C. "C. Q.", en el Banco E. de C., distintos pagos que por corresponder a la explotación de un negocio que la demandada regentó desde primeros de abril de 1977 hasta finales de febrero de 1978, en especial situación de provisionalidad en tanto se obtuviera el consentimiento del propietario del local para el traspaso de éste, debían ser satisfechos por la ejecutada, ahora apelante (absolución a las posiciones 4ª y 7ª).

CONSIDERANDO: Que por lo antes expuesto la ejecutante, en cumplimiento de la carga probatoria que le corresponde por su posición cambiaria de libradora, ha justificado unas relaciones con la ejecutada normalmente determinantes de la aceptación de las letras y de la existencia de provisión de fondos en esta última quien no ha logrado con su actuación procesal desvirtuarlas dado que: 1º) No ha propuesto prueba alguna destinada a acreditar la devolución del préstamo; 2º) Ha manifestado haber devuelto a la prestamista-libradora ejecutante la cantidad de 100.000 pesetas, en dinero efectivo, —así consta en la diligencia de careo obrante en el sumario n° 14181 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia e Inspección de Inca e incorporada al rollo de apelación mediante testimonio—, y tal manifestación resulta contraria a la vertida en la querrela por ella interpuesta y que dio lugar a la incoación del procedimiento penal citado pues consta que, en todo caso, las 100.000 pesetas habían quedado saldadas mediante el pago de una letra de cambio —extraña a la litis— vencida el 19 de marzo de 1978, que sin embargo, para el marido de la ejecutada —en nueva contradicción— y según manifestó en la demanda de conciliación presentada el 14 de marzo de 1978 (folio 24 vuelto) había servido para cumplir la obligación estipulada en el apartado B) de la condición tercera del contrato de traspaso del local de negocio; y 3º) Las argumentaciones vertidas "in voce" por la ejecutada-apelante en el acto de este recurso no han conseguido contrarrestar la tesis actora sobre la causa de la segunda cambial, pues el principio que las fundamentó —los gastos del negocio se pagaban con los in-

gresos del mismo (unos y otros a través de la cuenta corriente abierta en el Banco E. de C. a nombre de M. M. C. C. Q.), y al ser éstos superiores a aquellos el saldo sería favorable a la ejecutada— carece de la solidez necesaria para el fin pretendido por cuanto la ejecutante cambiaría afirmó haber realizado ingresos propios, en concreto 300.000 pesetas abonadas por la ejecutada en cumplimiento de la condición segunda del meritado contrato, y así ha quedado inicialmente probado mediante el extracto de la cuenta antes reflejada obrante en el rollo de apelación.

**CONSIDERANDO:** Que la apelada no ha logrado acreditar la realidad de su alegado contrato causal de las cambiales, por cuanto: 1º) El documento privado en que los litigantes exteriorizaron su negociación de traspaso del local de negocio y compraventa de la industria no contiene estipulación alguna por la que referir directamente las letras de cambio litigiosas al precio aplazado, ni indicio que lo permita pues las fechas en que los plazos debían ser satisfechos no se corresponden con las de vencimiento o libramiento de las cambiales, ni las cuantías de aquellos con el importe de estas; 2º) La tesis de la ejecutada no armoniza con el contenido del acto de conciliación celebrado entre su esposo y la ejecutante (folio 24) el 14 de marzo de 1978 (fecha posterior a la aceptación de las cambiales litigiosas) pues tras manifestar aquel haber pagado 700.000 pesetas a cuenta del precio del traspaso y compraventa, y admitir que restan por abonar 450.000 pesetas cada uno de los días de 1 de marzo de 1978, 1979, 1980 y 1981 no hace referencia alguna a las cambiales aceptadas —en su versión— como garantía de dichos pagos; 3º) Igual falta de coonestación tiene la tesis de la ejecutada con el contenido de la demanda de conciliación presentada por ella y su esposo el 28 de abril de 1978, pues pese a solicitar, en base al incumplimiento de la ejecutante de su obligación de obtener el consentimiento del propietario del local para consumir válidamente el traspaso de éste, la devolución de las 700.000 pesetas referidas en el apartado anterior, ninguna reclamación hace sobre las cambiales litigiosas —ya aceptadas— ni siquiera sobre una de ellas —ya vencida el 24 de marzo de 1978—; 4º) También resulta contrario a la versión de la apelante que ésta aceptara el 24 de febrero de 1978 una de las letras de cambio litigiosas, siendo que anteriormente, el 8 del mismo mes y año, su esposo, a través de requerimiento notarial realizado a instancia del propietario del local de negocio donde se ubicaba “C. Q.” tuvo conocimiento de que su voluntad era contraria a la cesión de dicha propiedad.

**CONSIDERANDO:** Que la deficiencia existente en el resultado probatorio de la ejecutante —no ha logrado conectar plenamente los probados contratos con las letras de cambio litigiosas— ha quedado compensada, en el coordinado juego de cargas probatorias dadas las afirmaciones de la ejecutada sobre la existencia de negocios causales distintos de aquellos, con la ineficacia absoluta de los medios probatorios aportados por esta para acreditar la realidad de sus alegaciones, por lo que estimándose acreditada la provisión de fondos por ser deudora la ejecutada en cuantía cuando menos igual al importe de las cambiales, procede confirmar íntegramente la resolución recurrida.

**CONSIDERANDO:** Que no procede hacer declaración expresa sobre las costas de este grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por J. C. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca el dos de octubre de mil novecientos setenta y nueve en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

**111. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de provisión de fondos por incumplimiento del contrato causal: inoponibilidad de esta excepción a terceros tomadores ejecutantes. Excepciones al principio: actuación de mala fe o intervención del ejecutante en el subyacente. Facultad del tenedor de dirigir su acción contra los intervinientes en la letra. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que los ejecutados, ahora apelantes, incomparecidos en la vista del recurso que se resuelve, oponen a la pretensión ejecutiva de la Sociedad portadora de la cambial la nulidad del juicio por entender que el título que lo fundamenta carece de fuerza ejecutiva ya que: 1) Su importe es inexigible por haber incumplido el librador la contraprestación a que le obliga el contrato subyacente, siendo esta circunstancia conocida por la endosataria mencionada y 2) La ejecutante debió dirigir su acción contra la endosante y no, como incorrectamente ha hecho, contra la aceptante.

CONSIDERANDO: Que la desestimación efectuada por el Juez a quo de la oposición mencionada procede mantenerse en esta alzada, precisando con finalidad corroborativa que: A) La inexigibilidad del importe de la cambial queda asentada en una falta de provisión de fondos como expresamente reconocen los ejecutados en el hecho segundo de su escrito de oposición al afirmar "que el motivo del impago de la cambial fue el incumplimiento del contrato causal por parte del librador" y esta causa de oposición, creada jurisprudencialmente para atenuar el rigor del artículo 480 del Código de Comercio, es oponible cuando el juicio cambiario se estructura entre las mismas partes que intervinieron en la relación subyacente o causal, y no cuando quien actúa los derechos derivados de la letra de cambio es un tenedor legítimo de la misma ajeno a las relaciones extracambiarías preexistentes entre los creadores de la negociación cambiaria (SS. T.S. 18-11-1954, 24-3-1959, 22-2 y 18-3-1960, 18-2-1966 y 4-12-1981), salvo cuando el tercero, como tiene declarado el T. S. en S., por todas, de 17-1-1970 "haya adquirido la letra a sabiendas, en detrimento del deudor —animus nocendi—, es decir, con la intención de dañar a dicho deudor y con resultado dañoso para el mismo; por eso también esta Sala, ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra, actuó con mala fe o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia, la concepción de falta de provisión de fondos —S. 18-12-1964". B) Que la actora-ejecutante tiene legítimamente el efecto-título ejecutivo en virtud del modo típico de circulación de la letra (artº 461 C. Comercio) que es el endoso, sin que los apelantes hayan acreditado que interviniera de modo alguno en las relaciones causales. C) Que la alegada incorrecta dirección de la acción ejercitada, sobre no haber sido traída al proceso por la vía del nº 4 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece de fundamento legal dado que, por una parte, el aceptante resulta ser el obligado principal en la letra —artículo 480 C. Comercio— y por otra, el endoso pleno, como el operado sobre la cambial litigiosa, transmite la propiedad de la letra produciendo la renovación de la orden de pago y creando —como función principal— la legitimación del endosatario adquirente como creador cambiario para diri-

gir su acción, caso de impago, contra el aceptante, librador o cualquiera de los endosantes, a tenor de lo dispuesto por el artículo 516 del Cuerpo legal citado.

CONSIDERANDO: Que no apreciándose en el contenido de la oposición ni en la interposición del recurso más finalidad que la dilatoria, se imponen, por la temeridad que tal actuación supone, las costas de esta instancia a la parte apelante.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don B., Don P., Don G., Doña M. A. y Doña M. C. R. C., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

## 112

**112. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Culpa extracontractual. Prescripción: se interrumpe con la presentación de la papeleta de conciliación y no con la celebración del acto y por la de la demanda de pobreza aunque no vaya acompañada de los documentos específicos. Coexistencia de culpas: criterios jurisprudenciales. Estimación de la demanda. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en la que se condena a los demandados a pagar solidariamente la cantidad de cuatro millones de pesetas, como indemnización por los daños y perjuicios que sufrió el menor representado por el actor, por el fallecimiento de sus padres ocurrido al ser arrollados por el tren n° 4564 el día 25 de Noviembre de 1974, sobre las 15,07 horas, el automóvil en que iban, cuando cruzaba el paso a nivel de carácter particular que conduce a una finca propiedad de una de las partes demandadas, sito en el punto kilométrico 5,610 de la vía de ferrocarril Palma-La Puebla, se impugna por los siguientes motivos: 1°) por prescripción de la acción entablada; 2°) por no concurrir en los demandados el elemento culpa o negligencia, base y fundamento de la acción contra ellos ejercitada; 3°) por no haberse apreciado negligencia en la actuación de las víctimas, con el consiguiente efecto reductor del "quantum" indemnizatorio, y 4°) por ser, en sí, excesiva la indemnización otorgada.

CONSIDERANDO: Que, concordes las partes litigantes en que el plazo de un año que señala el artículo 1968, n° 2 del Código Civil para la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil por las acciones derivadas de la culpa o negligencia del arti-

culo 1902 del mismo Código, empezó a contarse, en el presente caso, desde el día 15 de Marzo de 1977, fecha en que se dictó el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales tramitadas con motivo del referido accidente ferroviario, resolución que dejó expedita el ejercicio de la acción civil que ahora se revisa en esta alzada, acreditado en autos que el 9 de Marzo de 1978 la parte actora, hoy apelada, propuso papeleta de pobreza para litigar con dichos beneficios legales en la presente litis, se reitera en esta segunda instancia, la prescripción de la acción entablada en base a los siguientes hechos: a) por haber transcurrido un año desde que se inició el plazo prescriptivo, al haberse celebrado el acto de conciliación el 28 de Marzo de 1978, y b) por defectos y específicos de la demanda de pobreza interpuesta, que la hacen inoperante para interrumpir la prescripción aducida. Argumentos estos que, se han de desestimar, ya que la moderna jurisprudencia patria, entre la que cabe citar las sentencias de 23 de Marzo y 16 de Noviembre de 1968, mantiene el criterio de estimar la interrupción de la prescripción por la mera presentación de la papeleta de conciliación, sin que sea necesario la celebración de dicho acto, a no ser que el solicitante hubiera instado que no tuviera lugar en la fecha designada por el Juzgado (Sentencia 22 Febrero 1967); si bien hay que señalar que con anterioridad, el Tribunal Supremo sustentó el criterio contrario, ya que exigía la celebración del acto de conciliación para que se interrumpiera el plazo prescriptivo (Sentencias 19 Noviembre 1941 y 3 de Diciembre de 1931), basado en el artículo 1947 del Código Civil, que, a diferencia del artículo 1973 del mismo Cuerpo legal, en el que se inspira el actual criterio jurisprudencial, no habla de "ejercicio de la acción ante los Tribunales", desprendiéndose de ello que la simple presentación de la demanda de conciliación implica ya esa ejercicio judicial, pero siempre que la demanda principal se presente dentro de los dos meses siguientes al día de la celebración del acto de conciliación (Sentencias de 3 de Junio de 1972 y 21 de Diciembre de 1974, entre otras), requisito este que se cumplió en el presente caso (folio 87 de los autos principales). Los efectos interruptivos de la prescripción extintiva por reiteradamente reconoce la jurisprudencia, sentencia 16 de Diciembre de 1966, entre otras, a la demanda de pobreza que se presente dentro del plazo de vigencia de la acción, en base al invocado artículo 1973, se niegan por los apelantes no obstante haber sido formulada tal demanda el 14 de Marzo de 1978, por adolecer, según uno de los recurrentes, graves defectos genéricos y específicos, consistentes, aquellos, en inconcreción de la causa de pedir, estos, por no ir acompañada de todos los documentos básicos. Tal postura impugnativa no puede prosperar ya que en la referida demanda de pobreza no solo se expresa la cantidad que se reclama, sino también "la índole del pleito" en que se pretende utilizar el beneficio legal cuya concesión se impetra, como al efecto exige la ya mencionada sentencia de 26 de Diciembre de 1966, amén que se reputa suficientemente impuestos los demandados, hoy apelantes, en los hechos básicos, habida cuenta la existencia del sumario que se tramitó a raíz del relatado accidente ferroviario y la intervención y documentos por ellos aportados a dicha causa penal; sin que por otro lado, deje de interrumpir la prescripción el hecho de que la demanda de pobreza no vaya acompañada de los documentos que exige el artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues lo único que en tal evento acontece es que se abre un paréntesis entre la admisión y la puesta en marcha de la demanda, sin que esta deje de implicar por su mera presentación, si no adolece de otro defecto que lo invalide, el ejercicio de la acción ante los Tribunales, a que se refiere el artículo 1973 del Código sustantivo (Sentencia de 16 Diciembre 1966).

**CONSIDERANDO:** Que tras rechazarse la excepción de prescripción de la acción, primer motivo de apelación, procede entrar en el fondo de la cuestión litigiosa, y a tal efecto hay que destacar que es doctrina harto reiterada, del Tribunal Supremo interpretativa del artículo 1902 del Código Civil (Sentencia de 22 Febrero 1946, 20 Octubre 1950 y 8 Octubre 1969, entre otras), que sienta que para 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 u 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 lesión al accionante y otro causal, la relación entre el daño y la falta (Sentencia 6 Noviembre 1980); y reconocido por los demandados el requisito objetivo, la muerte de los padres del menor representado, en la forma antes relatada, procede determinar si tales muertes se produjeron por acción u omisión culposa o ne-

gligente de las dos partes demandadas o de una de ellas, lo que se niega por las recurrentes y constituye el fundamento del segundo motivo de esta apelación, cuyo estudio se lleva a cabo seguidamente.

**CONSIDERANDO:** Que, de la apreciación en su conjunto de la prueba practicada, se estima que el aludido accidente ferroviario se produjo cuando, tras recorrer el automóvil ocupado por los padres del menor representado por el actor, un camino particular, propiedad de una de las partes demandadas, que conduce a un almacén y depósito de chatarra propiedad de dicha parte litigante, atravesaba un paso a nivel muy peligroso, por ser su visibilidad muy reducida en dirección Palma, de donde procedía el tren que le alcanzó, cruce donde ya se habían producido diversos accidentes graves, lo que había determinado que el anterior sistema de cierre del paso a nivel por una cadena, fuese reemplazado por dichos demandados, a instancia de la compañía de ferrocarriles de vía estrecha demandada, por una barrera basculante que, levantada a mano por los usuarios o empleados del concesionario, volvía, por su propio peso, a su posición horizontal y para la debida seguridad debía permanecer, cuando no era utilizada, cerrada con un candado, como se indica en el informe técnico obrante en autos (folio 73) y en la declaración del ingeniero de dicha entidad ferroviaria (folios 336 y 337), cuya llave debía estar en poder de los demandados propietarios del citado terreno, por corresponderles la concesión del indicado paso a nivel, ya que éste fue otorgado en función a su mencionada actividad mercantil; y no obstante ser tal cruce tan peligroso, cuando ocurrió el accidente, la barrera estaba bloqueada verticalmente, bien con una piedra, bien sujeta con una cuerda o alambre, lo que permitió al referido automóvil acceder directamente a la vía del ferrocarril en el momento en que el tren pasaba por allí a una velocidad de unos 50 kilómetros por hora. Se desprende de lo ultimamente expuesto que el accidente se produjo fundamentalmente: a) por acción culposa de los demandados propietarios del camino y terreno mencionados al dejar la barrera basculante abierta o al menos no cerrada con candado, extremo este reconocido por el demandado señor M. N. en su confesión (posición 5ª) y confirmado por el testigo de dicha parte, don J. A. G. M. al declarar que después del accidente se le nombró encargado de dicha barrera y se le entregó la llave de un cadado, y que "no existía candado antes del accidente, que actualmente es así" (folio 258 vuelto), b) por omisión negligente en la compañía de ferrocarriles demandada, al no comprobar ni vigilar, como le correspondía, que la barrera basculante instalada a su instancia en el supradicho paso a nivel, no estaba provista de todos los elementos de seguridad que debía tener, y concretamente de un cierre a base de un candado, ya que este, según prueba testifical, sólo se puso después de producirse el mencionado accidente. Por lo que se aprecia la concurrencia de todos los elementos exigidos por la jurisprudencia para que se dé la responsabilidad extracontractual, cuya declaración y efectividad se postula en el pleito que ahora se dilucida en esta segunda instancia; siendo indiferente a los efectos indicados que dicha acción culposa y la indicada omisión negligente no fuesen realizadas personalmente por las partes demandadas —una de ellas es un organismo estatal autónomo— sino por alguno de sus empleados, ya que el artículo 1903 del repetido Cuerpo legal, estatuye para tales supuestos, la misma responsabilidad directa, si bien en base a una falta de vigilancia (culpa "in vigilando"), o en una elección desafortunada (culpa "in eligendo").

**CONSIDERANDO:** Que al no poderse concretar el potencial de riesgo ni el porcentaje de aportación de dichas actuaciones ilícitas civiles en la producción del daño causado, se reputan solidarias las expresadas responsabilidades, como forma jurídica más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la culpa extracontractual (Sentencias 20 Mayo 1968 y 20 Febrero 1970).

**CONSIDERANDO:** Que el tercer motivo del recurso se basa en la concurrencia de "culpa" de la víctima que conducía el automóvil que fue arrollado por el tren, al no adoptar precaución alguna especial al cruzar el paso a nivel, no obstante existir a 3,75 metros antes de la barrera que protege dicho cruce, un letrero que dice: "Atención al tren. Camino particular" (folios 12/14 de este rollo), coexistencia de culpas que deben determinar, según una de las partes apelantes, una reducción del importe de la indemnización postulada y concedida por el juez de instancia, pretensión que no puede prosperar, no solo por

la confianza que normalmente dispensa a todo conductor de un vehículo de motor, el ver levantada la barrera que protege un paso a nivel, ya que significa que puede, sin peligro alguno, cruzar la vía del ferrocarril, sobre todo cuando se trata de una barrera que debe permanecer en posición horizontal, dadas sus características, cerrando el paso, sino porque de los principios que sustenta la jurisprudencia patria, en la que hay que destacar la sentencia de 14 de Junio de 1973, para la hipótesis de coexistencia o concurrencia de culpas, a saber, el de *absorción* de la del perjudicado por la del agente, el de *neutralización o compensación* total de 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), y el de *moderación o disminución* de la cuantía de la indemnización, que tiene lugar cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada "culpa" del perjudicado, debe prevalecer, en el presente supuesto, el principio mencionado en primer lugar, el de absorción de la "culpa" de la víctima por las de los codemandados, dada la manifiesta diferencia de grado y virtualidad jurídica entre la aducida "culpa" de la víctima y las graves actuaciones culposas o negligentes de los hoy apelantes-demandados.

CONSIDERANDO: Que teniendo en cuenta que el perjudicado, hijo único, tenía ocho años de edad cuando se produjo la muerte de sus padres en el tantas veces mencionado accidente, lo que le causó el consiguiente desamparo por la pérdida de sus dos seres más queridos, los gravísimos perjuicios familiares, morales y económicos, dada la modesta posición económica de sus progenitores —litiga con el beneficio legal de pobreza—, los trastornos de toda clase que lógicamente se le han causado y que continuará sufriendo y el largo tiempo transcurrido desde que se produjeron dichas muertes —Noviembre de 1974—, se reputa por este Tribunal, ponderada la indemnización de cuatro millones de pesetas concedida en la sentencia recaída al mencionado menor por el fallecimiento de sus padres, y por ende se desestima también el último motivo del recurso formulado.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y al desestimarse todos los motivos de impugnación y por los fundamentos de la resolución impugnada, procede la confirmación de esta en todas sus partes.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don J. M. N. y don T. P. R., así como también el interpuesto (FEVE), debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cuatro de Junio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)



## 113

**113. ARRENDAMIENTO URBANOS.** Subarriendo, cesión o traspaso. Local arrendado al Movimiento Nacional y cedido a la Administración General del Estado al amparo del Decreto 23/1977, de 1 de abril. Estimación de la demanda. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recaída, que declara resuelto el contrato de arrendamiento del piso primero, puertas 1ª y 2ª de la finca nº 8 de la calle Vilanova de esta ciudad, concertado el 20 de Marzo de 1950 entre la entidad actora, propietaria del inmueble y la J. P. P. F. E. T. y de las J.O.N.S., y nulas las cesiones verificadas a favor de la A. G. E., es impugnada por el señor Abogado del Estado, por no haberse producido, según dicha parte recurrente, cesión alguna del inmueble mencionado a favor del Estado, sino una asunción, por parte de este, de la cualidad de arrendatario del repetido piso, una continuación de dicha titularidad locativa por exigencia legal indeclinable, "erga omnes".

**CONSIDERANDO:** Que el recurso se basa: A) en los artículos 6 y 7 del Real Decreto-Ley 23/1977, de 1º de Abril, que dispusieron la transferencia en bloque a favor del Estado de los bienes y derechos de que era titular el M. N., lo que determinó según el apelante, una subrogación por ministerio de la Ley en la titularidad de los derechos arrendaticios que correspondían a este último, subrogación reforzada, según dicha parte, por el hecho de que el citado Real Decreto-Ley trae causa de una norma de rango institucional, cual es la Ley para la Reforma Política de 4 de Enero de 1977; B) por aplicación a la cuestión planteada, y en virtud del principio de analogía proclamado en el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de lo establecido en el artículo 31-3) y 4) de la misma Ley locativa, para los supuestos de transformación de empresas arrendatarias por ministerio de la Ley.

**CONSIDERANDO:** Que ostentando el M. N., según la normativa que lo creó (Decretos de 19 de Abril y 4 de Agosto de 1947 y 3 de Enero de 1946), carácter autónomo paraestatal, con propia personalidad jurídica y autonomía patrimonial, distinta de la del Estado, para el cumplimiento de sus fines —artículo 55 del Estatuto Orgánico del M. N. aprobado por Decreto de 20 de Diciembre de 1968—, de ahí que, F. E. T. y de las J.O.N.S., estructurada en el M. N., contratase, con personalidad privativa independiente, con la entidad apelada-actor, el arriendo del piso de referencia, con pacto expreso de ser destinado el local para el exclusivo uso del "Seminario de Estudios Sociales, Económicos y Políticos" (condición 8ª a) del contrato de inquilinato obrante al folio 29 vº.), y al no tener el citado Real Decreto-Ley 23/1977 alcance para afectar derechos de índole estrictamente privada, que se sometan íntegramente al Derecho privado, el Estado no se subroga en los arrendamientos en que era arrendatario el Movimiento Nacional, sino que a esa situación se aplica por entero el régimen de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Sentencia 8 Febrero 1982), criterio que ya sustentó el Tribunal Supremo respecto a los arrendamientos de locales suscritos por la extinguida Fiscalía Superior de Tasas (Sentencias 21 Marzo y 26 Mayo 1967 y 3 Diciembre 1971); por lo que procede desestimar el primer motivo de la apelación.

**CONSIDERANDO:** Que si bien el artículo 8º de la Ley de Arrendamientos Urbanos propicia la aplicación analógica de sus preceptos, no cabe aplicar el artículo 31-3) y 4) de la citada Ley locativa, al supuesto del arrendamiento en que sea inquilino el M. N. a favor del Estado, por las siguientes causas: 1ª) por cuanto dichos dos preceptos se refieren al traspaso de local de negocio y no, como en el presente supuesto, a cesión de vivienda. 2ª)

que la finalidad de las excepciones estatuidas en los referidos apartados del artículo 31 mencionado, es la protección de la empresa, ya que en esta el arrendamiento del local es un importante elemento de su patrimonio, pues en determinadas clases de comercio, el emplazamiento del negocio tiene máxima importancia, pues la cantidad, calidad y entidad de la clientela se determina muchas veces por el sitio donde está situado el negocio, cuestión esta que no se da en el caso que se debate, y 3ª) la aplicación analógica, que autoriza el mentado artículo 8º, es para el supuesto de que exista laguna legal, caso que no es el actual; por lo que, igual destino desestimatorio, ha de recibir el último motivo del recurso.

**CONSIDERANDO:** Que, al estar acreditado que el local arrendado está en la actualidad ocupado por la Delegación Provincial del Ministerio de Cultura, y al haberse realizado la cesión de la cosa arrendada de modo distinto al autorizado en el Capítulo IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se da la causa resolutoria 5ª del artículo 114 de la Ley especial ultimamente invocada, sin que pueda triunfar la tesis contraria basada en que tal transferencia fue una adscripción del referido inmueble arrendado, al servicio de dicho Departamento ministerial, por acuerdo adoptado en Consejo de Ministros a propuesta de la Comisión de transferencias de la Administración del Movimiento, realizada a tenor de los artículos 6 y 7 del repetido Real Decreto-Ley 23/1977, ya que el repetido local al no ser propiedad del Movimiento Nacional, sino de un tercero, arrendador del inmueble, queda amparado, como antes se fundamentó por la Ley de Arrendamientos Urbanos, con arreglo a cual y a la doctrina jurisprudencial, la introducción de persona extraña al arrendamiento, sin autorización del arrendador, origina la resolución del contrato, criterio este que, con todo acierto, sustenta la resolución recurrida.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por el señor Abogado del Estado, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintidós de Julio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad, en el procedimiento incidental especial de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Dada la incomparecencia en este recurso de los demandados declarados rebeldes, notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 116

**116. VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS.** Naturaleza jurídica y perfeccionamiento de estos contratos. Documentos privados: fecha y justificación de la misma frente a terceros. Inscripción en el Registro Especial posterior: efectos y consecuencias. Quiebra ulterior del comprador retrotraída a tiempo anterior al contrato: desestimación de la re-

convención interesando la nulidad del contrato por este hecho. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Interpretación del n° 2 del párrafo 2° del art° 11 de la Ley reguladora de estos contratos. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la aceptada reproducción histórica del "factum" contenida en la sentencia apelada no releva (pese al carácter ordinario o de plena devolución que caracteriza en nuestro sistema la normativa del recurso jerárquico, de alzada o apelación) a este órgano "ad quem" de la precisión de matizar alguno de los datos fácticos que pudieran ser cuestionables, al no alcanzar en la precisa, concreta y técnica formulación contenida en el primer fundamento del fallo apelado una dimensión incontrovertible; y así, a título corroborativo y para mejor instalar la materia a decidir en una perspectiva correcta conviene, de un lado, indicar cuál sea la apoyatura probatoria en que cada uno de aquellos datos se funde y, de otro, añadir otros significativos a la hora o en trance de fijar la imprescindible premisa de la decisión; de manera que debe declararse que de lo actuado en autos resultan firmemente justificados los hechos siguientes: 1°) Que la entidad mercantil actora hoy apelada vendió, a través del impreso oficial propio de las ventas regidas por la Ley de 17 de julio de 1965, a la codemandada declarada en situación de quiebra los bienes muebles descritos en los anexos que el propio documento/matriz identifica (Folios 2 y ss.) por un precio total de 1.210.837 Pts., incrementado por el sistema de pago aplazado que el contrato prevé a la cifra total de 1.265.832 Pts.; realizándose esta venta en fecha 27 de agosto de 1974.- Consta la certeza de este hecho por varios datos que se obtienen desde la premisa de que la certeza de la fecha del documento privado no se encierra, según reiterada doctrina legal, en los moldes fijados por el artículo 1.227 del Código Civil, como son: a) Que aunque tal venta no se haya inscrito hasta el día 8 de abril de 1975, lo cierto es que la propia codemandada Sindicatura de la quiebra en su escrito de contestación (hechos segundo, al segundo y tercero) admite la realidad de los pagos (entrega inicial y de dos plazos) correlativamente indicados en el escrito instaurador lo que determina la autenticidad de la fecha por aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 1.229 del Código Civil: "el deudor, que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique"; al ser obvio que pretender el efecto favorable derivado del pago parcial encierra al tiempo un reconocimiento del contenido del documento en que aquél figura como una totalidad y no sólo en ese parcial aspecto favorecedor.- b) Por las presunciones "ex arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil, ya que el contrato origen de la demanda y cuya resolución se pretende por medio de la misma se extiende en el modelo oficial de impreso Mod. A. N° 517365 (Folio 2), en tanto que en otra operación de similar naturaleza entre la actora y la entidad quebrada no objeto de este proceso, pero cuyo documento expresivo se ha aportado no contradictoriamente a estos autos (Folio 93), cuya fecha auténtica por registración es (Folio 92) la de 30 de diciembre de 1974, tiene un número superior en la modelación oficial: Mod. A. N° 517430.- 2°)- Que dicho contrato no se inscribió en el Registro de Venta a Plazos hasta el día 8 de abril de 1975, según la propia documentación acompañada con el escrito instaurador de la litis (Folio 1).- 3°)- Que por la documental aportada por la propia actora y la confesión judicial del representante legal de la misma (Folios 203 y 204) se deduce que los bienes objeto de contrato, pese a figurar en el documento expresivo del mismo, como entregados en la data referida, no lo fueron hasta los meses de marzo y mayo de 1975.- 4°)- Que por el Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad con fecha 7 de marzo de 1977 (Folio 208) se dictó auto declaratorio de la quiebra del codemandado comprador, el que declaró la retroacción de los efectos de la misma a la fecha 1 de enero de 1975.- 5°)- Que la codemandada declarada en situación de quiebra necesaria desatendió los pagos parciales programados en el contrato expresado, a excepción de los dos primeros; hecho no polémico al estar admitido por las partes, lo que resulta vinculante con arreglo al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que, resumido así el "factum" sobre el que ha de recaer la decisión, conviene, todavía "in limine litis", condensar también las respectivas posiciones de las partes y la respuesta (sentencia apelada) jurisdiccional a las mismas en primer grado, de forma que: a) La actora-reconvenida funda su pretensión instauradora en el artículo 11 de la Ley 50/9165, de 17 de julio, ejercitando, dentro de la opción que el precepto le otorga, la acción resolutoria específica y no la genérica que ara las obligaciones sinalagmáticas o bilaterales propicia el artículo 1.124 del Código Civil.- b) La demandada-reconviniente postula, con carácter principal, la nulidad del contrato de compraventa en base a que su fecha, en su trascendencia a terceros, que es la de 8 de abril de 1975, determinaba su ineficacia total y absoluta por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, al estar comprendido el momento de perfección del contrato en la fecha fijada para la retroacción de la declaración de quiebra, que era el período siguiente al día 1 de enero de 1975; y subsidiariamente, la integración en la masa concursal de los bienes adquiridos, con declaración jurisdiccional de cuál haya de ser la cifra por la que la entidad vendedora debía figurar, como acreedor común u ordinario, entre los acreedores de la demandada declarada en quiebra.- c) La construcción de la sentencia apelada, en los no compartidos fundamentos tercero y cuarto, gravita la fundamentación del acuerdo estimatorio de la demanda sobre un eje básico: entender que el contrato de compraventa es consensual y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.450 del Código Civil el contrato era perfecto (y por ello no sometido a la nulidad derivada del expresado artículo 878) desde el momento del acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni uno ni el otro hubiesen sido entregados.

CONSIDERANDO: Que la fundamentación de la sentencia apelada adolece "a radice" de una premisa errónea: *partir para la fijación del momento de perfección del contrato de la normativa común* (cual si de una venta ordinaria civil se tratara) y "*ex post*" *aplicar las consecuencias previstas normativamente por el artículo 11 de la Ley especial citada*, silenciando que aquel régimen de perfeccionamiento simplemente consensual no es evidentemente predicable para las ventas sometidas a la normativa especial, cuyo carácter real (o incluso en ciertas caracterizaciones doctrinales, "manual") resulta de lo dispuesto en los artículos 2º-1º ("*y recibe de éste, en el mismo momento, una parte del precio*") y 9º-1º ("*satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido*"), en los que se altera el régimen común como contrapartida de las ventajas que para las partes ofrece el sistema especial y, en definitiva, con un fondo de política económica de freno a la tendencia inflacionista; y al ostentar tal naturaleza, obvio resulta que no ha de ser el citado artículo 1.450 del Código Civil la norma a aplicar en trance de resolver cuál sea el momento temporal de perfección del contrato y, consecuentemente, aquel en que se deba partir para determinar si los actos de "dominio y administración del quebrado" a que se refiere el artículo 878 citado se hallan o no incurso en esa eficacia negativa que por ficción legal (S. de 17 de marzo de 1977) establece tal precepto para hacer respetar el principio básico de la "par conditio creditorum" (S. de 15 de octubre de 1976).

CONSIDERANDO: Que la apuntada naturaleza real del contrato de compraventa de bienes muebles a plazos en la normativa establecida por la Ley 50/1965 no se aleja, sin embargo, como pudiera hacer pensar una lectura superficial de la referida normativa, de la establecida para el sinalagma funcional del contrato de compraventa civil común en los artículos 1.466 y 1.500 del Código Civil, en tanto que la correlación entrega cosa/pago precio simultáneas, que en aquélla funciona como momento de consumación y en la normativa especial como momento de perfección se ve atemperada normativamente por el citado párrafo 1º del artículo 9º de la Ley especial, al parificar a la entrega o "traditio" una categoría nueva representada disyuntivamente por la "*puesta a disposición del objeto vendido*"; expresión que ha sido comúnmente interpretada por la doctrina como sinónima de retirada de la venta al público por parte del vendedor, siendo necesaria la plena identificación del objeto vendido con las circunstancias exigidas por la Ley de 16 de diciembre de 1954, reguladora de la Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, que es lo que ocurre en el caso que ahora se decide, ya que según las hojas anexas al contrato de venta y que forman parte de él se consignan los números de fabricación de los distintos objetos vendidos, lo que obviamente impone la conclusión de realización de tal "puesta a disposi-

ción" del comprador, al verificarse posteriormente la entrega de los mismos; razón por la que cabe reputar perfeccionada la venta en fecha (agosto de 1974) anterior a la fijada para la retroacción de la quiebra.

**CONSIDERANDO:** Que, ello señalado, claramente se deduce que la registración del contrato en fecha posterior (8 de abril de 1975) a la tantas veces citada de inicio de la retroacción no supone otra cosa que a partir de ahí —fecha de la registración— se obtiene la garantía real prevista en el artículo 23 y concordantes de la tantas veces citada Ley especial; es desde tal data cuando aparece la trascendencia real (frente a terceros) de la reserva dominical, similar, según advierte la doctrina científica, a la de la prenda sin desplazamiento a la hipoteca mobiliaria; y de ahí que: a) Al celebrarse el contrato de venta en fecha —según se señaló— anterior a la fijada para la retroacción conforme al citado artículo 878 del Código de Comercio, aquél no es nulo por aplicación de este precepto, si bien su eficacia no trasciende a terceros mientras no se registre, conforme al artículo 23 de la Ley de 1965 tantas veces citada.- b) Desde la fecha de la inscripción, la eficacia puramente obligacional o "inter partes" se transmuta en una eficacia superior cual la real, de manera que los efectos de la publicidad registral trascienden y no están sujetos a la nulidad por retroacción derivada de la declaración de quiebra; lo que determina que al ser esta inscripción anterior a la fecha de declaración de quiebra despliegue toda su eficacia real, al ser un simple plus de eficacia sobreañadido a un negocio civil no afectado de nulidad, procediendo así, como correctamente estimó el juzgador "a quo", la estimación básica de la demanda y derivada desestimación de la pretensión reconvenzional articulada en el escrito de contestación a la misma.

**CONSIDERANDO:** Que resta ya sólo en trance fundamentador valorar la procedencia o improcedencia de la alegación de la sindicatura codemandada hoy apelante en orden a cuál haya de ser la hermenéutica del ordinal 2 del párrafo 2º del artículo 11 de la Ley especial sobre la fijación del "quantum" referido en el precepto como concepto indemnizatorio "por la depreciación comercial del objeto": si el desembolso inicial realmente efectuado en cada venta concreta (tesis de la actora-reconvenida aceptada por el juzgador "a quo") o si, contrariamente, siguiendo la tesis de la recurrente, el desembolso normativamente previsto como mínimo por la norma con carácter general; problema que ha de ser resuelto sin duda en la forma en que lo hizo el juzgador de primer grado, ya que pretender que frente al sentido llano de las palabras utilizadas por el precepto prevalezca una interpretación nomotésica resulta inatendible si se tiene en cuenta: a) Que el importe del prior plazo o desembolso inicial tiene, según lo previsto en el artículo 6-6º de la Ley especial, dos características básicas: es un mínimo y ha de fijarse por las disposiciones reglamentaria; lo que correlativamente comporta, de un lado, que no altera la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para en cada caso establecer un desembolso cuantitativamente superior atendidas las características de cada negocio singular y, de otro, que la fijación reglamentaria atiende, más que a criterios indemnizatorios (esfera jurídica privada) a parámetros de política económica (lucha contra el proceso inflacionario), ajenos por tanto a una generalización en el área civil.- b) Que a igual conclusión lleva el dato hermenéutico sistemático derivado del párrafo 4º del citado artículo 11, al dejar a salvo en su caso las correspondientes acciones de resarcimiento, en relación con la gráfica expresión "en todo caso" con que el precepto articula el peculiar elenco de conceptos indemnizatorios que establece; de suerte que en el mejor de los casos para la parte hoy recurrente hacia ella desplazaría el precepto el onus probatorio de que la depreciación comercial de los objetos vendidos era inferior a la cifra desembolsada con carácter inicial, por lo que al no haber efectuado tal acreditamiento resulta obligado mantener el pronunciamiento recurrido también en este concreto extremo.

**CONSIDERANDO:** Que de lo expuesto se desprende claramente que en modo alguno cabe reputar temeraria la posición procesal de la recurrente, por lo que no procede hacer declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la codemandada "S. DE LA Q. DE LA E. M. X., 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 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. Notifíquese esta resolución a los demandados rebeldes en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 118

**118. RECLAMACION DE CANTIDAD.** Insuficiencia de prueba suplida mediante diligencias para mejor proveer. Estimación de la demanda. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión sometida a esta alzada consiste en determinar si la pretensión actora ha tenido apoyo probatorio suficiente para lograr su estimación, y si bien es cierto que los medios probatorios aportados por el demandante, ahora recurrente, para verificar sus alegaciones básicas —entrega de mercancía al demandado por importe de 141.862 pesetas e impago de 95.400 pesetas— carecían por sí mismos de la consistencia necesaria para lograr el fin pretendido —a lo que cooperó la postura procesal del demandado y su negativa total al pliego de posiciones que le fue formulado—, sin embargo, como resultado de la diligencia que para mejor proveer se acordó practicar en esta segunda instancia, ha quedado acreditado (certificación del Banco de B.) el pago parcial que en cuantía de 50.000 pesetas y por medio de un cheque librado el 10 de noviembre de 1976 había realizado el apelado a X, siglas mediante las que la Sociedad actora comercializa productos como los objeto del contrato básico, y este pago —negado por Don Antonio Lladó Llabrés al absolver la posición 3ª (folio 24)— adquiere entidad decisiva pues otorgando, por una parte, plena validez a la factura aportada con la demanda, autenticidad a las cambiales incorporadas en igual acto procesal y a la anotación de pago a cuenta obrante al dorso de una de ellas y eficacia probatoria a la declaración del testigo Don J. B. C., agente comercial y representante de la entidad demandante, y evidenciando, por otra parte, la deslealtad procesal mantenida por el demandado en las dos instancias, fundamenta la revocación de la sentencia recurrida y la consiguiente estimación de la demanda instauradora de la litis, por haber quedado acreditado, en definitiva, que la Sociedad recurrente entregó mercancía al demandado-apelado por importe de 141.862 pesetas del que únicamente han sido satisfechas 50.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 341 del Código de Comercio procede condenar al demandado al pago de los intereses legales de la cantidad de 95.400 pesetas desde la fecha del emplazamiento —así se solicita en el suplico de la demanda—, y en aplicación de lo prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil al pago de los intereses estipulados en dicho precepto desde la firmeza de la resolución presente.

**CONSIDERANDO:** Que por lo expuesto en la fundamentación primera de esta resolución procede condenar al demandado al pago de las costas de la primera instancia, sin que dado el tenor de esta resolución haya causa para hacer expresa declaración en cuanto a las de este segundo grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por "X., S.A.", debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno, de esta Ciudad, el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía del que dimana este rollo, y debemos condenar y condenamos al demandado Don A. L. L. a que abone a la Sociedad actora la suma de noventa y cinco mil cuatrocientas pesetas de principal, más la correspondiente a los intereses legales desde la fecha de su emplazamiento y la correspondiente a los intereses prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la firmeza de esta resolución, así como al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer declaración expresa sobre las de este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: José Luís Calvo Cabello)

## 119

**119. ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Resolución por "cierre". Su concepto jurisprudencial. Carga de la prueba: incumbe al actor la de la abstención en el uso pactado y al demandado, a partir de aquí, la de que realiza actividad negocial. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que, según ya se señaló por esta Sala (SS. de 10 de junio de 1974, 29 de noviembre de 1977 y 18 de julio de 1980), el análisis de la causa resolutoria 11ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha de hacerse partiendo de la premisa esencial de que la realización jurídica —como incardinada en el área de las ciencias del espíritu y no de la naturaleza— impone la valoración del concepto de "cierre" del local siguiendo el afeccionamiento del T.S. (S. de 8 de febrero de 1974) cuando indica que "la aplicación del derecho no es un proceso matemático o nemotécnico, sino racional y reflexivo, que necesariamente se ha de fundar en la interpretación"; y de ahí que desde esta plataforma hermenéutica resulte plenamente inteligible una reiteradísima jurisprudencial que proclama: a) Su no sinonimia con el cierre físico del local, sino como interrupción de la actividad de comunicación con el público, que es consustancial a la actividad mercantil y que ya se tiene presente en el artículo 1º de la Ley de Arrendamientos Urbanos al definir el local de negocio como *establecimiento abierto* en el que se ejerce una actividad de comercio, industria o enseñanza con fin lucrativo (SS., entre varias, de 12 de mayo de 1969, 3 de marzo de 1970, 30 de marzo de 1973, 14 de diciembre de 1974 y 30 de septiembre de 1975); en tanto el "cierre" es la cesación de la actividad negocial a que venía destinado (S. de 17 de febrero de 1973), la terminación del servicio directo al cliente (SS. de 5 de abril de 1961, 10 de febrero de 1966 y 25 de junio de 1971), la ausencia de trato o relación

con el público consustancial a todo negocio (SS. de 30 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1971).- b) Su no neutralización por un uso anómalo (SS. de 25 de mayo de 1966 y 25 de junio de 1971), que puede estar representado por la realización de actividades accesorias o esporádicas con el público, en tanto el acceso de éste al local no constituya la base de utilización o actividad habitual tenidas en cuenta como fin de la locación (SS. de 3 marzo de 1970, 16 de junio de 1971, 4 de noviembre de 1974 y 3 de febrero de 1975, entre varias); y doctrina también obviamente muy tenida en cuenta por esta misma Sala, al declarar que no son admisibles las ficciones dirigidas a sostener una apariencia de actividad (SS. de 11 de julio de 1972 y 18 de julio de 1980), pues en definitiva quiebra en tales situaciones el principio de necesidad en que se funda, como eje esencial, toda la especial ordenación locativa urbana, fenece el principio proteccionista del arrendatario y cobra vía libre el legítimo interés del propietario.

**CONSIDERANDO:** Que (todavía "in limine litis") también esta Sala ha recordado reiteradamente que la propia naturaleza del "cierre" como evento negativo no arroja sobre el actor/arrendador otra carga probatoria que la simplemente inicial de la abstención en el uso pactado, arrastrando hacia el demandado la de acreditar (lo que para él es más fácil) la producción del evento contrario; de manera que justificado ese período de inactividad aún en forma no exhaustiva, pesa sobre el arrendatario la necesidad de justificar la realización de actividad negocial; y así, en el caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional debe señalarse: 1º)- Que la actora ha acreditado sin lugar a dudas los hechos siguientes: a) Que en el local arrendado, según muestra la certificación de la entidad "X., S.A." obrante en autos (Folio 122) se registraron los consumos siguientes: 1979: enero-febrero, 181, marzo-abril: 62, mayo-junio: 173, julio-agosto: 95, septiembre-octubre: 178 y noviembre-diciembre: 218; en 1980 aparece cerrado en los períodos enero-febrero y marzo-abril, se registra un consumo de 252 en mayo-junio, de 82 en julio-agosto, de 21 en septiembre-octubre y de 35 en noviembre-diciembre; y por último, en 1981: un consumo de 7 en el período enero-febrero, uno de 6 en el marzo-abril y de acero, en el de mayo-junio, señalándose el cierre en el de julio-agosto.- b) Que el demandado en el segundo semestre de 1980 presentó solicitud de pensión por jubilación a percibir de la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, según reconoció al prestar confesión en juicio (Posición 4ª, a los folios 130 y 131 vtº), la que percibe desde el 1 de septiembre del mismo año, según acredita la oportuna certificación del Instituto Nacional de la Seguridad Social obrante en los autos (Folio 134).- 2º)- Frente a estos datos, a la luz de la normativa contenida en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, no puede prevalecer la apariencia de uso comercial tratada de crear por la demandada hoy apelada en forma de documental acreditativa de que recibe en el local arrendado el periódico "Y. S.A." (Folio 152), que continúa fiscalmente ejerciente en el ramo de venta menor de artículos de regalo (Folio 153), de reparaciones efectuadas (Folios 155 a 157) y de "AFDC" (folio 158) en orden a la declaración fiscal de estimación objetiva singular durante el segundo semestre de 1980, pues toda dicha documental cubre un período temporal distinto al año 1981, en el que precisamente se registra la mayor caída de consumo de fluido eléctrico, y por ello lejos de neutralizar la prueba del demandante la robustecen, ya que fácil hubiera sido en la por lo demás simple justificación de actividades de carácter esporádico acreditar la realización de otras similares ejercidas durante dicho año 1981, al ser presentada la demanda en el mes de junio de dicho año (Folio 34 vtº); no siendo tampoco eficaz la testifical practicada a instancia de dicha parte demandada (Folios 144 y ss.) para justificar el uso negocial, dada su absoluta inconcreción y, fundamentalmente, por la propia redacción de la pregunta sexta del interrogatorio formulado para su testifical por la misma demandada, alusivo a un supuesto traspaso pretendido y en el que la parte expresa literalmente que "como consecuencia del traspaso que tenían en perspectiva el Sr. V. dejó de hacer pedidos con vistas a la próxima temporada, ya que la declarante le había indicado que quería el local con el menor género posible" (Folio 137); dato básico a la hora o en trance de corroborar la falta del uso pactado del local y que, en unión de los anteriores y sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían simplemente reiterativas, comporta la estimación del recurso de apelación interpuesto por la actora y derivada de la demanda; con la obligada condena a la demandada de las costas de primera instancia en cumplimiento de la norma contenida en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.



CONSIDERANDO: Que al estimarse el recurso no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en el mismo.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes señores LL. P. contra la sentencia dictada por la señora juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón en accidental sustitución del Juzgado de tal clase número dos de esta ciudad en autos de juicio incidental arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos en todas sus partes la demanda interpuesta por don J. F. LL. P. y otros contra don J. V. LL., y en consecuencia debemos denegar y denegamos la prórroga del contrato de arrendamiento de local de negocio sito en el número dos de la calle A. de este municipio, sita en el lugar de C. P., declarando resuelto dicho contrato y condenando al demandado referido al desalojo del local arrendado dentro del plazo legal, bajo apercibimiento de que de no verificarlo será lanzado del mismo; codenando también al demandado, por ministerio legal, al pago de las costas de primera instancia y sin hacer especial declaración en cuanto a las devengadas en este grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 125

**125. JUICIO EJECUTIVO.** En base a póliza de afianzamiento. Notificación al fiador pactada en la póliza como necesaria. Indiferencia si es fehaciente, del medio utilizado. Carácter rigurosamente formal de estos procedimientos: falta de invocación del cauce por el que se articula la oposición; insinuación de que ello es suficiente para su desestimación. *Sentencia de 12 de Junio de 1982.*

RESULTANDO: Que en el precitado juicio ejecutivo la señora Juez de Primera Instancia, encargada accidentalmente del Juzgado número Dos de Palma, en veintisiete de noviembre del pasado año, dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que debo desestimar y desestimo la demanda de juicio ejecutivo origen de los presentes autos que dispone que el importe de la deuda afianzada sea previamente reclamado al fiador por carta certificada con acuse de recibo, ya que se ha practicado requerimiento de pago notarial, amén que dicho acto notarial adolece, según la misma parte, de vicios que implican la nulidad del mismo.

CONSIDERANDO: Que dada la naturaleza del llamado juicio ejecutivo, proceso en el que el conocimiento no queda excluido, sino limitado, la oposición en él, solo puede fundarse en dos categorías de causas: existencia de *excepciones* que suspendan, modifiquen o extingan el alcance de la acción ejecutiva ejercitada (artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o bien cuando se dé alguno de los motivos que conduzcan a la *nulidad* del juicio promovido (artículo 1467 de la misma Ley); y no obstante ello, el escrito de ope-

sición no expresa ninguna de dichas causas, ni siquiera menciona, entre los fundamentos de derecho que invoca, precepto alguno de la Ley procesal civil, ya que se basa únicamente en el supuesto incumplimiento contractual referido, lo que dio lugar a que la ejecutante, en su escrito de contestación, postula el rechazo de plano de tal oposición; siendo de resaltar el criterio tan dispar como contradictorio, que sustenta la parte deudora ya que, por un lado es sumamente rigurosa y formalista frente a la entidad acreedora en cuanto al exacto y literal cumplimiento de todos los pactos del afianzamiento mercantil por ella suscrito, y por otro lado y en cuanto a su propio actuar ante el órgano judicial, prescinde de la observancia de normas y estructuras procesales, materia en la que las prescripciones formales tienen más importancia y trascendencia que en el ámbito mercantil. No obstante ello, y como en el suplico del escrito de oposición a la ejecución se postula, tras solicitar que se declare no haber lugar a dictar sentencia de remate, y con carácter alternativo, la nulidad de todo lo actuado, y como tal nulidad pudiera existir en base a la causa 2ª del citado artículo 1467, criterio que sustentó la Juez de instancia, es por lo que procede centrar la apelación en determinar si el título presentado con la demanda, base y fundamento de la acción promovida, carece o no de eficacia ejecutiva por defectos extrínsecos o no ser exigible la cantidad.

**CONSIDERANDO:** Que consta reconocido que la reclamación al fiador, del importe de lo adeudado por carta certificada con acuse de recibo, no se verificó, pero si se tiene en cuenta que tal forma de reclamación no tenía otra finalidad que la de dar constancia de haberse hecho saber al fiador la existencia de la deuda para que pudiera solicitar aclaraciones, practicar las comprobaciones oportunas y como tal medio de requerimiento fue sustituido por otro de mayor solemnidad, fehaciencia y eficacia, cual es el notarial, no puede prosperar la alegación de inexistencia del previo requerimiento de pago necesario para el ejercicio de la acción entablada, no constando, ni siquiera se menciona, perjuicio alguno que sufriera el ejecutado por el cambio de forma del requerimiento de pago llevado a cabo; mantener el criterio contrario es caer en el puro formalismo, siempre desechable y mucho más en el ámbito mercantil. Como el requerimiento notarial de pago expresado, cuya copia obra a los folios 13 al 15 es válido por estar su diligenciamiento ajustado a lo preceptuado en el apartado primero del artículo 202 del Reglamento Notarial, ya que según la redacción que le dio el artículo 1º del Decreto 2310/1967, de 22 de Julio, no es necesario, en contra de lo que sustenta la resolución recurrida, que se consignen las circunstancias personales de la persona con que se entienda la diligencia, pues tal precepto reglamentario dispone sobre este particular que "si la persona con que se entienda la diligencia no quisiera firmar la notificación, se negare a dar su nombre o indicar su estado, ocupación o su relación con el requerido, se hará constar así", no se da la causa de nulidad 2ª del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento, única de oposición formulada por la parte deudora.

**CONSIDERANDO:** Que, toda vez que el título presentado por su adjunto certificado, lleva aparejada ejecución a tenor del número 6º del artículo 1429 de la repetida Ley procesal, rechazada que ha sido la oposición a la acción ejecutiva promovida, y habiéndose cumplido todos los requisitos legales, procede estimar la apelación interpuesta con revocación del fallo recurrido.

**CONSIDERANDO:** Que el apartado primero del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena la imposición de las costas de 1ª instancia al ejecutado en caso de ordenar seguir adelante la ejecución; y al no haber comparecido en esta alzada el apelado, huelga hacer expresa declaración de las de este recurso.

**FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación formulado por el B. C., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintisiete de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la señora Juez de Primera Instancia, encargada accidentalmente del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que debemos mandar y mandamos seguir la ejecución adelante, hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y con su valor, entero y cumplido pago al B. C., S.A. de la cantidad de DOS MILLONES CUATROCIENTAS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTAS SETEN-

TA Y SIETE PESETAS (2.437.277), más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy y los que se devenguen, a tenor del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde esta fecha hasta su total ejecución, y costas causadas en primera instancia; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. Notifíquese esta resolución a don L. G. S., 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.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 126

**126. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Culpa contractual: requisitos para que proceda la acción indemnizatoria por encarecimiento de la obra. Huelgas y mal tiempo: implican caso fortuito o fuerza mayor. Cantidad retenida en concepto de garantía: aval bancario sustitutorio: procede la devolución de aquella. *Sentencia de 12 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que los temas impugnativos de esta alzada, coincidentes con los planteados en la primera instancia, son los siguientes: 1) Defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, por falta de litisconsorcio pasivo necesario; 2) Análisis de la pretensión primera y principal de la Cooperativa actora consistente en el resarcimiento del menoscabo patrimonial que en cuantía de 3.790.107 pesetas le ocasionó el cumplimiento anormal que el demandado hizo de sus obligaciones contractuales; 3) Exámen de la segunda petición actora destinada a obtener, en específico cumplimiento de la cláusula 8ª del subcontrato, la devolución de 439.231 pesetas retenidas por el demandado en concepto de garantía; 4) Consideración de su última pretensión consistente en el reembolso de la cantidad de 241.483 pesetas cuyo pago debía hacerse efectivo por el demandado; y 5) Análisis de la demanda reconventional que contiene una sola pretensión cual es la de obtener el reconocimiento de un crédito por importe de 493.980 pesetas ocasionado por pagos cuya efectividad correspondía a la Cooperativa demandada y que compensado con la cantidad retenida —así lo admite en su alegación y súplica— se concreta en el reembolso de 54.752 pesetas.

**CONSIDERANDO:** Que al ostentar la Empresa X. —sobre cuya ausencia en el proceso fundamenta el demandado la falta de litisconsorcio pasivo— la condición de tercero ajeno al subcontrato fuente de las pretensiones de los litigantes con los que no tuvo más relación que la de suministrar el hormigón cuya petición y pago realizaba el demandado, procede declarar correctamente constituida la relación jurídico-procesal pues en nada le afectaría la resolución que se dicte poniendo término al proceso.

**CONSIDERANDO:** Que la pretensión primera y principal de la Cooperativa actora se articula sobre culpa contractual del demandado y se estructura sobre los siguientes ele-

mentos: A) La actora, como subcontratista, estaba obligada a pavimentar 17.880 m<sup>2</sup> cuyo precio, estipulado a tanto fijo por unidad y distinto según espesores, ha percibido; B) El demandado como contratante intermedio debía realizar previamente la preparación del terreno objeto de posterior pavimentación y suministrar el hormigón necesario para ésta; C) La ejecución de la pavimentación podía realizarse, en un régimen normal de actividad, empleando 2.468 horas de peón y 266 horas de oficial —15 peones y 2 oficiales durante diez horas diarias de lunes a viernes y 5 horas los sábados—; D) El demandado cumplió anormalmente sus obligaciones antedichas pues se retrasó en la preparación del terreno y suministró extemporaneamente el hormigón y E) Esta anomalía provocó un aumento, sobre las previstas en régimen normal de trabajo, de 7.281 horas de peón y 1.868 horas de oficial, de las que 830 y 330 eran extraordinarias, respectivamente.

**CONSIDERANDO:** Que los requisitos tradicionalmente exigidos para que prospere una acción indemnizatoria por incumplimiento contractual son: 1) Una conducta antijurídica causante de los daños, por infracción de lo acordado en contrato, siendo igualmente tradicional estimar que la culpa contractual no debe probarla el acreedor perjudicado, al cual basta con probar la existencia de la obligación, incumbiendo al deudor la prueba de que el incumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor, y no a su actuación culpable; 2) La producción de un menoscabo real y efectivo, nunca supuesto, en la esfera jurídica del perjudicado, para lo cual no es suficiente el incumplimiento contractual (SS. T.S. entre otras, de 8-2-1955 y 2-4-1960), hasta el punto que no puede hablarse de responsabilidad contractual si no se ha causado daño a alguien, siendo plenamente atribuible al presunto perjudicado la carga probatoria de su existencia —probada inexcusablemente en el período probatorio del pleito— y de su cuantía —posible en trámite de ejecución de sentencia— (SS. 26-1 y 5-junio-1959 y 2-2-1960); y 3) Una relación causal que para ser determinante de la responsabilidad pretendida queda establecida por Ley no entre el incumplimiento o cumplimiento anormal de lo convenido y el daño, sino entre éste, como efecto, y la culpa o negligencia del deudor como causa inicial (S.T.S. 4-1-49).

**CONSIDERANDO:** Que la admisión por el demandado, en fase alegatoria, de sus obligaciones de preparar el terreno y de suministrar el hormigón, así como del retraso en la ejecución de la primera, exige analizar los medios probatorios aportados para verificar la certeza de las causas alegadas como productoras de aquel, obteniéndose el resultado siguiente: 1) La existencia de lluvias desde el 20 de junio hasta el 31 de julio de 1977 —época de ejecución— queda acreditada mediante la Certificación del Servicio Meteorológico Nacional de O., folio 20; 2) La existencia de huelgas en el ramo de transportes desde el 29 de julio al 21 de agosto de 1977 y en el de construcción desde el 20 de junio al 12 de julio de 1977, ha quedado probada mediante la certificación expedida por I. C., S.A., folio 469, bajo cuya dirección se realizaban las obras principal y subcontratada, y por la declaración de su representante, Ingeniero Industrial D. J. A. P., folio 461; y 3) Que lluvias y huelgas fueron la causa del retraso en la preparación del terreno resulta probado por la certificación mencionada en el apartado anterior.

**CONSIDERANDO:** Que el debatido tema del suministro del hormigón, analizado en su dimensión contractual, permite establecer que era contenido obligacional del demandado, y que éste era responsable de los actos de aquellas personas que como X. intervenían, por su encargo, en el cumplimiento material de aquel, y examinado en su vertiente probatoria permite establecer: 1) Que el número de hoja de entrega aportado al proceso es notablemente inferior al que la propia actora reconoce como existente (pregunta 2ª del interrogatorio destinado al Jefe de Planta de la entidad X., folio 72); 2) Que en las aportadas no aparece, ni ha sido acreditado por otro medio, la hora límite de uso para el hormigón, por lo que resulta improbadamente la necesidad de trabajar horas extraordinarias; y 3) Que si bien la petición directa del hormigón a X., se realizaba por los empleados del demandado —así ha sido reconocido por Don J. G. A., Jefe de Planta de dicha Empresa al contestar a la pregunta y repregunta 3ª, folio 102 vuelto— no resulta admisible, en un proceso lógico, que previamente no existiera la petición mediata de los empleados de la Cooperativa que al ser quienes exclusivamente utilizaban el hormigón, eran los mejores conocedores de su necesidad.

CONSIDERANDO: Que la actividad procesal de la Cooperativa actora destinada a probar la realidad de su menoscabo patrimonial no ha obtenido el resultado inexcusablemente exigible dado que: 1) Ha omitido acreditar que, en un régimen normal de actividad, fueran suficientes 2.468 horas de peón y 266 horas de oficial —dato necesario para establecer el exceso base de su pretensión— 2) El medio probatorio aportado como esencial —una libreta obrante a los folios 436-445— carece de los requisitos formales mínimos de autenticidad, y ofrece en su contenido una grave falta de coherencia con lo alegado, pues las 1.602 horas de oficial que, como empladas en exceso, se reclaman, son en aquél, únicamente, 346; 3) El medio probatorio aportado a instancia del demandado —certificación del Instituto Nacional de Previsión— no ofrece dato alguno para verificar la existencia real de los daños, pues tal condición no corresponde a la constatación de unas cotizaciones por unos obreros en el período de ejecución de las obras, máxime cuando la Cooperativa actora tiene admitido que simultáneamente a la ejecución del subcontrato realizaba, por sistema de administración, otras obras integradas igualmente en el contrato principal; 4) La conclusión negativa que se obtiene no queda contrarrestada por las declaraciones de tres testigos, antiguos empleados de la actora, siendo que el sistema adecuado de constatación procesal debió ser una correcta documentación propia con el necesario reflejo en los reglamentarios libros de la Dirección técnica de la obra, idéntica para la principal y subcontratada; y 5) Que en la certificación emitida por J. C. S.A., antes mencionado, aparece que “De nuestra intervención como empresa coordinadora y en consecuencia de directa vigilancia y supervisión de las obras que se realizaban no resulta en absoluto que la empresa subcontratista sufriera demoras o retraso, como consecuencia del desarrollo de los trabajos precedentes de explanación o cualquiera otros a realizar por F. G. previos a los trabajos de la Cooperativa subcontratista”.

CONSIDERANDO: Que la absoluta falta de prueba respecto a la realidad de los daños cuyo importe reclama la actora, y la prueba de que el cumplimiento anormal de las obligaciones del demandado no fue motivado por culpa suya o de tercero dependiente, sino por hechos que como las lluvias y las huelgas deben calificarse, por su inevitabilidad, como casos fortuitos interruptores, por su influencia decisiva, en la exigible relación causal, procede, en congruencia con la doctrina jurisprudencial antes expuesta y por la aplicación del artículo 1105 del Código Civil, desestimar la primera pretensión de la Cooperativa actora, sobre cuya conducta conviene añadir que no beneficia a la honestidad de su tesis haber manifestado en la reclamación extrajudicial por el mismo concepto ahora analizado —carta y requerimiento notarial obrantes a los folios 233, de la segunda pieza y 447 de la primera—, que el número de horas empleadas en exceso eran 4.930 de peón y 1.150 de oficial, frente a las 7.281 y 1.868, respectivamente, que obran en la demanda.

CONSIDERANDO: Que ninguna duda ofrece la admisión de la segunda pretensión de la actora —reíntegro de las 439.231 pesetas retenidas por el demandado en concepto de garantía e indebidamente por haber sido sustituida ésta por un aval bancario— por ser hecho admitido como cierto en el escrito de contestación e incorporación de demanda reconvenional.

CONSIDERANDO: Que asumiendo íntegramente la fundamentación que sirve al Juez a quo para desestimar la tercera pretensión actora, procede confirmar este pronunciamiento dado que la simple presentación de unas facturas expedidas a nombre de la Cooperativa actora justifica su pago, pero en medio alguno que éste debiera ser realizado por el demandado.

CONSIDERANDO: Que examinado el contenido de la demanda reconvenional en unión de los medios probatorios aportados para acreditar su realidad, el resultado no puede ser distinto al obtenido en la fundamentación anterior y por idénticas causas, sin que la presentación de una carta que no ha sido reconocida por su aparente autora —la Cooperativa ahora demandada— ni objeto de la adecuada prueba técnica sobre su autenticidad, motiva alteración de lo establecido.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108

del Código Civil procede condenar al demandado don F. G. al pago de los intereses legales de la cantidad de 439.231 pesetas que retenía indebidamente, computados desde la fecha de presentación de la demanda y al de los estipulados en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución.

**CONSIDERANDO:** Que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias.

**FALLAMOS:** Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la C. P. O. "G. N. C.", y por don J. F. G., contra la sentencia dictada por el litmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, en treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos esta resolución, y desestimando íntegramente la reconvencción formulada por Don F. G. y estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Cooperativa mencionada, debemos condenar y condenamos a Don F. G. a que abone a la C. P. O. G. N. C., la suma de cuatrocientas treinta y nueve mil doscientas treinta y una pesetas (439.231 pesetas), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas de las dos instancias.

(Ponente: José Luís Calvo Cabello)

## 127

**127. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Legitimación activa del titular del nombre comercial que figura como antifirma en el libramiento. Provisión de fondos: asunción de deuda: existe provisión. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia de remate recaída, dimanante de la ejecución de dos letras de cambio protestadas por falta de pago, se impugna por haberse desestimado las dos causas de oposición que en su día se formularon, a saber: I) falta de legitimación activa y II) falta de provisión de fondos; y que ahora se reiteran como motivos del recurso.

**CONSIDERANDO:** Que el primero de ellos, se basa en que el verdadero tenedor de las citadas cambiales es L. M. y no el ejecutante, tesis esta que es rechazada con total acierto por el Juez de instancia, al ser "L. M." el nombre comercial que el acreedor utiliza para el ejercicio de su actividad mercantil y no una entidad con personalidad jurídica, y si bien puede provocar cierta confusión o error el que debajo del estampillado "L. M." existente en ambas letras de cambio, aparezcan las letras "P. P." y después la firma del hoy ejecutante, tal posible equívoco desaparece por cuanto contiguo a tal estampillado existe

otro del que se desprende claramente que "L. M." es el nombre comercial que el señor V., hoy apelado-ejecutante, se sirva para firmar las transacciones mercantiles; por lo que se ha de desestimar el primer motivo de apelación.

**CONSIDERANDO:** Que la reglamentación legal de la provisión de fondos es una de las materias más confusas de nuestro derecho cambiario, ya que con el propósito de reforzar la posición del acreedor facilitando el pago de la letra a su vencimiento, se trae a la superficie del Derecho cambiario, las relaciones económicas que determinaron la creación de las letras y que están ya protegidas por el Derecho civil. Dicha provisión puede revestir varias formas: a) envío de metálico, b) remisión de mercaderías a diverso título y c) provisión por razón de deuda. Para este último supuesto, el artículo 457 del Código de Comercio exige que el vencimiento de la letra, aquel contra quien se libró, sea deudor de una cantidad igual, o mayor, al importe de ella, al librador o al tercero por cuya cuenta se hizo el giro; y como consta conferenciado "que dichos efectos son parte de los que entregaron como renovación de unas letras de la entidad X., S. A. de la que es accionista el ejecutado (posición 2ª de este), se reputa existente tal provisión de fondos por razón de deuda, al haber asumido voluntariamente el hoy apelante, por la aceptación de las repetidas dos letras de cambio, la obligación de pagar parte de la deuda que tenía pendiente X., S. A. con el aquí ejecutante, y al no haberse probado la extinción total o parcial —artículo 1214 del Código Civil— de las deudas asumidas por el ahora apelante-ejecutado por la firma de los dos repetidos giros, es por lo que también procede rechazar el último motivo de impugnación.

**CONSIDERANDO:** Que al tener los títulos acompañados a la demanda, aparejada ejecución —nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, al ser rechazadas las dos causas de oposición formuladas y cumplidos los requisitos legales, procede confirmar la sentencia recaída.

**CONSIDERANDO:** Que se aprecia temeridad en la parte apelante a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don L. A. N., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha seis de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 129

**129. SEPARACIÓN MATRIMONIAL.** Prueba: validez de las declaraciones de vecinos. Infidelidad conyugal y separación anterior que hace ininvocable tal causa: fundamento actual del deber de fidelidad. Conducta vejatoria: la constituyen las salidas nocturnas y públicas. Custodia de los hijos: criterios por los que debe regirse. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que el proceso matrimonial objeto de esta alzada, iniciado bajo la normativa anterior, contiene dos pretensiones de similitud relativa pues idéntico objeto —separación conyugal— es fundamentado por la esposa en los malos tratamientos de obra, injurias graves y abandono del hogar realizados por párrafo de la causa de separación 1ª del artº. 82 del mismo texto legal; “No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue”, y la determinación de cual sea la de correspondiente aplicación al supuesto debatido debe realizarse atendiendo al principio operativo de mayor benignidad establecido por la Disposición Transitoria 3ª del Código Civil, y siendo que la modificación introducida en el ordenamiento jurídico resulta más benigna al no contener la sanción civil que supone una invocabilidad como causa de separación, necesario es concluir que resulta vedado a un conyuge invocar las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro conyuge, cuando la convivencia existente entre ellos ha desaparecido en virtud de una separación de hecho anterior.

**CONSIDERANDO:** Que conclusión idéntica se mantendría si, a efectos argumentativos se entendiera inaplicable la nueva normativa del párrafo 2º de la causa 1ª del artº. 82 del Código Civil, pues el derogado artº. 105 del mismo Cuerpo legal sería interpretado, en cumplimiento de lo dispuesto por el artº. 3.1 del Código Civil, según la realidad social del tiempo en que se aplica —norma de interpretación exigible para adaptar la Ley al cambio social— y es innegable que los modos y la estructura impuestos por éste establecen una conexión entre fidelidad de los esposos y convivencia conyugal, de tal suerte que desaparecida ésta no puede alegarse el quebrantamiento de aquella por inexistencia de su razón de ser, lo que en definitiva constituye la ratio legis de la actual normativa.

**CONSIDERANDO:** Que, sin embargo, las injurias graves alegadas por el marido como causa de su pretensión y desestimadas por el Juez a quo, resultan existentes tras un nuevo análisis de los medios probatorios aportados al proceso, pues la forma de comportarse públicamente la esposa cuando, rota la convivencia íntima continuaba con su marido en el domicilio conyugal —salidas nocturnas sin su conyuge con posterior llegada al domicilio acompañada por tercera persona— conforma una conducta contraria al respeto que por imperativo legal los conyuges se deben reciprocamente, configuradora plenamente de la causa invocada, no obstante tener su mejor encuadramiento en la actual conducta vejatoria del artº. 82 del Código Civil.

**CONSIDERANDO:** Que el tema de la guarda y custodia del hijo de 7 años de edad habido en el matrimonio cuya separación se pretende y del correlativo derecho de visitas —tema frecuentemente nuclear en los procesos matrimoniales hasta el punto de olvidar los conyuges litigantes que el amor a sus hijos no es objeto de monopolio pues atentaría gravemente a la esencia de lo natural e incidiría negativamente en el desarrollo de la personalidad de aquellos— debe resolverse atendiendo al principio del beneficio e interés de los hijos menores, auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-1959 en cuyo preámbulo se señala que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle, en la Constitución Española, artº. 39, en el Código Civil, artº. 110, y que desaparecido, por anormalidad en la convivencia de los progenitores, el ámbito en que normalmente ha de cumplirse, continua prevalente, con mayor fuerza si cabe, por así exigirlo las disposiciones leyes —artºs. 90, 92 y 103 del Código Civil—, la doctrina jurisprudencial y las justas razones derivadas de su condición de inocente en el conflicto matrimonial.

**CONSIDERANDO:** Que motivada esta Sala por la fundamentación anterior y analizado el informe psico-familiar que acordado para mejor proveer obra en el rollo correspondiente, no resulta aconsejable para el desarrollo de la personalidad del niño S. L. R. una alteración de la actual titularidad de la guarda y custodia, como tampoco del contenido del derecho de visitas correspondiente al conyuge/padre apartado de aquella —en realidad derecho recíproco entre progenitores e hijos—, pues tiene la amplitud suficiente “todas las semanas desde las 16 horas del sábado hasta las 20 Horas del domingo, así como la mitad de los periodos vacacionales” para establecer la convivencia específica paterno-



filial que con la guarda y custodia dicha conforma el mantenimiento de las necesarias relaciones afectivas entre los padres y sus hijos.

**CONSIDERANDO:** Que asumiendo la fundamentación de la resolución sobre las medidas provisionales obrante por testimonio en el rollo de apelación, procede declarar con la finalidad de otorgar un régimen jurídico más completo para la nueva situación de los litigantes, dado que la terminación de aquella fue pronunciada en la sentencia impugnada y que ahora se confirma, lo que sigue: A) Que doña M. M. R. F. no tiene derecho a percibir pensión alimenticia alguna de su esposo don S. L. A.; B) Que don S. L. A. contribuirá con la cantidad de 23.000 pesetas mensuales a los gastos de alimentación, educación y vestido del hijo S. L. R.; C) Que el uso de la vivienda conyugal corresponde a doña M. M. R., titular de la guarda y custodia del hijo del matrimonio.

**CONSIDERANDO:** Que no se hace especial declaración sobre las costas de esta instancia.

**FALLAMOS:** Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por doña M. M. R. F. y don S. L. A. contra la sentencia que con fecha dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y uno, pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, en el proceso matrimonial de separación del que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, completándola con los pronunciamientos siguientes: 1) Que la separación conyugal se decreta por causa de malos tratamiento de obra e injurias graves del marido e injurias graves de la mujer; 2) Que doña M. M. R. F. no tiene derecho a percibir pensión alimenticia de su marido; 3) Que don S. L. A. deberá contribuir con la cantidad de 23.000 pesetas mensuales a los gastos de alimentación, vestido y educación del hijo matrimonial S. L. R.; 4) Que el uso de la vivienda conyugal corresponde a la esposa doña M. M. R. y a su hijo mencionado. No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

## 130

**130. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daños como consecuencia de un servicio público. Fundamento de la responsabilidad. Carga de la prueba: doctrina del T.S. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que, frente al recurso de apelación interpuesto por la codemandada entidad X., S.A., no cabe otro pronunciamiento que el resueltamente desestimatorio del mismo pues debe recordarse una vez más que en virtud de una reiteradísima doctrina jurisprudencial, los daños ocurridos con ocasión de los servicios públicos se incardinan en esa zona denominada doctrinalmente como de "responsabilidad por riesgo creado", es decir, aquéllos en que se debe responder en virtud del peligro creado previamente por el agente mediante la utilización en provecho propio (*Ubi emolumentum, ibi onus*) de empresa, explotación o instrumento, susceptibles ex se ipsa de peligrosidad, determinando ello las con-

secuencias siguientes: a) Que en tales supuestos la acción u omisión se presupone siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y diligencia que las circunstancias requerían (SS. de 5 de abril de 1973, 3 de febrero y 14 de marzo de 1978, 5 de octubre de 1979 y 11 y 12 de marzo de 1980, entre muchas). b) Como consecuencia, una nutrida doctrina legal señala también que "cuando las garantías adoptadas conforme a las prescripciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han dado resultado positivo, ello revela que faltaba algo por prevenir y no se hallaba 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), de manera que basta al actor con acreditar que es el demandado quien causado por acción u omisión el daño (S. de 12 de mayo de 1976) para desplazar hacia el demandado la carga probatoria de que ha existido caso fortuito (allengans casus illum probare tenetur: S. de 24 de mayo de 1974); doctrina que por sí solo conduciría a la íntegra desestimación del recurso ante la ausencia probatoria de la demanda referida, pero que incluso en el caso que se decide no resulta de necesaria aplicación, por cuanto, como correctamente estimó el juzgador "a quo", existe una evidente negligencia por parte de dicha parte hoy recurrente evidenciada por las filtraciones anteriores a la de autos y del hecho de haber facilitado a la actora una bomba extractora para achique de agua que fue insuficiente en la ocasión de autos, lo que comporta la total falta de previsión de dicha demandada e impone consecuentemente la condena a la misma al pago de los daños causados.

**CONSIDERANDO:** Que mejor destino ha de correr el recurso interpuesto por la co-demandada entidad "T. A., S.A.", ya que al establecer el art.º 11 de las condiciones generales de la póliza (folio 25) que el asegurado deberá "bajo pena de perder todo derecho a la indemnización" dar el aviso a la aseguradora del siniestro, y al haberse dado dicho aviso en forma extemporánea con arreglo a dicha condición general 11ª, en relación con la 16ª, según se desprende de la confesión del propio representante de la entidad X. (folio 82) obvio resulta que de conformidad con lo dispuesto en el art.º 385 del Código de Comercio y reiterada doctrina legal (SS. de 26 de abril de 1975, 3 de marzo de 1978 y 8 de mayo y 23 de octubre de 1980) es eficaz su no aceptación de las consecuencias del siniestro; por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por dicha parte y consiguiente absolución de la misma de la pretensión frente a ella ejercitada en la demanda instaurada de este proceso.

**CONSIDERANDO:** Que no procede la condena en costas de primera instancia al desestimarse la demanda frente a uno de los demandados, así como tampoco hacer ninguna declaración sobre las de esta alzada al ser asimismo estimado en parte el recurso.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por demandada X., S.A. y estimando el interpuesto por la también demandada empresa mercantil "T. A., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta capital en autos juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución en lo que se opusiere a la presente y confirmándola en lo demás, desestimar y desestimamos íntegramente la demanda interpuesta contra la co-demandada entidad T. A., S.A. y en consecuencia, debemos absolver y absolvemos a la misma de la demanda ejercitada contra ella por la Administración del Estado, y debemos confirmar y confirmamos la condena a la co-demandada X., S.A.; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 132

**132. NEGOCIO FIDUCIARIO.** Venta en garantía: Concepto jurisprudencial y efectos. Acción reivindicatoria: improcedencia de la misma en base a estas estipulaciones. Dación en pago: inexistencia. Entrega instrumental: no implica tradición lo que obsta a la reivindicación. *Sentencia de 21 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para instalar la materia a decidir en el segundo grado jurisdiccional en una perspectiva adecuada conviene fijar como plenamente acreditados en autos los hechos trascendentales siguientes: 1º) Que con fecha 17 de abril de 1978 el codemandado declarado en estado de quiebra señor LL. otorgó a favor del actor escritura pública de compraventa de una máquina-grúa autopropulsada "Kynos Spanner" modelo 535, marca "Diesel Barreiros", con número 24 de máquina, 2BB-26001019 de motor y M.-12.937 de certificado de fabricación y origen, que es la reivindicada por el demandante hoy recurrente, por precio confesado de cuatro millones de pesetas (Folio 50).- 2º) Que en la misma fecha los mismos contratantes suscribieron otro en documento privado (Folio 51), mediante el que se confería al adquirente en documento anterior el derecho a retraer la máquina vendida por el mismo precio siempre que se ejercitase tal derecho dentro del plazo de seis meses a computar desde la fecha indicada.- 3º) Que en la transmisión efectuada en el primero de tales actos no se efectuó por el adquirente hoy actor ningún desembolso representativo del precio confesado, sino que, contrariamente, como reconoce el propio actor al evacuar su confesión en juicio (Folios ? y 165), la cantidad hecha figurar como precio representaba un crédito preexistente incrementado con los gastos e intereses derivados del mismo.- 4º) Que ni en la fecha indicada ni en otra posterior se realizó la entrega de la cosa/máquina vendida al adquirente de la misma, pues la misma siguió en poder y posesión del codemandado hoy declarado en quiebra, siendo retirada por ahora actor del depositario de la misma en fecha 14 de diciembre del repetido año 1978 y denunciado por el vendedor, por lo que se siguieron las oportunas diligencias penales después sobreesidas, ocupándose la máquina en la pieza correspondiente del proceso universal de quiebra con fecha 15 de junio de 1979: todo lo que consta por propia admisión de la actora en el escrito instaurador.- 5º) Que por el mismo Juzgado hoy "a quo" se decretó el estado de quiebra del codemandado/vendedor por autos de 6 de junio de 1979, fijándose los efectos de la declaración por retroacción a la fecha de 19 de septiembre de 1978, que era la de presentación del expediente de solicitud de suspensión de pagos de que trajo causa el expediente unido en cuerda floja a estos autos.

CONSIDERANDO: Que la precedente reconstrucción histórica del "factum" sobre el que ha de recaer la decisión revela, a la luz de la norma contenida en el artº. 1.282 ("actos coetáneos y posteriores") del Código Civil, la absoluta inatención de configurar la transmisión bajo ninguna de las dos modalidades invocadas por la actora hoy recurrente, ya que: A) Resulta inatendible la construcción del acto transmisivo como una dación en pago o "datio in solutum", ya que la existencia del acuerdo paralelo plasmado en el documento privado de la misma fecha que el acto transmisivo impide (juntamente con el no desplazamiento posesorio) la aceptación de tal parificación, en cuanto que: a) Aún sin participar ante el principio de libertad de forma español, de la opinión doctrinal mayoritaria en las doctrinas alemana e italiana en orden a la naturaleza real del acuerdo sustitutivo del cumplimiento inicialmente debido como "prestación en lugar de cumplimiento" ("Leistung an Erfüllungsstatt") y que se recoge en el artº. 1.529 del C. Civil de la provincia canadien-

se de Quebec, al expresar que "la dation en payement n'est cependant parfaite que par la delivrance de la chose", lo cierto es que su auténtica naturaleza y significación no puede ser otra que la de una transmisión "solvendi causa", es decir, dirigida "per se" o en forma autárquica y autónoma a extinguir a través de un "aliud" la prestación primeramente debida; de manera que cuando la finalidad contractual se revela en distinta dirección (por ejemplo con una causa de garantía), obvio resulta que desaparece la causa o esquema negocial típico propio de la dación solutoria y ha de buscarse otra construcción distinta.- b) Que ello ocurre así en este caso se desprende indubitadamente no sólo de las expresadas circunstancias del acuerdo paralelo citado de no desplazamiento posesorio y facultad de retraer, sino también básicamente del pacto plasmado en el documento privado tantas veces citado de que para el supuesto de arrendamiento de la máquina supuestamente transmitida "lo que perciba el arrendador por tal concepto *se distribuirá* en un treinta por ciento para pago de mantenimiento de los costes de la misma, y *el resto* (setenta por ciento) *se destinará a la amortización del crédito que ostenta el Sr. B. contra el Sr. LL.*" (Folio 51 v<sup>o</sup>.); de manera que esta función negocial aparece clara en el sentido que se dirá y en forma alguna resulta reconducible a la invocada figura de la "datio in solutum".- B) Como no lo es a la simulación relativa, ya que no se trata de un negocio aparente que encubra otro realmente querido (negocio disimulado), sino un negocio indirecto y concretamente un negocio fiduciario "cum creditore" en su modalidad tan frecuente de la llamada "venta en garantía", que no radica en un negocio único, sino complejo.

CONSIDERANDO: Que, señalado lo anterior, conviene recordar que este tipo negocial viene definido por la doctrina jurisprudencial a partir de la S. de 8 de marzo de 1963 (que sigue la línea de las anteriores de 28 de enero de 1946 y 3 de mayo de 1955 y es, a su vez, seguida por las de 22 de noviembre de 1965, 28 de diciembre de 1973, 3 de mayo de 1976, 30 de abril de 1977, 8 de mayo de 1979 y 9 de diciembre de 1981) siguiendo la llamada doctrina del doble efecto, proclamando así la doctrina legal que es "un acto formal, complejo, mixto, integrado por otros dos de finalidad unitaria interdependientes: uno de naturaleza real, por el que se transmite plenamente el dominio; y otro de carácter obligacional, que constriñe a la devolución de lo adquirido cuando la obligación crediticia que el primero asegura se haya saldado"; lo que produce como efecto esencial que la transmisión dominical sea puramente formal o simple propiedad en garantía ("Sicherungseigentum"), que lo único que realiza es otorgar al fiduciario, como enseña la S. de 21 de marzo de 1969, de un "ius retinendi" de la cosa "vendida" hasta que se verifique el pago del crédito cuya efectividad se trata de asegurar mediante el negocio transmissivo formal.

CONSIDERANDO: Que si ya en general, como se ha dicho acertadamente, la materia de quiebra es "una preciosa piedra de toque para calibrar la eficacia de las diversas fórmulas definidoras de la relación entre fiduciante y fiduciario", en el caso que ahora se decide no cabe en manera alguna la aceptación de la acción real reivindicatoria ejercitada en la demanda, en tanto que a su estimación obstan los argumentos siguientes: a) Que en virtud del sistema transmissivo propio español la compraventa no seguida de transmisión posesoria no opera la transferencia dominical, conforme se desprende de la normativa contenida en los arts. 609 y 1.095 del Código civil; y en el caso ahora decidido en segundo grado jurisdiccional no se efectuó la entrega de la cosa, según se señaló, a la que no puede parificarse la entrega instrumental contemplada en el párrafo segundo del art. 1.462 del Código Civil, ya que esta norma se limita a establecer, conforme señala una reiterada doctrina legal (Por todas, SS. de 11 de diciembre de 1967 y 9 de noviembre de 1971), una simple presunción "iuris tantum" que debe ceder ante prueba en contrario, que es cabalmente lo aquí ocurrido.- b) Y como en la fecha indicada como de producción de los efectos de la quiebra por la retroacción establecida en el párrafo segundo del art. 878 del Código de Comercio aún no había transcurrido el plazo de seis meses previsto contractualmente para el ejercicio del retracto convencional, obvio es que, sin precisión de argumentos corroborativos que serían simplemente reiterativos, proceda la desestimación del recurso interpuesto, ya que del contrato sólo había nacido una acción puramente personal del comprador frente al vendedor quebrado en lugar de la real ejercitada; doctrina por lo demás ya sostenida por esta misma Sala en la S. 32/1980, de 21 de febrero, dictada en supuesto similar al presente.

**CONSIDERANDO:** Que no aprecia la existencia de temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por el demandante don A. B. C. 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 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 134

**134. SEPARACION MATRIMONIAL.** Concepto y fundamento de la "pensión" a que se refiere el art.º 97 del C. Civil. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recaída se impugna: I) por la parte actora: a) por la pensión concedida a la esposa y b) por el régimen de visitas de los hijos, fijado; II) por la parte demandada, por considerar insuficiente la cuantía de la pensión concedida a su favor.

**CONSIDERANDO:** Que la pensión que estatuye el artículo 97 del Código Civil, tendente a enmendar el desequilibrio económico que se pueda producir en un cónyuge en relación con el otro, por la separación o divorcio, es una superación técnica de otras prestaciones económicas periódicas que nuestro Derecho positivo regula, bajo el concepto de "alimentos" artículo 142 del citado Código) en cuanto referidos a los cónyuges (n.º 1 del artículo 143 del repetido Cuerpo legal) y de la de como "auxilio económico" y con carácter provisional establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1883); por lo que no se puede calificar de incongruente y por ende de infracción del artículo 359 de la citada Ley procesal, como sostiene el demandante recurrente, la sentencia que concede tal pensión si se dan los presupuestos fácticos exigidos al efecto por la ley, y media una petición expresa de prestación económica periódica por un cónyuge, como ocurre en el presente caso, en la que la esposa postuló, por vía reconvenional, "el derecho a recibir alimentos y auxilio de la contraparte en cuantía de veinte mil pesetas", revisable según el índice de precios al consumo. Cuestión distinta es determinar si, como consecuencia del divorcio que se decreta, se va a producir desequilibrio económico de la esposa en relación con la posición del otro cónyuge, que implique un empeoramiento de la esposa en su situación anterior en el matrimonio, y si bien en principio existe cierto equilibrio económico entre las prestaciones eco-

nómicas que perciben ambos litigantes de las respectivas empresas donde trabajan —927.538 pesetas anuales incluidas las pagas extraordinarias el marido (folio 109), y 36.542 pesetas mensuales como salario bruto mensual, más sus correspondientes partes proporcionales de 18 de Julio, Navidad y Vacaciones, para la esposa (folio 107), al tener el marido bajo su custodia y cargo a los dos hijos del matrimonio de 11 y 10 años de edad, tal equilibrio económico se estima por este Tribunal, coincidiendo con el Juez de instancia, se rompe al carecer la esposa la manutención y cuidado de sus dos hijos durante la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano; de ahí, que se rechace el primer motivo de impugnación.

**CONSIDERANDO:** Que igual destino ha de recibir la segunda causa de apelación de la parte demandante, ya que el régimen de visitas de la madre a sus hijos y el de tenerlos consigo los primeros y últimos fines de semana de cada mes las 14 Horas de los sábados hasta las 20 horas de los domingos, así como la primera mitad de las vacaciones escolares mencionadas, fijado por el Juez "a quo", se reputa acertado y conveniente para los citados menores.

**CONSIDERANDO:** Que, por lo expuesto en el segundo fundamento de esta resolución, la fijación de diez mil pesetas mensuales como pensión a percibir por la esposa para evitar el desequilibrio económico respecto a su cónyuge que pudiera producirle la manutención y cuidado de sus hijos durante los fines de semana y mitad de las vacaciones escolares que han de pasar con ella, ya que son a su cargo dichos gastos, se estima ponderada y ajustada a derecho, completada con la revalorización de dicha pensión en función al porcentaje de subida que tenga el sueldo del marido en el Banco donde trabaja, que con total acierto determina el fallo recurrido; por lo que procede igualmente rechazar el único motivo de impugnación de la parte demandada reconviniente que postula el incremento de dicha pensión mensual.

**CONSIDERANDO:** Que al rechazarse las apelaciones de ambas partes litigantes, no procede condena de las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando los dos recursos de apelación formulados, el interpuesto por don L. A. V. LL. y el promovido por doña M. J. C. B., debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, la sentencia de fecha nueve de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez de Primera Instancia número Dos de Ibiza, en el juicio especial de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 136

**136. COSTAS PROCESALES.** Estudio histórico-jurídico de la materia. Criterios para su imposición. Rebeldía del demandado que confiesa la deuda que se le reclama en posiciones: existencia de mala fe. *Sentencia de 28 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la presente apelación se circunscribe en determinar si proce-

de la imposición de las costas procesales devengadas en primera instancia a la parte demandada, declarada en rebeldía, ya que la resolución impugnada no contiene tal condena.

**CONSIDERANDO:** Que la falta en la Ley de Enjuiciamiento Civil de un criterio general determinante de la imposición de costas ha sido suplida por la jurisprudencia. Antes del Código Civil el vacío de dicha Ley en este punto se cubrió acudiendo a las disposiciones pertinentes de las Partidas y de la Novísima Recopilación, que se basaban en la temeridad o mala fe de un litigante para imponerle las costas; legislación que se mantuvo subsistente aún después de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no obstante la norma derogatoria de su artículo 2182, por estimar que la materia de la imposición de costas no era propia del derecho procesal, sino del material o sustantivo; pero después de la publicación de dicho Cuerpo legal, la expresada legislación quedaba sin vigor, a virtud de la disposición derogatoria contenida en el artículo 1976, y el Tribunal Supremo, basándose en el artículo 1902 del Código Civil, siguió aplicando, en cuanto a las costas procesales, la teoría del resarcimiento por culpa —sustentada por las mencionadas leyes—, si bien hay que señalar que tal regla —imposición de costas cuando haya mediado temeridad—, tiene en nuestra Ley procesal civil numerosas excepciones particulares, en las que se aplica el principio del vencimiento absoluto, principio que no rige, en primera instancia, en el presente juicio declarativo.

**CONSIDERANDO:** Que toda vez que el demandado no ha comparecido en ninguna de las dos instancias de este proceso, que confesó adeudar las 173.610 pesetas que se le reclaman por suministro de hormigón en masa, suministro realizado en los meses de Marzo y Abril de 1980, siendo la forma de pago al contado, es por lo que este Tribunal aprecia mala fe en el demandado rebelde, y le impone la condena de pagar las costas de primera instancia, previa revocación del particular impugnado del fallo recaído.

**CONSIDERANDO:** Que al haber comparecido en esta alzada solo el recurrente, huelga hacer declaración especial sobre las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación formulado por X., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiséis de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la señora Juez accidentalmente encargada del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rolo, únicamente en cuanto declara “no ha lugar a hacer pronunciamiento condenatorio sobre las costas originadas en el proceso”, particular que se sustituye por el siguiente: “con expresa condena de las costas al demandado”, confirmando el resto del fallo dictado; y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. Dada la incomparecencia en este recurso del demandado rebelde, notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 138

**138. ACCION REIVINDICATORIA.** Supuesto de confusión de linderos entre las fincas litigiosas: hace inviable la demanda. Acción de deslinde: supuestos en que es ejercitable y requisitos. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que a la ajustada y precisa fundamentación aceptada de la sentencia apelada poco cabría añadir en el reexamen del material litisdecisorio por parte de este órgano jurisdiccional "ad quem"; más si a título corroborativo cabe clarificar lo que realmente se debate en la litis partiendo del dato probado siguiente: Que las dos fincas —de actores y demandados— por el linde de colindancia entre ambas carecían de signo divisorio fijo, ya que la antigua pared sólo alcanzaba el trayecto cuyo vestigio refleja la diligencia de reconocimiento judicial practicada en esta alzada y cuya acta obra en el rollo como se deduce del resultado de la básica pregunta séptima de las formuladas por la recurrente para sus testigos (Folio 85), que, en combinación con la repregunta correlativa (Folio 98 vtº), revela que la pared no seguía hasta la actual calle L. pues los testigos don V. C. J. (Folio 93 vtº), don N. V. R. (Folio 95 vtº), don M. S. P. (Folio 96 vtº) y don M. J. R. (Folio 97) reconocen al evacuar la citada repregunta primera a la séptima que "no ha visto nunca que la antigua pared a que se refiere la pregunta alcanzara la calle L." y, fundamentalmente, el testigo de esta misma parte demandante don A. L. A., vendedor de la finca de la actora a ésta, expresa rotundamente (Folio 94 vtº) que "nunca hubo pared" (Preg. 7ª) y que "no había ninguna pared" (Rep.).

CONSIDERANDO: Que desde esta perspectiva fáctica aséptica, tan bien reflejada técnicamente en la compartida fundamentación de la sentencia sometida a recurso y que esteriliza una primaria impresión deducible del reconocimiento judicial citado dada la trayectoria de la actual pared divisoria interfundiaria, la decisión se instala, una vez más, en la zona distintiva entre las acciones reivindicatoria (lo que la doctrina científica española más reciente denomina "*controversia sobre zona*") y la de deslinde (lo que la misma doctrina llama de "*lindero discutido*"); cuestión que ha de ser decidida partiendo del dato esencial de que el bien inmueble es un objeto jurídico ínsito en esa categoría situable en la categoría que la dogmática italiana (y la más reciente y autorizada española) denomina como "bienes-cantidad", es decir, determinada por la premisa del "confín" o lindero, toda vez que la naturaleza ofrece siempre una línea continua, de lo que se deduce que los confines o linderos, a falta de esa constancia fija, sean siempre una creación convencional del derecho (a diferencia de los bienes muebles o "bienes-calidad"); lo que determina que la diferenciación de las acciones reivindicatoria/declarativa dominical y de deslinde haya de pasar necesariamente por las siguientes premisas: a) Que el lindero es ciertamente existente siempre, al ser "indispensable para toda enajenación de inmuebles" (Art. 1.471 del CCiv.), pero su fijación sólo resulta exacta en aquellos supuestos que el art. 298-5º del Reglamento hipotecario denomina "*linderos fijos*" o sea, los determinados por datos permanentes e inmutables.- b) Que a no existir estos "linderos fijos" que configuren con exactitud la línea poligonal en que la finca consiste existe un estado de confusión identificativa interpredial, que es cabalmente la situación que trata de remediar la acción de deslinde, siendo así de recordar que la jurisprudencia del T.S. ha declarado reiteradamente que cuando existe una confusión de linderos en la línea de tangencia la acción reivindicatoria no puede prosperar (SS., entre varias, de 25 de enero de 1958, 2 de abril de 1965, 23 de mayo de 1967 y 7 de julio de 1980), en tanto que, como con claridad y precisión declaró la ya antigua S. de 14 de enero de 1936, "el deslinde tiene como eje la confusión de linderos, confiriéndose, precisamente, para evitar intrusiones, conscientes o no, en propiedad ajena, y de ahí que se requiera para el nacimiento de aquél que exista aquella indeterminación en los límites del predio que se trata de deslindar"; y doctrina que se continúa en la más reciente jurisprudencia, al declarar la S. de 17 de noviembre de 1979 que "toda acción de deslinde parte del supuesto de una usurpación llevada a cabo por uno de los colindantes de la propiedad que el actor trata de deslindar y por tanto supone tanto una pretensión de reivindicación del terreno usurpado como una declaración del contenido en cuanto a dimensión del título de propiedad" y la de 12 de abril de 1980, que "el pleito de reivindicación no es simplemente de cabida de fincas, sino de identificación en todos sus aspectos, de tal manera que si no pueden determinarse los linderos exactos de dos fincas y concretamente la zona de situación de ellos, es evidente que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, lo primero que debe hacerse es pedir un deslinde, donde teniendo presentes los respectivos títulos quede perfectamente delimitada y por consiguiente identificada real y jurídicamente cada finca"; lo que, por último, se ratifica en la S. de 27 de abril de 1981, al pro-



clamar que "la acción de deslinde no es viable cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados".

**CONSIDERANDO:** Que en la aplicación de la anterior doctrina al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional la desestimación del recurso de apelación interpuesto deviene claramente impuesta por la reiteradísima (y por ello relevada de su fácil cita pormenorizada) doctrina jurisprudencial expresiva de la precisión para el actor de acreditar o justificar debidamente su titularidad dominical; por lo que al no haberlo efectuado en el caso ahora examinado es llano, como correctamente entendió el juzgador "a quo", que procede rechazar la pretensión ejercitada.

**CONSIDERANDO:** Que al estimarse el recurso resulta improcedente hacer una especial declaración sobre las costas causadas en el mismo.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes doña M. C. C. y don A. P. S. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los 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 al pago de las costas de 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 139

**139. CONTRATOS.** Cumplimiento. Obligaciones accesorias: su importancia en la realidad actual. Petición de instalación de un ascensor y actos propios de los demandantes que la contradicen. Rebeldía: su alcance y consecuencias. Legitimación pasiva: No la tiene el titular aparente que lo es a efectos de evitar una doble tributación. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la demanda instauradora de esta litis va dirigida en primer término contra el codemandado hoy apelado don J. B. R. en su condición de titular registral de la finca en que se construyó el edificio del que forman parte los pisos vendidos a los actores y como otorgante de las escrituras públicas de venta de los mismos a aquéllos, estimando que tal titularidad le sujeta a la carga de soportar la pretensión de cumplimiento contractual ejercitada; pretensión objetada por dicho codemandado mediante la invocación de su falta de legitimación pasiva, al alegar su falta total de intervención en el proceso constructivo y de enajenación y consiguientemente su mera titularidad aparente a los solos fines de evitar una doble tributaria alegación que debe ser acogida al asentarse sólidamente

en el acto fáctico de que los contratos privados de adquisición de los pisos (Folios 103 y ss.) fueron otorgados por el codemandado don Julio Moré como vendedor, quien a su vez era el titular de la licencia administrativa de obra (Folio 33), por cuanto, como ya se indicó en la S. 131/1980, de 16 de septiembre, de esta misma Sala, a estos supuestos ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial expresiva de que nadie puede desconocer en juicio una personalidad (en este caso, la de vendedor) por quien la tuviera expresa o tácitamente reconocida dentro o fuera del mismo (SS. entre muchas, de 17 de mayo de 1934, 30 de junio de 1958, 29 de enero de 1969, 22 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1974 y 8 de febrero de 1975), así como la derivada del art. 1.230 del CCiv. en orden a la eficacia del documento privado distinto al de carácter público "inter partes", al limitarse su falta de eficacia a la esfera jurídica del tercero; por lo que al otorgarse las ventas propiamente dichas (documentos privados) por persona distinta al referido codemandado señor B., llano resulta que el mismo es respecto a tales transmisiones un tercero ajeno a las mismas y consecuentemente ha de ser absuelto de cualquier pretensión dirigida al cumplimiento contractual, al ser para él una "res inter alios acta" en virtud de la norma contenida en el art. 1.257-1.º del CCiv., en tanto que, como proclama una reiterada doctrina jurisprudencial (SS., entre muchas, de 23 de diciembre de 1969, 25 de abril de 1975, 15 de junio de 1978 y 6 de febrero de 1981), "en general 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 contratantes según las relaciones contraídas entre ellos".

CONSIDERANDO: Con relación al codemandado don C. M. F., titular de la licencia de obra y frente a quien, con carácter subsidiario, se dirige la pretensión, que el dato de su declaración en situación de rebeldía no exonera al órgano jurisdiccional del examen de la fundamentación de aquella, ya que es sobrado conocido que en nuestro sistema procesal la declaración de rebeldía del demandado no exonera al actor de la justificación de la fundamentación de su pretensión ("si bonam causam habet"), al modo señalado en la compendiosa S. del T. S. de 16 de octubre de 1970 (que recoge copiosa doctrina legal anterior y a su vez se ratifica por las SS. de 16 de junio de 1978 y 29 de marzo de 1980), al declarar que "la declaración de rebeldía del demandado y la consiguiente incontestación a la demanda por regla general no eliminan del proceso el mantenimiento de la pretensión, ni tampoco la satisfacen por sí sola, para que el demandante logre la satisfacción de su pretensión, no importa que el demandado no comparezca ni alegue nada en su defensa, sino que aquel tiene que probar el fundamento de sus alegaciones, pues la rebeldía, en el derecho español, no se castiga con el reconocimiento de los hechos del contrario ni acarrea una "poena probati" para la parte que permanece ausente del proceso"; por lo que debe analizarse la fundamentación de la pretensión dirigida a la realización de las obras necesarias a cargo de dicho demandado para dotar al edificio del servicio de ascensor, que la demanda postula en base al proyecto de obra y subsiguiente concesión de licencia administrativa para su realización, invocando al efecto las normas básicas contenidas en los artículos 1.097 ("La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados") y 1.258 del CCiv. ("obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley").

CONSIDERANDO: Que estos deberes conocidos por la dogmática alemana como deberes accesorios ("Nebenpflichten") cuya función, en aras al principio de buena fe contractual, es simplemente auxiliar de la obligación principal y por ello no susceptible de configuración autónoma, *al ser simple ensanchamiento de la prestación debida*, cobran singular relieve en las actuales coyunturas socio-económicas del tráfico jurídico, de modo que su papel y función primigeniamente auxiliar o accesoria se erige en componente básico de la causa tipificadora del concreto esquema contractual, de manera que han de modular, matizar y aún configurar la estructura típica causal en función de lo que se ha denominado, por vía negatív, frustración del fin contractual; mas ello no ha de conducir a una hipervaloración de esta prestación sobreentendida y reputar que las partes, expresa o tácitamente, pueden excluirla de la prestación a cargo del transmitente, que es cabalmente lo que ha ocurrido —como rectamente estimó el juzgador "a quo" en su bien meditada

fundamentación—, como se desprende de los datos siguientes: a) En las escrituras públicas de adquisición acompañadas con la demanda no se alude al aparato elevador y si en cambio a la “caja de la escalera” como linde de los pisos, señalándose como elementos comunes “el zaguán y la escalera de acceso a los pisos” (Folios 2 y ss.).- b) Que en junta de la comunidad de propietarios y a propuesta de los hoy actores se votó el acuerdo sobre instalación del ascensor a cargo de los cotitulares (Folio 31), y ante el resultado de la votación se solicitó del Juzgado de Distrito se dictase laudo sobre la contribución de los cotitulares a la instalación del expresado aparato elevador.- c) Que en la planta baja y en zona destinada a ascensor se halla ubicado un local destinado a bar, arrendado a uno de los codemandados por su propietario y con anterioridad arrendado también a otra persona.- d) Que en el hueco de ascensor y a la altura del piso de uno de los actores, U. M. M., éste construyó una despensa alicatada, según resulta del dictámen pericial obrante en los autos (Folio 325); y todos estos datos conllevan la aplicación del principio jurídico de prohibición de ir contra los propios actos sancionado en centenares de sentencias del T. S., que en este caso con concluyentes e inequívocos y revelan sin lugar a duda que las partes contratantes no impusieron al vendedor la carga de instalar el ascensor (Por otra parte sólo obligatorio normativamente para la última planta y no para las restantes); lo que conduce, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, a la desestimación del recurso interpuesto.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración sobre las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don U. M. M. y otros 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. Notifíquese esta resolución a los demandados no comparecidos 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 141

**141. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de legitimación activa del accionante: es oponible como motivo de nulidad al amparo del n° 2 del art° 1.467 de la L.E.C. Reconocimiento extrajudicial de la personalidad: es determinante para el rechace del motivo. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la parte ejecutada hoy recurrente formalizó como primer motivo de oposición frente a la pretensión ejecutiva ejercitada en la demanda el de nulidad

del ordinal 2º del art. 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que trata de fundar en una supuesta falta de legitimación del ejecutante derivada de que en la cambial figura como librador "G. L. L. M."; motivo de oposición que si bien, contra lo sostenido por la apelada, es en principio oponible en la forma en que lo han hecho la ejecutada, por cuanto como ya ha declarado esta misma Sala (SS. de 18 de octubre de 1957 y 29 de octubre de 1973) "se deduce que al estar expresamente excluida como excepción cambiaría la falta de personalidad en el ejecutante, es indudable que todo lo referente a la misma es alegable solamente como motivo de nulidad del título ejecutivo y así ha de ser considerado", debe rechazarse si se tiene en cuenta: a) Que el nombre "G. L. L. M." es, en cuanto simple nombre comercial, algo no sinónimo de una persona jurídica y si sólo sirve, como indica la S. del T.S. de 16 de diciembre de 1971, para distinguir al empresario individual o social de sus competidores. - b) Porque en la propia documentación aportada por la misma parte ejecutada acompañando al escrito de formalización de la oposición —y de la que dice que la letra trae causa (Folios 26 y ss.)— figura como vendedor el hoy ejecutante, lo que hace decaer la supuesta falta de legitimación activa en virtud del principio jurisprudencial de que no puede desconocerse en juicio una personalidad que se tuviera reconocida dentro o fuera del proceso (Por todas, SS. de 30 de junio de 1958, 29 de enero de 1969, 22 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1974 y 8 de febrero de 1975), aparte de la doctrina de la buena fe en el tráfico a que se refieren las SS. de 16 de noviembre de 1979 y 5 de enero de 1980, expresivas de que "cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella"; y si a ello se añade el contenido del acto conciliatorio celebrado entre las partes a instancia del hoy ejecutado (Folio 68), así como el amplio poder otorgado por la titular del nombre comercial a favor de su esposo el hoy ejecutante (Folio 60), llano resulta que el motivo que se examina aparece horro de todo fundamento y procede consecuentemente su decidido rechazo.

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte desestimatoria ha de tener el segundo motivo, tratado de fundar en los dos primeros numerales del citado art. 1.467 de la Ley procesal en relación con el art. 9 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, por falta de la entrega inicial prevista en dicho precepto, lo que conforme al mismo determinaba únicamente el derecho al percibo de los plazos; motivo de nulidad que debe ser rechazado, por cuanto: a) Esta pretendida nulidad exigiría una previa declaración jurisdiccional que no cabe en el área o ámbito del juicio ejecutivo cambiario, de naturaleza sumaria (S. de T. S. de 9 de febrero de 1977) "convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente". - b) En segundo término, tampoco aparece patente que la cambial objeto de autos responda al pago de la cantidad que debió abonarse al contado, ya que según se desprende de la cambial en ella sólo aparece como librado-aceptante el hoy ejecutado, en tanto que del contrato causal de venta resulta que los compradores fueron tanto dicho señor P. como su esposa doña A. M. A. (Certificación registral obrante a los folios 114 y 115); lo que en unión de los documentos liquidatorios aportados por el propio ejecutado de fechas 22 de julio y 7 de octubre de 1980 (Folios 29 y 30) muestra que la causa del libramiento obedece a unas relaciones complejas entre las partes e impone consecuentemente, al existir provisión de fondos, la desestimación del apuntado motivo de nulidad.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia la existencia de temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado don G. P. P. 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 cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre costas del recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 142

142. **DIVORCIO.** Alimentos. Separación de hecho anterior a la Ley 30/1981. Modificación de las circunstancias y alteración de la pensión alimenticia pactada. Cuidado de los hijos: no es vinculante lo pactado para el futuro. Necesidad de oír a estos y de estar a la Resolución que en su día recaiga. *Sentencia de 2 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada se impugna: a) por cuanto el importe de la pensión alimenticia que el esposo debe entregar a su esposa, debe ser 19.000 pesetas mensuales, más el pago de los recibos del Colegio de los hijos, en vez de 60.000 pesetas fijadas en la resolución recurrida, y b) por no mantenerse lo que se convino por los cónyuges respecto a la custodia de los hijos cuando estos cumplan 15 años de edad.

CONSIDERANDO: Que el artículo 97 del Código Civil proclama el derecho que tiene el cónyuge al que la separación o divorcio le produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, a percibir una pensión, que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta las circunstancias que al efecto señala dicho precepto; y si bien se deduce en el presente caso, que los hoy litigantes, cuando suscribieron el 25 de Abril de 1979 el convenio regulador de su separación matrimonial, obrante a los folios 8 y 9 de los autos principales, no apreciaron entre ellos otro desequilibrio económico que el que producía a la esposa la custodia de los hijos, de ahí que se pactara que "los gastos de los colegios de los hijos serán satisfechos por el padre" y que este ingresaría en una cuenta bancaria a la que tendría acceso la madre, 10.000 pesetas mensuales —incrementadas luego a 15.000—, destinadas "exclusivamente a beneficio de los hijos, no teniendo ambos cónyuges ninguna otra obligación económica entre sí", tal situación fáctica quedó sustancialmente alterada por el hecho de que la esposa dejara de percibir la retribución que cobraba por su trabajo y encontrarse actualmente en situación de paro laboral, lo que ha producido un patente empeoramiento en su situación patrimonial y un notorio desequilibrio económico respecto a su marido, desequilibrio que se restablece con la pensión alimenticia de 60.000 pesetas mensuales que se fija a su favor y a cargo del esposo, en la sentencia apelada: pensión que se reputa acertada y ponderada, teniendo presente que el ordinal 8º del citado artículo 97 menciona, entre otras circunstancias para determinar tal pensión, "El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", y en el caso actual se desprende que el esposo disfruta de una holgada posición económica, cuyos ingresos como perito industrial y jefe de taller del I. N. M., le permiten la adquisición, tenencia y disfrute de una embarcación de recreo marca PUMA y de un automóvil marca Renault, modelo 18 G.T.S. (posiciones 7ª y 8ª); lo que determina la desestimación del primer motivo de apelación.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir la pretensión del recurrente de que se declara que la custodia de los hijos, cuando estos cumplan 15 años de edad, revertirá al padre, conforme se estipuló en el expresado convenio de 25 de Abril de 1979, ya que el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil preceptúa, y así lo dispuso el juez "a quo", que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptados en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años", de suerte, que cuando llegue el momento, sobre este importante particular, se dictará la oportuna resolución judicial, en atención y beneficio exclusivo de dichos menores, tanto si coincide como no, con lo pactado por los padres.

CONSIDERANDO: Que al rechazar los dos motivos de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de esta.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe en la parte recurrente a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don G. O. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha quince de Enero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 143

143. **FIANZA.** Carácter normalmente subsidiario de la misma. Beneficio de excusión: supuestos en que no es oponible. Desestimación de la demanda por ser aplicable el beneficio. Acción dirigida contra el fiador sin vocar al pleito al fiado. Inexistencia de falta de litis consorcio pasivo necesario. Litis consorcio necesario y litis consorcio voluntario. *Sentencia de 2 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que toda vez que el demandado no ha recurrido contra la sentencia dictada, esta quedó firme en cuanto desestima la excepción de caducidad de instancia formulada, y procede en consecuencia entrar en el estudio de las demás causas de oposición formuladas a la demanda, empezando por la de falta de litis consorcio pasivo necesario, acogida por el Juez "a quo".

CONSIDERANDO: Que la relación litis consorcio puede ser obra de una determinación de voluntad, guiada exclusivamente por razones de economía procesal (litis consorcio voluntario), o puede venir impuesta por la índole de la relación jurídico material que en el proceso se actúa, y por la necesidad de que la resolución que se dicte afecte a todos los interesados en la cuestión (litis consorcio necesario). La Ley de Enjuiciamiento Civil no atiende al régimen del litis consorcio como entidad procesal, aunque a eventos litis consorciales se refieren numerosos preceptos de ella y no pocas decisiones jurisprudenciales; así, al tratar de la acumulación de acciones en su artículo 156, se ocupa del litis consorcio facultativo. El concepto de litis consorcio necesario, más que una situación exclusivamente procesal, va ligada a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, ya que por ella, los litigantes están unidos de tal modo, que a todos afecta la resolución que pueda dictarse en el proceso. Procede pues determinar si el acto suscrito por el demandado en el documento de fecha 9 de Marzo de 1971, cuya firma no fue reconocida en diligencias preparatorias de ejecución y su total autenticidad dictaminada pericialmente en este pleito

(folios 48 y 49), exige la vocación a esta litis de una tercera persona a la que afecte directamente la resolución que en su día recaiga. En el expresado documento, el aquí apelado se comprometió a pagar a los hoy apelantes-actores, la suma de 125.000 pesetas que se fijó para la total liquidación de unas hipotecas" y como máximo debe serlo antes del 31 Agosto del corriente año" —1971—, "en la fecha indicada, si por la Sra. B." —la deudora hipotecaria— "no se ha hecho efectivo"; desprendiéndose de que se trata de una fianza, contrato definido en el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil y que tiene entre otras características, la de subsidiaridad, por virtud de la cual el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, nota esta normal, pero no esencial, ya que el fiador puede obligarse solidariamente, supuesto que, previsto expresamente por el legislador, hace la oportuna remisión normativa a las obligaciones solidarias —apartado segundo del mencionado artículo 1822—, no se da en el presente caso. La subsidiaridad de la obligación asumida por el demandado, hoy apelado, produce sus efectos, en el campo sustantivo o material, como mas adelante se expone; sin que el hecho de que los actores no hayan ejercitado simultaneamente su acción contra la deudora principal, entrañe una falta de litis consorcio pasivo necesario, como sustenta el juez de instancia, pues tal ejercicio simultáneo constituiría una acumulación de acciones o litis consorcio facultativo, supuesto previsto y regulado en el artículo 1834 del Código Civil, ya que la facultad que confiere este último precepto mencionado al acreedor para demandar al deudor principal y al fiador, no se opone al derecho que asiste al acreedor para ejercitar su acción contra el fiador, el cual podrá oponer todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda (Sentencia de 25 de Febrero de 1958).

**CONSIDERANDO:** Que en armonía con la naturaleza subsidiaria de la obligación del fiador, la ley concede a este, el beneficio de excusión, a virtud del cual puede eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia, total o parcial, del deudor, beneficio que, sancionado por nuestro Derecho histórico (Partida 5ª, Título XII, ley 9ª) y por la jurisprudencia anterior al Código Civil, está establecido en este Cuerpo legal al proclamar sus artículos 1830 que "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor" y el 1836 que, "El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal", si bien condicionado su ejercicio a que no se den ninguno de los supuestos que menciona el artículo 1831 ni el señalado en el 1856 y se observe lo prevenido en el 1832, todos ellos del repetido Cuerpo legal, circunstancias todas ellas que se dan en el caso presente, lo que enerva la acción de pago promovida directamente contra el fiador y por ende, la desestimación de la demanda.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguna de las dos instancias, a efectos de condena de las costas causadas.

**FALLAMOS:** Que, estimando en parte el recurso de apelación formulado por don J. P. Q. y don R. M. A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diez de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Juez del Juzgado Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de esta capital, encargado del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad, por vacante del titular, en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto discrepe con la presente y confirmándola en lo que concuerde con la siguiente: Que previa desestimación de las excepciones de caducidad de instancia y de falta de litis consorcio pasivo necesario, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por don J. P. Q. y don B. M. A. contra don J. D. P. C., al que se le absuelve de ella, a virtud del beneficio de excusión opuesto; sin hacer expresa condena de las costas devengadas en ambas instancias.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

**145. SERVIDUMBRE DE VISTAS.** Acción negatoria. Servidumbre por destinación y nueva construcción que la agrava. Parificación con el porche desde el que se proyectaba con los nuevos huecos abiertos. Estimación de la demanda en cuanto a otras nuevas aperturas. Título y signo aparente: equiparación. *Sentencia de 5 de Julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que las actoras, ahora recurrentes, amparándose en el principio de que la propiedad se presumen libre en tanto no se pruebe lo contrario, ejercitan acción negatoria de servidumbre mediante demanda que resulta desestimada por entender el juzgador a quo que la demandada es titular activa de una servidumbre de luces y vistas constituida por "destinación del padre de familia", dada la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del T.S. (SS. 30-10-1959 y 21 junio de 1971) y que obran que analizados en la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que al no contener el Código Civil precepto alguno normativo de la extensión y límites del ejercicio de la servidumbre constituida por desestimación y al equiparar el artículo 541 del Código Civil el signo aparente con el título, forzoso es concluir que aquél —expresión auténtica del acto de destinación— constituye el elemento revelador de los términos en que la servidumbre ha de realizarse, sin que en sede de continuación de ésta sea permisible una ampliación de los mismos pues como tiene declarado el T.S. en S. de 12 de mayo de 1866 "es un principio inconcuso de derecho que aquél en cuyo favor se haya constituida una servidumbre no puede alterar la manera en que se estableció, o como la ha disfrutado; ni contra la voluntad del dueño del predio sirviente agravar su condición..."

**CONSIDERANDO:** Que para la adecuada resolución del tema litigioso conviene establecer como premisas fácticas: 1ª.- Que en el año 1904 el propietario de los fundos entonces fusionados y pertenecientes hoy a los litigantes, manifestó su intención de establecer una relación de servicio entre ellos a través de un porche situado en la finca de la demandada junto al linde con la perteneciente a las actoras y 2ª.- Que la demandada ha sustituido el citado porche por una construcción de dos plantas con azotea, abriendo dos ventanas en la superior y tres en la inferior.

**CONSIDERANDO:** Que del análisis comparativo de ambos signos resulta que a) los huecos de la planta inferior no suponen alteración gravosa de la servidumbre dada la equivalencia que en su dimensión de servicio y gravamen tienen con el antiguo porche y b) sin embargo, los huecos existentes en la planta superior, la azotea y su puerta de acceso constituyen una modificación gravosa de la servidumbre pues al posibilitar unas vistas antes inexistentes —y no es indiferente, sino esencial como conformadora del contenido del derecho, la situación material de los huecos— destruyen la continuidad de la servidumbre en su dimensión de carga necesariamente equivalente a la originaria.

**CONSIDERANDO:** Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 598 del Código Civil procede mantener la desestimación de la demanda en cuanto a los referidos huecos de la planta baja, estimándola, sin embargo, con relación a los existentes en la planta alta, azotea y puerta de acceso dado que no se hallan asistidos por título alguno que los legitime.



CONSIDERANDO: Que no hay motivo para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña M. A. R. y Doña R. M. A. A. contra la sentencia dictada el once de septiembre de mil novecientos ochenta y uno por el Sr. Juez de Primera Instancia del Juzgado de Inca en el juicio declarativo de menor cuantía de que este rollo dimana debemos revocar y revocamos la sentencia citada y estimando en parte la demanda interpuesta por las recurrentes mencionadas debemos condenar y condenamos a la demandada Doña C. M. V. a que tape las dos ventanas abiertas en la planta superior de la edificación a que se contrae el hecho segundo de la demanda, así como la azótea y su puerta de acceso, de forma que se eliminen las vistas que en la actualidad tiene sobre el fundo propiedad de las actoras a que se refiere el hecho primero de la demanda, absolviéndola del resto de los pedimentos contenidos en ésta, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en las dos instancias.

(Ponente: José Luis Caívo Cabello)

## 147

**147. QUIEBRA.** Retroacción e incidente sobre fijación de la fecha de la misma. Cosa Juzgada: no la constituye la sentencia desestimatoria de un incidente sobre la misma cuestión al no ser definitiva. Aportación de documentos: preclusión del momento de la misma. Distinto régimen según se actúe un interés propio o una pretensión “erga omnes” (la sindicatura, se dice, ni actúa un interés propio ni ostenta la exclusiva representación de los acreedores —vid., no obstante, artº 1.366 de la L.E.C.—, ni el demandado es propiamente sujeto pasivo): inaplicabilidad, por estas razones, del artº 504 y concordantes de la L.E.C. Concepto de sobreseimiento. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que por su carácter necesariamente preliminar el primer tema que ha de ser reexaminado en este segundo grado jurisdiccional no puede ser otro que el que vertebra entitativamente la oposición formulada por el codemandado B. S., ahora reproducido como motivo de impugnación de la sentencia dictada en primera instancia, es decir, si la sentencia de esta misma Sala número 139/1977 de 23 de noviembre, dictada en incidente seguido en virtud de demanda del acreedor don J. V. F. contra el Depositario designado por el Juzgado en este mismo juicio universal para la fijación de fecha de retroacción de esta misma quiebra procede o no cosa juzgada material respecto de este proceso, en el que la demanda interpuesta por la Sindicatura posteriormente designada postula, si bien para una diferente, también una fijación de fecha para la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra, cuyo efecto con arreglo al párrafo segundo del artículo

878 del vigente Código de Comercio es la declaración de nulidad radical de todos los actos realizados por el deudor quebrado en tal período temporal, conforme ratifica una reiteradísima doctrina jurisprudencial (SS., entre varias, de 16 de febrero de 1933, 17 de marzo de 1958, 28 de mayo de 1960 y 9 de diciembre de 1981).

CONSIDERANDO: Que el tema, ciertamente difícil y abordado con poca precisión en la doctrina científica, ha sido resuelto en forma acertada y aún aguda (en absoluto incurriente en sofisma como pretendió la recurrente en la vista de la alzada) por el juzgador "a quo" de modo conciso, lo que impone ahora matizar su acertada fundamentación; y así: a) La fijación de la fecha a la que habian de retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra en el auto declaratorio de la misma, dictado conforme a lo previsto en el art. 1.024 del Código de Comercio anterior, tenía un carácter puramente provisional y sin perjuicio de tercero. - b) Esta fijación provisional, sin embargo, opera: 1- Hasta la junta de reconocimiento de créditos, pues desde tal data, al precluir la oportunidad procesal de solicitar la fijación de otra, aquélla se convierte en definitiva. - 2- Mientras que por sentencia firme no se haya fijado una fecha definitiva; y contrariamente, *una sentencia que desestime una pretensión de fijación de fecha definitiva no hace cobrar tal carácter a la provisional*, que subsiste como tal durante el expresado período temporal y puede no ser impugnada (pues ha obtenido fuerza de cosa juzgada formal), pero si sustituida por una declaración de fijación definitiva si dicho período no ha transcurrido: conclusión hermenéutica que deriva del dato normativo esencial de que toda resolución provisional produce los efectos propios de la definitiva mientras no sea sustituida por otra de este último carácter (P. ej., los procesos posesorios interdictales); de manera que, en el caso resuelto en la sentencia anterior, esta Sala, constreñida por el principio "tantum devolutum quantum appellatum" sancionado reiteradísimo por la jurisprudencia, al dictar sentencia estimatoria del recurso de apelación y derivada desestimación de la demanda que postulaba la fijación de una fecha determinada para la retroacción de los efectos de declaración de quiebra, no estaba —pues no podía hacerlo— creando un estado jurídico nuevo —conversión de la fecha provisional en definitiva—, sino, simplemente, rechazando por infundada una pretensión encaminada a su creación, y al ser ello así, tal pretensión no podía, al ser repelida, crear un "aliud" diferente del área o ámbito en que se dictó ("ex nihilo nihil facit"), al ser algo radical y ónticamente disímil declarar que lo resuelto con carácter provisional no se pueda variar ante una concreta pretensión a tal fin dirigida que señalar que esta invariabilidad concreta convierta lo que era provisional en definitivo, pues para ello sería preciso, según lo expuesto, bien un pronunciamiento jurisdiccional positivo (declaración de definitividad) o el simple transcurso del plazo preclusivo expresado.

CONSIDERANDO: Que ello conduce necesariamente a la desestimación del motivo impugnativo basado en la cosa juzgada, pues no sólo no concurre ninguna de las tres identidades exigidas por el art. 1.252 del Cciv., para que la misma opere sus efectos, sino que: a) No cabe estimar existente el efecto positivo de la cosa juzgada material ("validez jurisdiccional de una pretensión como jurídicamente fundada o infundada"), pues la absolución de una pretensión constitutiva no está negando con carácter absoluto el fundamento de la misma ("Si bonam causam haber"), sino manteniendo —"rebus sic stantibus"— el estado provisional pretendido desvirtuar. - b) Tampoco cabe reputar producido el efecto negativo de la cosa juzgada material o función impeditiva de aquélla, en tanto su fórmula doctrinalmente correcta: "no dos procesos con el mismo objeto" quiebra ante la naturaleza no definitiva (de cara a la norma contenida en el ordinal 1º del art. 1.690 de LECiv.) de la resolución que versa sobre la fijación de la data de la retroacción, la que, contra lo proclamado por la recurrente en su exposición "in voce" en el acto de la vista de la alzada, carece de tal virtualidad y consecuentemente no es susceptible de recurso de casación, como proclama el auto del T.S. de 27 de junio de 1975 y la doctrina legal en él citada y la S. del propio T. S. de 16 de diciembre del mismo año; lo que, en definitiva, no otra cosa es que mera consecuencia de la recta doctrina recordada en la S. de 22 de marzo de 1963, según la cual "el auto de declaración de quiebra es susceptible de modificación en cualquier estado del proceso de ejecución colectivo en que se impo su reposición"; todo lo que, sin necesidad de insistencias fundamentadoras que serían simplemente reiterativas,

conduce al rechazo de la excepción que se analiza en su actual vertiente de motivo impugnativo de la sentencia sometida a recurso de alzada.

CONSIDERANDO: Que no mejor suerte ha de tener el recurso de apelación del codemandado don C. S. S., orientado en la reproducción de lo alegado por el mismo al contestar a la demanda incidental en orden a la preclusión de aportación/presentación documental derivada conjuntamente de la normativa establecida en los arts. 504 y 506 de la LECiv.; pues si tal recurso se muestra aguda y minuciosamente construido, no menos cierto es que en su óptica obviamente parcial e interesada silencia varios datos esenciales, cuales son: a) Que esta preclusión de aportación/representación/designación documental está en relación con el espíritu y función de la norma que la crea (art. 3 del CCiv.), es decir, que al fundarse esta norma ordenadora de la preclusión en los principios procesales básicos de igualdad de partes y consecuente lealtad procesal que ha de inspirar el debate jurisdiccional, en el sentido de imponer la carga de aportación de los documentos que funden la causa de pedir (SS., entre varias, de 31 de octubre de 1963 y 24 de octubre de 1978), lo que por lo demás viene proclamado desde la propia norma, al sancionar el art. 504 citado que los documentos son aquellos en que la parte funde "su" derecho, claramente se deduce que en aquellos supuestos en que pretensión (como es el caso ahora decidido) no se interponga *contra* (supuesto típico de la acción declarativa de condena) un demandado frente al que se exige un determinado comportamiento, sino que contrariamente a su tendencia es simplemente dirigida a la creación de un estado jurídico valedero "erga omnes" la distribución de cargas procesales no funciona obviamente con el mismo rigor, por cuanto también la relación procesal se oficializa y el demandado actúa en ella no como sujeto pasivo propiamente dicho, sino como simple legitimado por un "interés" que pudiera ser vulnerado por la satisfacción de esa pretensión constitutiva.- b) Y en el mismo sentido se sitúa la actuación de la Sindicatura desde el prisma de la legitimación activa, ya que cualquiera que sea la postura doctrinal que se adopte en orden a la posición de la misma en el proceso sobre quiebra, lo cierto es que se sitúa su actuación procesal en una perspectiva más formal que material, en tanto en cuanto ni representan con carácter exclusivo a la masa acreedora ni a la deudora ni ostentan por tanto interés propio, instalándose por ello su cualidad de parte en la esfera propia de la sustitución procesal y aún de la llamada representación orgánica; por lo que al no instar un interés propio, llano ha de ser que no les vincula el carácter sedicentemente absoluto de la aludida preclusión de aportación documental; máxime si se tiene en cuenta que la mayoritaria y más autorizada doctrina científica patria viene sosteniendo la viabilidad —desde la normativa contenida en los arts. 1.366 y 1.367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— de que el propio juez varíe sin precisión de incidente destinado al efecto la fecha fijada provisionalmente como de retroacción, aunque naturalmente sometida a la impugnación propia de la declaración misma de la quiebra (a la que parcialmente sustituye); de lo que se deduce que procede el rechazo del presente motivo impugnativo y, por ello, entrar en el fondo de la pretensión ejecutiva formulada en la demanda.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la doctrina legal ha venido, al hilo de lo proclamado en la Exposición de Motivos del vigente Código de Comercio, configurando el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, que si es presupuesto de la declaración de la quiebra legal ha de serlo también de la fáctica (a cuyo momento de producción han de retrotraerse los efectos de aquélla), en forma prudente en aras a no atacar el principio básico de seguridad en el tráfico, distinguiendo así la copiosa doctrina jurisprudencial recogida y sancionada en la clásica y fundamental S. del T. S. de 27 de febrero de 1965 las simples dificultades de pago, la simple incursión en mora, de una imposibilidad solutoria "definitiva, general y completa", al modo también señalado en la S. de 22 de abril de 1969, cuando declara que "el elemento esencial del concepto legal de quiebra es el sobreseimiento en el pago de las obligaciones, cesación de pagos que ha de ser general y definitiva, por significar insolvencia, esto es, cuando el patrimonio es impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular, pues si el desarreglo es transitorio no es causa suficiente para declarar la quiebra"; no es menos cierto que la sentencia hoy sometida a recurso de alzada, lejos de conculcar tal premisa, se ajusta plenamente a ella, al deducir, en una ponderada y concisa valoración en conjunto de la prueba que como ma-

terial litisdecisorio obra en los autos, la conclusión positiva en orden a que en la fecha indicada en la demanda se había ya producido esta situación de sobreesimiento general en los pagos de las deudas de los quebrados; pues, sólo a título corroborativo, cabe recordar que la insolvencia se polarizaba en las direcciones siguientes: 1º) *Débitos fiscales y de la contribución a las cargas de la seguridad social*: a) Descubiertos en Hacienda (Folios 215 y ss.): ejercicio de 1972, 2.468.832 pts.; ejercicio e 1973, 1.669.174 ptas. b) Descubiertos en la seguridad social (Folios 319 y ss.): 78.964 pts. y 212.300 ptas.- 2º) *Descubiertos por gastos de explotación*.- Durante la temporada de 1973 la empresa de los quebrados contrajo débitos que se especifican: uno de 486.533 pts. con "L. P." (Folio 327); cuentas impagadas de "E. G." (Folios 233 y ss.).- c) *Impagadas a proveedores*.- Cabe señalar: los distintos juicios ejecutivos seguidos contra los quebrados cuyos testimonios obran en autos (Folios 358 y ss.), en virtud de cambiales vencidas y protestadas en el año 1973.- d) *Débito de la renta del año 1973 correspondiente al arrendamiento del Hotel* (499.800 pts.), que finalizó por desahucio por falta de pago en sentencia firme dictada en juicio de tal clase de fecha 3 de enero de 1975 del Juzgado a la sazón Comarcal de La Puebla (Folio 343); datos todos que conjuntamente revelan la absoluta corrección de la resolución apelada al reputar existente la situación de sobreesimiento general en la fecha postulada en la demanda y que, consecuentemente, comportan el íntegro rechazo de los recursos interpuestos.

**CONSIDERANDO:** Que ne cabe reputar temeraria la posición de los recurrentes, por lo que no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por los codemandados "B. S., S.A.", don C. S. S. y don P. J. M. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos incidentales de juicio universal de quiebra de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución a los demandados no comparecidos 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 150

**150. DIVORCIO.** Pensión a que se refiere el artº. 97 del Código. Presupuestos para su establecimiento: se ha de atender a las necesidades de ambos cónyuges. La custodia y cuidado de los hijos como causa de desequilibrios patrimoniales entre ellos. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recaída se impugna por la esposa demandada: a) por incongruencia con la contestación a la demanda y b) por inobservancia de las prescripciones establecidas en el artículo 97 del Código Civil en cuanto a la fijación del importe de la pensión determinada en la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: que las sentencias, según ordena el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, prescripciones todas ellas que han sido observadas en el fallo apelado, en el que de una manera clara, sistemática y precisa, se da debida respuesta judicial a todas las cuestiones deducidas en esta litis; por lo que se rechaza el primer motivo de apelación.

CONSIDERANDO: que igual destino adverso ha de recibir la segunda causa de impugnación, ya que la recurrente pretende que el importe de la pensión que postula a su favor lo sea "en cuantía que resulte de los ingresos reales del marido", prescindiendo de los propios, con olvido total de que el derecho que proclama el artículo 97 del Código Civil, a favor del cónyuge a percibir una pensión del otro cónyuge, tiene los siguientes presupuestos: a) que la separación o divorcio le produzca desequilibrio económico en relación con la posición económica del otro y b) que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; y que su fijación se realiza teniendo en cuenta las circunstancias que enumera el mismo precepto, entre las que interesa ahora destacar la 8ª que dice: "El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", o sea que se ha de tener presente, a los efectos expresados, el caudal, los medios económicos y necesidades de los dos cónyuges, no solo uno de ellos. Consta probado que los ingresos del marido, policía municipal, fueron en Agosto de 1981 —última mensualidad que consta en autos—, unas 70.000 pesetas mensuales, (folio 100); y que la esposa, ahora apelante, percibe unas 35.000 pesetas mensuales por su trabajo como camarera en la Hospedería de Palma del Instituto Social de la Marina (folio 161), posee dos parcelas de tierra de secano de 5,94 y 19,70 áreas de superficie, sitas en el término municipal de Algaida, de escaso o nulo rendimiento agrícola y una finca urbana en dicha localidad, compuesta de planta baja, piso y corral, todo ello adquirido por herencia (folios 29/33 y 47/50), es titular también de un automóvil marca S., modelo 127, 3 puertas, matrícula PM-8.312-G, por lo que la pensión de 25.000 pesetas mensuales fijadas a cargo del actor, aquí apelado, "para la atención y cuidado de sus hijos", se estima ponderada y ajustada a derecho, ya que con ella se restablece el equilibrio económico entre los cónyuges que se rompía al quedar al cuidado y custodia de la esposa, los dos hijos de 13 y 11 años de edad.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados bien ponderados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de esta en todas sus partes.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de este recurso.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por doña J. M. LL. O., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha quince de Diciembre de mil novecientos ocheta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 151

151. **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Vicios de construcción. Desestimación de la demanda. Ficta confessio. *Sentencia de 8 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, al estar ajustada a derecho la resolución recaída, si bien para completar su fundamentación jurídica se hace constar que al demandante se le tiene por confeso, a tenor del artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre hechos que, expresados en las posiciones presentadas por la contraparte, hacen totalmente impropereable su pretensión indemnizatoria, a saber: que la obra, por cuya defectuosa construcción reclama 87.000 pesetas por daños y perjuicios, fue por él dirigida, sin intervención profesional alguna, salvo los albañiles contratados a jornal, Sres. M. (el hoy apelado-demandado), O. y M., y que al despedirse dichos albañiles a finales de 1978, no mostró queja alguna por su trabajo, aparte que la obra todavía no estaba terminada y que posteriormente y con otro personal que tuvo que contratar, acabó la obra de su chalet, incluido en ella el tejado (posiciones 2ª, 3ª y 4ª); y al desconocer este Tribunal las posibles causas de la impugnación interpuesta, ya que la parte recurrente no compareció a la vista celebrada, no obstante haber sido citada en legal forma, procede confirmar el fallo dictado.

CONSIDERANDO: Que el artículo 710 de la citada Ley Procesal preceptúa en su último apartado que, la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia, deberá contener condena de costas al apelante.

FALLAMOS: que, desestimando el recurso de apelación formulado por don L. C. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha doce de Junio de mil novecientos ochenta y uno dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 154

**154. DIVORCIO.** Obligación del padre de atender a las necesidades económicas del hijo que convive con el otro cónyuge. Pensión a favor del mismo ex art. 97 del C. Civil. Valoración de las posiciones económicas de ambos interesados. Asignación de una cantidad mensual que engloba la atención de ambos conceptos. Reducción de la misma a partir de la mayoría de edad del hijo y derecho del mismo a reclamar alimentos del padre. Conceptuación de la cantidad reducida. Vivienda familiar: asignación de su uso y disfrute. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada se impugna: I) por el actor: a) por atribuir la vivienda familiar, sin limitación a la esposa, b) por no determinar el concepto de la pensión asignada y c) por reputar dicha pensión excesiva respecto al hijo e indebida en cuanto a su esposa; y II) por la demandada, por estimar que el importe de la expresada pensión debe ser mayor al fijado por el juez "a quo".

CONSIDERANDO: Que, la determinación de que la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges y ocupada por la esposa ininterrumpidamente desde el año 1971, como hogar propio y de su hijo, que siempre ha convivido con ella, expresamente aceptada por el actor en el primer otrosí de su escrito de demanda (folio 10 vuelto), fue impugnada por primera vez en el acto de la vista de esta apelación por dicho recurrente, atribuyendo, sin base ni fundamento alguno, carácter vitalicio al uso de tal vivienda, cuando ni en la sentencia ahora recurrida, ni en el auto de 15 de Enero de 1982, dictado en la pieza separada de medidas provisionales dimanante de este juicio y ratificado en el fallo objeto de esta apelación, se expresa ni se deduce el carácter vitalicio que aduce el apelante-demandante, con olvido total, por otro lado, de que el apartado primero del artículo 96 del Código Civil dispone expresamente que "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden".

CONSIDERANDO: Que entrando ya en la cuestión fundamental del presente recurso, la fijación de la cuantía de la pensión que el marido debe satisfacer, que es impugnada por ambas partes, una, por estimarla improcedente respecto a su cónyuge y excesiva en cuanto a su hijo y por no concretarse el concepto de tal pensión, la otra, por insuficiente; y al estar estas impugnaciones muy relacionadas entre sí, recayendo todas ellas sobre una misma y específica materia, su planteamiento será conjunto para evitar innecesarias reiteraciones. La cuestión ahora planteada en esta alzada, fue resuelta en 1ª instancia de la siguiente forma: El mencionado auto de 15 de Enero del corriente año, ratificado, como antes ya se indicó, en el fallo apelado, dispuso, sobre este particular, en su número 3º que: "El esposo deberá entregar, como mínimo, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 58.000 pesetas para atender los gastos de educación y manutención de su hijo. Dicha cantidad será revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el costo de la vida de acuerdo con los índices que publique el Instituto Nacional de Estadística" y de la sentencia ahora apelada, se dispone, sobre este particular, que: "Se ratifica el auto de 15 de Enero de 1982 como regulador de los efectos de la disolución matrimonial decretada, si bien, además, el esposo deberá, en su momento, sufragar los gastos que por estudios universitarios tenga el hijo del matrimonio, debiendo siempre satisfacer la pensión señalada en el citado auto", y en el aclaratorio a dicha sentencia, dictado a instancia de la parte demandada, se afirma que "disponiéndose en la sentencia que el esposo deberá siempre" satisfacer la pensión señalada en el citado auto, quiere con ello decirse que esa cantidad o pensión mensual deberá satisfacerse siempre y en cualquier caso, con independencia de lo que en el futuro pudiera suceder, y que, en su caso, podría, dar lugar a un procedimiento de modificación del montante de la pensión ahora asignada, pero no produciéndose una circunstancia notoria que varíe sustancialmente la posición de uno y otro litigante, será aquella cantidad la que el esposo deberá entregar a la esposa y esta podrá disponer libremente de ella, destinándola fundamentalmente a su hijo, pero también a ella misma o a las necesidades que le pudieran eventualmente surgir, por lo que dicha pensión comprende tanto los gastos que el hijo precise como las propias de la esposa...".

CONSIDERANDO: Que las sentencias de nulidad y separación matrimonial y divorcio suelen producir graves consecuencias, tanto en la esfera personal como en la económica, consecuencias que se incrementan considerablemente en el caso de concurrir hijos menores e incapacitados y no existir el oportuno convenio regulador de ambos cónyuges o no ser esta aprobado por el Juez por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, lo que da lugar a la aplicación de las disposiciones que el Código Civil contiene a tal efecto, entre la que cabe destacar, las referentes al uso de la vivienda (apartado primero, artículo 96), al cuidado y educación de los hijos ejercicio o en su caso, privación de la patria potestad (artículo 92) y también estatuye, en su actual redacción — Ley 7 de Junio de 1981 — una cierta solidaridad conyugal que se plasma en forma de ayuda económica (artículo 97, que será objeto de mayor atención más adelante). Consecuente con tal criterio y habiendo quedado ya resuelta la cuestión del uso de la vivienda familiar, procede entrar en el estudio de las repercusiones económicas del divorcio decretado, en cuanto al hijo de matrimonio, y que de común acuerdo continua al cuidado y custodia de la madre, pues el citado artículo 92, en su apartado primero, proclama que "La separa-

ción, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos", y a tal efecto, al señalar que el hijo, que siempre ha convivido con su madre, cumplirá el día 25 del próximo mes de Septiembre, 18 años de edad (folio 6) y con ello la mayor de edad (artículo 315 del repetido Código), por lo que interin llega tal momento, continuará la obligación del padre, dada su bien holgada posición patrimonial, como más adelante se desprende, de atender las necesidades económicas de su hijo, teniendo presente, entre otras circunstancias, su edad —17 años, que no trabaja y estudia C.O.U.—. Dicha prestación periódica que debe abonar el marido para las atenciones y necesidades de su hijo menor, es compatible con la que pueda corresponder a su cónyuge, a tenor del mencionado artículo 97 y el importe de ambas pensiones mensuales se puede señalar globalmente.

**CONSIDERANDO:** Que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil, tiene dos condiciones fácticas, a saber: a) que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia, seguramente para evitar su identificación con la tradicional del n.º 1 del artículo 143 en relación con el artículo 142, ambos del repetido Cuerpo legal, ni con cualquiera otra denominación específica, en dicho artículo 97, ni en el apartado E) del artículo 90 del supradicho Código, en la que se alude, es lo que determina el rechazo de la impugnación del demandante de que la pensión fijada por el juez "a quo" debe quedar sin efecto por ser inconcretada, al no haberse calificado de alimenticia o con otra denominación.

**CONSIDERANDO:** Que la fijación de la pensión estatuida en el repetido artículo 97, se ha de realizar, en resolución judicial, teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias que menciona el mismo precepto; siendo significativo que la última circunstancia que especifica, la 8ª, sea la del "caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", lo que revela que estos últimos elementos constituyen más bien la base real o material de la efectividad de la pensión, que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias precedentes, pues en el caso de ser las mencionadas en el ordinal 8º las fundamentales para la fijación de la cuantía de dicha pensión, se hubieran lógicamente mencionado en primer lugar y no en el último.

**CONSIDERANDO:** Que, consecuente con lo anteriormente expuesto y a efectos de la fijación de la pensión a favor de la esposa y a cargo del esposo, al concurrir los dos presupuestos fácticos antes mencionados y en relación con las circunstancias del supradicho artículo 97, consta probado o reconocido lo siguiente: a) respecto a la circunstancia 1ª, que en el año 1971 se fijó judicialmente en 16.500 pesetas mensuales los alimentos que el hoy apelante-actor debía satisfacer en favor de su esposa e hijo, pensión que fue aumentada a 25.000 pesetas mensuales en 1980 por dicho litigante (posición 5ª); b) en cuanto a las circunstancias 2ª y 3ª, que el esposo tiene 49 años de edad y es gestor administrativo; la esposa tiene 41 años de edad, solo posee el título de bachiller, carece de calificación profesional y siempre se dedicó a las tareas domésticas, si bien ultimamente trabaja, con carácter eventual, en un colegio parroquial, percibiendo 10.500 pesetas mensuales; c) respecto a la circunstancia 4ª, que la dedicación de la esposa a la familia y concretamente a su hijo ha sido siempre prácticamente plena, lo que es reconocido expresamente en la ponderada y digna declaración del hijo, obrante a los folios 122 y 123; d) relacionado con la circunstancia 6ª, que el matrimonio de los hoy litigantes se celebró en el año 1962 y en Febrero de 1969, la esposa formuló demanda de separación ante el Tribunal Eclesiástico de esta Diócesis, en cuyo procedimiento se opuso el marido, dictándose sentencia acordando la separación por tiempo indefinido, a la esposa como cónyuge inocente y contra el esposo como cónyuge culpable por causa del vida vituperable y sevicias (folio 8 del juicio n.º 52/1971 del Juzgado de 1ª instancia n.º 2 de Palma, unido a cuerda floja a los presentes autos); y e) respecto a la 8ª, la posición económica de la esposa viene dada por ser titular de la mitad indivisa del dominio de la vivienda familiar —la otra mitad es de su esposo—, por la percepción de las 10.500 pesetas mensuales mencionadas; por contra, la posición del marido es bien boyante; es dueño de la mitad indivisa de un edificio de once plantas destinado a Hotel, sito en El Arenal, término de Lluçmayor, según certificación del Regis-



tro de la Propiedad, obrante al folio 141, con un valor declarado a Hacienda Pública de 10.282.000 pesetas (folio 74), es titular de la casi totalidad de las acciones de H. B., S.A., cuyo capital social es de 32.000.000 de pesetas, según certificación del Registro Mercantil de Palma (folio 183/4), es dueño también de un local comercial de planta baja y de cuatro viviendas de un edificio sito en el Arenal, término de Lluchmayor, según certificación del Registro de la Propiedad (folio 143), es propietario de una finca rústica, de secano, llamada B., situada en el término municipal de Alcudia de unas 277 hectáreas de cabida (folio 188), valorada en 11.379.774 pesetas (folio 74), así como de otras dos fincas rústicas de menor extensión y valor, es titular de una Gestoría Administrativa, posee un coche de importación valorado en 1.432.115 pesetas (folio 105 vuelto), así como una embarcación de recreo (posición 3ª) denominada "Avatar" (tipo laud), de 11 metros de eslora, con un motor marca Barreiros de 128 H.P. (folio 49 del juicio n.º 52/1971 ya mencionado); todo ello determina que se fije globalmente en 75.000 pesetas la prestación mensual que debe satisfacer el hoy apelante-actor a su esposa, comprendiendo en dicha pensión tanto la del artículo 97 del Código Civil como la asignación para atender los gastos de manutención y educación del hijo; a partir de 1º de Octubre del corriente año, la pensión del esposo a su esposa y por este único concepto, será de 45.000 pesetas mensuales, sin perjuicio del derecho del hijo, ya mayor de edad en esta última fecha mencionada, de reclamar a su padre, los correspondientes alimentos a tenor de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fe, a efectos de imposición de las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don M. C. C., así como el promovido por doña A. M. S. U., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diecinueve de Febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, en cuanto ratifica el apartado 3º del auto de quince de Enero de mil novecientos ochenta y dos, regulador de los efectos de la disolución matrimonial decretada, así como la declaración del fallo recurrido de "El esposo deberá, en su momento, sufragar los gastos que por estudios universitarios tenga el hijo del matrimonio, debiendo satisfacer la pensión señalada en el citado auto", quedando también sin efecto el auto aclaratorio dictado; y en lugar del expresado apartado revocado, debemos declarar y declaramos: "3º) El esposo deberá entregar a su esposa, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de SETENTA Y CINCO MIL PESETAS, comprendiendo dicha prestación, la pensión a la esposa, así como lo necesario para atender los gastos de manutención y educación del hijo. A partir del primero de Octubre de mil novecientos ochenta y dos, la pensión mensual que deberá abonar el esposo a su esposa, lo será por este único concepto y en cuantía de CUARENTA Y CINCO MIL PESETAS, cantidad que será revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el costo de la vida, de acuerdo con los índices que publique el Instituto Nacional de Estadística; sin perjuicio del derecho del hijo, cuando sea mayor de edad, de reclamar alimentos a su padre, a tenor del Título VI del Libro I del Código Civil". Se confirma la sentencia recurrida en todos los demás particulares; sin hacer expresa condena de las costas de esta segunda instancia.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

**155. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Nombre comercial como identificador del librado: acción dirigida contra la persona física que con él se identifica: desestimación de este motivo de nulidad. Sociedad anónima en formación: responsabilidad de los gestores y de la excepción de falta de provisión de fondos opuesta por los mismos. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que ha de ser rechazado resultamente el motivo de nulidad invocado por la ejecutada al amparo genérico del artº. 1.467-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y aceptado por el juzgador "a quo", ya que en modo alguno existe infracción de los artºs. 444 y 447 del Código de Comercio, por cuanto el librado aparece designado como un simple nombre comercial, "X.", y no como una persona jurídica, que en el momento del libramiento y aún en el del vencimiento de la cambia no existía con personalidad jurídica, según acredita la certificación registral obrante al folio 70, por lo que por simple aplicación de lo dispuesto en el artº. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas no podía intervenir como tal en concepto alguno como sujeto de la relación cambiaria.

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte desestimatoria ha de tener la invocada y también estimada en primera instancia excepción de falta de provisión de fondos, por cuanto por aplicación del artº. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas la responsabilidad de los gestores en el proceso fundacional de la sociedad ofrece carácter solidario, por lo que aún aceptando el documento causal del folio 31 de los autos se llegaría a la evidente legitimación extracambiaria del ejecutado a los efectos de lo prevenido en el artº. 457 del Código de Comercio; por lo que sin precisiones de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, procede con estimación del recurso interpuestos, dictar sentencia de remate en los términos prevenidos en el ordinal 1º del artº. 1473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; con el obligado pronunciamiento de condena al ejecutado de las costas de primera instancia conforme dispone el párrafo primero del artº. 1.474 de dicha Ley Procesal y sin hacer especial declaración sobre las costas de este recurso, al ser estimado el mismo.

**FALLAMOS:** Que, estimado el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante don J. P. M. 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 cambiario de que este rollo dimana, debemos, con revocación de dicha resolución mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada contra don M. P. A. hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y, caso necesario, de más que fueren de su propiedad, para con su producto hacer íntegro pago al ejecutante de las cantidades de sesenta y seis mil doscientas ochenta y cinco pesetas de principal y seiscientos setenta y cuatro pesetas de gastos de protesto; condenándole asimismo al pago del interés legal de dichas sumas desde la fecha del protesto hasta la de esta resolución y del interés prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta última fecha hasta la en que se verifique el pago; condenando asimismo al ejecutado, por ministerio de la Ley, al pago de las costas de primera instancia y sin hacer especial declaración en cuanto a las de este recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 156

**156. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Culpa extracontractual: prescripción de la acción: el cómputo de un año se inicia a partir del día que adquirió firmeza la sentencia penal absolutoria. Posible ejercicio de una acción de resarcimiento por culpa contractual: su imposible acogimiento al tener que sujetarse los Tribunales a la acción deducida. Doctrina del T.S. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en modo alguno han sido desvirtuadas por las alegaciones verdidas "in voce" en el acto de la vista de esta alzada por la parte recurrente las acertadas razones contenidas en la fundamentación de la sentencia apelada para estimar existente la prescripción de la acción ejercitada en virtud de la norma contenida en el artº. 1.968-2º del Código Civil, ya que en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artº. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la reserva de la acción civil hace perder a la parte que lo efectúa su condición de tal en el proceso penal, por lo que no existía precisión legal alguna de notificarle la sentencia dictada en la causa de aquel carácter en virtud de lo dispuesto en el artº. 160 de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal y consecuentemente desde el mismo día de la firmeza de la sentencia dictada en el juicio verbal de faltas se iniciaba el cómputo del plazo prescriptivo; máxime si se tiene en cuenta el contenido de la confesión judicial del actor (folio 79 vuelto y 80), que al evacuar la posición 7ª manifestó ser cierto que se enteró de la sentencia por medio de su abogado a los pocos días de ser dictada; y si bien un correcto planteamiento de la demanda como derivada de culpa contractual en virtud del contrato de transportes entre actor y la empresa co-demandada hubiera obviado el juego de la prescripción anual para dar entrada a la de quince años prevista en el artº. 1.964 del Código Civil, es lo cierto que no puede este Órgano Jurisdiccional alterar el fundamento de la pretensión, que es inequívocamente la culpa extracontractual, ya que, como enseña la S. de 30 de diciembre de 1980; "el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que puede variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los artºs. 1902 y 1903 citados no puede alterarlas para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento y, a la inversa, como entendió repetidamente esta Sala en sus SS., de 26 abril 1966, 3 noviembre del mismo año y 24 junio 1969; habiendo esta última declarado que aún existente una relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artº. 1902 del Código Civil, casó esta Sala la sentencia impugnada por haber estimado el Tribunal de instancia que debió ejercitarse la acción contractual, doctrina mantenida incluso cuando "ad majorem" se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual —SS. de 21 febrero de 1964 y 3 noviembre de 1966— y es que, como declaró esta Sala en S. de 10 de febrero 1966, en modo alguno puede el Tribunal alterar los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue sometido a su decisión"; por todo lo que no es preciso añadir ningún otro razonamiento para la desestimación del recurso de apelación que se examina.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del artº. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sí hacer uso de la facultad conferida por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, pues la propia naturaleza de la prescripción comporta la no estimación de temeridad en el recurrente.

**FALLAMOS:** Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante don F. M. F. 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 confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución al demandado declarado 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.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## 157

**157. EJECUTIVO CAMBIARIO.** Oposición basada en la no presentación de la letra a la aceptación por uno de los librados: desestimación. Falta de provisión de fondos opuesta al tercero ejecutante: reiteración de la doctrina contenida en la S. 111/1982. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que el recurrente —librado aceptante de las tres letras de cambio base de la acción ejecutiva— se opone a la pretensión cambiaria solicitando la nulidad del juicio por entender que ha existido: 1°.— No presentación de las cambiales a la aceptación de uno de los dos librados, lo que genera los efectos previstos en el artº. 469 del Código de Comercio, perdiendo aquéllas su fuerza ejecutiva; 2°.— Incumplimiento de lo dispuesto en el artº. 507 del Código de Comercio por cuanto el protesto de las cambiales no fue notificado al librado no demandado, y 3°.— Falta de provisión de fondos.

**CONSIDERANDO:** Que el primero de los motivos de oposición procede ser desestimado dado que: a) la aceptación no es necesaria a la validez de la letra —el librador puede prohibirla, la letra girada a la vista hace lógicamente inútil la aceptación sino una garantía suya; b) los efectos del artº. 469 del Código de Comercio están previstos para el supuesto de ausencia total de presentación de la letra de cambio a la aceptación; c) el artº. 476 del citado cuerpo legal concede al tenedor de la cambial girada a un plazo contado desde la fecha la opción de presentarla o no a la aceptación y d) la designación de varios librados en forma acumulativa —como en el supuesto litigioso— no implica división por cabeza de la suma cambiaria, de suerte que la aceptación por el librado demandado le obliga a su pago íntegro, sin que por tanto sea atendible el razonamiento de quedar la letra perjudicada cuando existe aceptación por parte de una de las personas a cuyo cargo se libró.

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte corresponde al segundo de los motivos de oposición articulados dado que, sin necesidad de analizar el campo de eficacia cambiaria en que debe desenvolverse el contenido del artº. 507 del Código de Comercio, del exámen

de las actas de protesto aportadas con la demanda resulta realizada la notificación de éste a los dos librados mediante la entrega de la correspondiente cédula en el domicilio indicado en las cambiales, resultando cumplidos los términos normativos de los art<sup>os</sup>. 504 y 505 del mencionado texto legal.

**CONSIDERANDO:** Que igualmente procede rechazar el último tema de oposición por cuanto la falta de provisión de fondos si bien, como tiene declarado el T. S. en SS. de 18 de diciembre de 1964 y 17 de enero de 1970, "es oponible al tercero adquirente de la letra siempre que éste la haya adquirido a sabiendas, en detrimento del deudor —animus nocendi—, es decir, con la intención de dañar a dicho deudor y con resultado dañoso para el mismo; por eso también esta Sala ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra actuó con mala fe o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia la concepción de la falta de provisión de fondos", sin embargo su admisión y consiguiente eficacia frente a la pretensión ejecutiva está condicionada a la prueba de su realidad, y la simple alegación de su existencia —actuación procesal en cuyo ámbito ha sido articulada y exclusivamente desarrollada— no puede sustituir la mencionada exigible conducta probatoria, por carecer de entidad verificadora.

**CONSIDERANDO:** Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don P. M. B., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, el cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

## 158

**158. EJECUTIVO DE TRAFICO.** Excepción de pluspetición: es oponible en estos procesos: razones doctrinales. Supuestos en que la excepción es deducible: daños corporales y pensión provisional: excesiva cuantificación en el Auto de la cantidad legalmente reclamable por estos conceptos. Estimación de la excepción. *Sentencia de 19 de Julio de 1982.*

**CONSIDERANDO:** Que la presente apelación, en la que solo ha comparecido la parte recurrente, se circunscribe: a) en determinar si en el juicio ejecutivo iniciado con testimonio del auto de cuantía máxima prevenido en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto de 21 de Marzo de 1968, puede alegarse como causa de oposición la pluspetición, y b) en caso afirmativo a la procedente cuestión, si procede en el presente juicio y en la cuantía fijada por el Juez de instancia.

**CONSIDERANDO:** Que toda vez que el artículo 18 del citado Texto refundido se remite a los motivos de oposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil no hace alusión al artículo 1466 de la misma Ley Procesal, ha dado lugar a que algunos autores y bastantes resoluciones judiciales hayan entendido que no es posible la alegación de la pluspetición en este juicio ejecutivo de la ley llamada del automóvil; más la tesis contraria, la que mantiene la posibilidad de su alegación, es la que prevalece tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial, entre otras razones, por las siguientes: 1ª) por la posibilidad de reclamar, basándose en auto de cuantía máxima, cantidades superiores a las prestaciones cubiertas por el Seguro Obligatorio de Automóviles, ya que dicha resolución judicial, que se ha de dictar conforme preceptúa el artículo 10 del mencionado Texto refundido, es irrecurrible, y puede dictarse con escasa o nula audiencia de la compañía aseguradora (así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el párrafo último de la regla 5ª del artículo 784, incluido en el título III del Libro IV, que fue redactado según Ley 3/1967 de 8 de Abril, prohíbe que las compañías aseguradoras intervengan activamente en las diligencias penales, y sin embargo, la disposición adicional 2ª de la propia Ley de 1967 lo mismo que el repetido artículo 10 de la de Vehículos de Motor, contempla como supuesto normal que se dicte aquel auto inmediatamente después de concluidas las diligencias) y 2ª) que, como consecuencia de lo que se acaba de exponer, la posible arbitrariedad en que pudiera incurrir de no existir normas limitativas de la cuantía de la indemnización cubierta por el seguro obligatorio, al ser señalada esta en aquel auto inapelable, sería inatacable, incluso en el juicio ejecutivo al que habría de servir de título el testimonio del mismo, lo que, por contrario a la justicia sustantiva y procesal, se ofrece como solución absurda que, como tal, ha de rechazarse. La existencia pues, de supuestos que impliquen una discordancia entre la suma que figura entre el título ejecutivo y la real, reclama una instrumentación procesal que no puede ser otra que la pluspetición. De donde se desprende que el título ejecutivo judicial que señale cuantía superior a la prescrita por la legislación, no es nulo, sino ineficaz por el exceso, sí, la compañía aseguradora contra la que se deduzca la demanda ejecutiva, para no quedar inerte frente al actor que pretende a su favor aquel exceso, opone la excepción de pluspetición del artículo 1466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CONSIDERANDO:** Que, la acción ejecutiva que ahora se revisa en este segundo grado jurisdiccional, se basa en un auto de cuantía máxima del artículo 10 del repetido Texto Refundido, que se dictó al recaer sentencia absolutoria definitiva en el proceso penal que se tramitó por el accidente de circulación ocurrido el 18 de Junio de 1977, al colisionar entre sí dos turismos en el punto kilométrico 3,700 de la carretera C-731 (Ibiza-San Antonio), término municipal de Santa Eulalia, en el que el conductor de uno de los vehículos implicado, el no asegurado por la entidad ejecutada, hoy apelada y no comparecida en este recurso, resultó con lesiones que tardaron en curar doscientos setenta y un días, durante los que necesitó asistencia facultativa y estuvo impedido para su trabajo habitual, no quedándole ningún tipo de secuelas de las mismas, reclamándose, por tal incapacidad temporal, la suma de trescientas mil pesetas, que es la señalada en dicho auto, como indemnización máxima que el expresado perjudicado puede reclamar por los daños corporales sufridos.

**CONSIDERANDO:** Que en la legislación aplicable al caso que ahora es objeto de este recurso, que es la anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 1653/1980, de 4 de Julio, que modifica parcialmente el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Vehículos de Motor, no preveía las consecuencias jurídicas dañosas inherentes al periodo de curación de las lesiones padecidas que dieran lugar a una inhabilitación temporal para el trabajo, y frente a este vacío legislativo se mantenían tres posiciones dispares que se señalan en el amplio estudio que sobre esta materia hizo la sententica de esta propia Sala, nº 152, de 2 de Noviembre de 1979, que se da por reproducida, a saber: a) la maximalista o de inclusión, basada en el artículo 1º del repetido Texto refundido, que sin limitación ni restricción alguna, habla de la obligación de reparar el mal causado; b) la minimalista o de exclusión, fundada en que el anterior artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, no mencionaba, entre los límites cuantitativos de reparación de daños corporales que especificaba, ninguna indemnización por incapacidad temporal durante el tiempo de baja para

el trabajo habitual; y c) la intermedia, ya que siendo esta clase de seguro, de máximo, necesariamente ha de hacerse coincidir la indemnización por incapacidad temporal sin secuelas, con la cifra tope de la pensión provisional que señalaba el artículo 23-apartado b) del texto reglamentario, de 200 pesetas diarias, que la regla 3ª, apartado d) del artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite para atender a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo, y lógicamente, durante el período de incapacidad ocasionada por las lesiones y siempre que no hubiera percibido dicha pensión provisional, supuesto que es el presente. Esta última posición, la intermedia, mantenida por esta Sala en sus sentencias nº 139, de 22 de Diciembre de 1975, la ya mencionada nº 152 de 1979 y la nº 101 de once de Junio de 1980, entre otras, es la que prevalece en la actualidad, ya que el mencionado Real-Decreto 1653/1980, de 4 de Julio, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —así se declara en su preámbulo—, se reconoce y regula entre las prestaciones, la incapacidad temporal, fijándose a tal efecto en el apartado c) del actual artículo 23 del supradicho Reglamento, una indemnización “de hasta un máximo de seiscientos pesetas diarias, durante el tiempo de baja para el trabajo habitual, con el plazo máximo de dos años”. Normativa esta que, entró en vigor el día primero de Septiembre de 1980 y al no tener efecto retroactivo, no es de aplicación su “quantum” indemnizatorio al presente supuesto, ya que el accidente de circulación de que trae causa la acción ejecutiva entablada se produjo, como ya se expuso, el 18 de Junio de 1977.

**CONSIDERANDO:** Que toda vez, que el Juez “a quo” mantiene el criterio intermedio antes expuesto y con total acierto fijó, en 54.200 pesetas —200 por cada uno de los 271 días de incapacidad laboral del perjudicado, aquí recurrente—, la cantidad por la que ha de seguir adelante la ejecución despachada en este juicio ejecutivo, es por lo que se reputa ajustada a derecho la sentencia dictada y por ello procede su confirmación, previa desestimación de la apelación interpuesta.

**CONSIDERANDO:** Que al haber comparecido en este recurso solo el apelante, huelga hacer declaración especial sobre las costas de esta segunda instancia.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don P. L. L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veinticuatro de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez de Primera Instancia número Dos de Ibiza, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Dada la incomparecencia en este recurso de la parte apelada, notifíquesele esta resolución, en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

## 167

**167. CONTRATO.** Calificación. Contrato liquidatorio de sociedad de gananciales calificado como de compraventa. Reclamación del precio: desestimación de la demanda por conceptuarse nulo el convenio así calificado al ampro del artº 1.458 antiguo del C. Civil. Irretroactividad de las Leyes. *Sentencia de 31 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, pese a las agudas alegaciones de la parte recurrente vertidas en su exposición "in voce" en el acto de la vista de esta alzada, lo cierto es que la calificación del contrato suscrito por los litigantes en documento privado de 3 de noviembre de 1978 (folio 8) no puede ser otra que la de compra-venta, ya que la instrumentación del fin liquidatorio (motivo causalizado) expresado en el propio contenido del documento no es otra que la del trueque o cambio del valor cosa (mitad indivisa del piso) por un precio cierto, que es cabalmente la estructura típica del contrato de compra-venta con arreglo a la norma contenida en el artículo 1445 del Código Civil; y ello señalado, la decisión se trasladó a un punto claro, que no es otro que el de la determinación de cuál haya de ser la norma aplicable a la luz de lo dispuesto en el artículo 6-3 del Código Civil, sancionador con nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas prohibitivas: si el artículo 1458 del Código Civil en su anterior redacción, en cuanto disponía "El marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes" o si la actual redacción introducida por la Ley 11/81, de 13 de mayo, según el cual "El marido y la mujer podrán venderse recíprocamente"; lo que, en definitiva, traslada la decisión a la "vexata quaestio" de la determinación e la norma aplicable a los supuestos en que la Ley derogada y vigente en el momento del nacimiento del acto sancionaba con nulidad el que se efectuase contra la prohibición legal o si ésta o sí, contrariamente la Ley aplicable es, en cuanto mas favorable, la Ley nueva vigente en el momento de la impugnación del acto tachado de irregular pero no en el de la creación del mismo.

CONSIDERANDO: Que la más reciente doctrina científica muestra su vacilación a la hora de decidir cual haya de ser la solución al problema referido, indicando al respecto que la solución de mantenimiento de la irretroactividad normativa encuentra a su favor los argumentos de que al ser la ineficacia originaria, automática y radical o de pleno derecho no es posible su sanación así como el principio general de irretroactividad contemplado en el artículo 2º-3 del Código Civil, señalando al tiempo que la solución contraria, es decir la de mantener la eficacia negocial a través del mecanismo de la retroacción normativa pueda hallar apoyo en la aplicación analógica de la disposición transitoria 3ª del Código Civil, pudiendo aún hoy indicarse como argumento a favor el derivado de la aplicación, por contrario sentido, del artículo 9 de la Constitución Española; y así situado el tema la elección en trance decisorio no puede ser dudosa en orden a estimar aplicable la sanción de nulidad contractual, ya que: a) el acto fue perfecto, en cuanto consumado a los efectos del artículo 1278 del Código Civil, en el momento de la conclusión del contrato, con independencia de que su mera ejecución (pago del precio) fuese diferida a estadios temporales sucesivos; de manera que la sanción normativa (artículo 1458 antiguo) era ya plenamente aplicable en el momento de la conclusión del contrato, de manera que frente al principio de retroactividad de la Ley sancionadora mas benigna primaria el de aplicación del respeto a los derechos adquiridos establecido en la disposición transitoria 1ª del Código Civil, en este caso el derecho potestativo o de modificación jurídica derivado de la irregularidad "contra legem" del acto. b) Porque en definitiva la función instrumental de la compra-venta no era otra que la liquidación de la sociedad legal de gananciales, según lo expresado en el propio clausulado contractual; lo que determina que tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1417 del Código Civil cuanto por aplicación del actual artículo 1392 del mismo Cuerpo legal, tal pacto no podía realizarse pues el acto de liquidación requería el presupuesto normativo de la disolución previa del matrimonio, como rectamente estimó el juzgador "a quo", evento no acaecido en el supuesto ahora decidido en segundo grado jurisdiccional por cuanto simplemente en el momento de la conclusión del convenio se había interpuesto la demanda de nulidad canónica del matrimonio, pero el mismo no había sido declarado nulo. c) Porque, como ya declaró esta Sala en su S. 76/1982, de 22 de abril, en definitiva los convenios de regulación patrimonial en las situaciones de crisis matrimonial no tienen, incluso en la normativa vigente, un alcance absoluto, al requerir en cualquier caso de los contemplados en la nueva regulación de la situación matrimonial en crisis la necesaria homologación del recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del artículo 710 del Código Civil y sí en cambio hacer uso de la facultad conferida por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, por cuanto la novedad del tema decisorio excluye por sí misma una



eventual estimación de temeridad en la parte apelante.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante don P. S. B. contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en siete de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta instancia.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

## C. INDICE ANALITICO

- Acción
  - Deslinde, 138
  - Negatoria, 145
  - Reivindicatoria, 132, 138
- Alimentos
  - Divorcio, 142
  - Medidas provisionales de separación, 115, 135
- Arrandamientos
  - Rústicos, 103, 108, 133
  - Turístico, 153
  - Urbano, 87, 93, 100, 113, 119, 121, 122
- Carga de la Prueba
  - Arrendamientos urbanos, 93, 119
  - Daños y perjuicios, 130
  - Juicio ejecutivo, 110
  - Separación matrimonial, 97
- Contrato
  - Arrendamientos
    - Resolución, 87, 119, 121
  - Cumplimiento, 139
  - Incumplimiento, 144, 152
  - Interpretación literal, 89
  - Resolución, 96, 116, 144, 152
- Costas procesales
  - Rebeldía, 136
- Culpa contractual, 126
- Culpa extracontractual
  - Daños y perjuicios, 112, 117, 156
- Daños: 88, 92, 106, 112, 117, 126, 130, 149, 151, 156
- Diligencias para mejor proveer
  - Reclamación de cantidad, 118
- Divorcio
  - Mutuo acuerdo, 95, 98, 114
  - Pensión, 150, 154
  - Separación de hecho, 142
- Ejecución de sentencia
  - Obligación de hacer, 161
- Fianza, 143
- Juicio ejecutivo
  - Ejecución de sentencia de remate, 90
  - Excepción de "plus petición", 158
  - Póliza de aval, 160
  - Póliza de afianzamiento, 125
- Juicio ejecutivo cambiario
  - Falsedad, 107
  - Falta de legitimación, 141
  - Falta de provisión de fondos, 94, 110, 111, 127, 155, 157
  - No aceptación, 157
  - Nulidad, 98
  - Pago, 101
- Jurisdicción
  - Incompetencia, 163
- Legitimación
  - Activa, 127, 141
  - Pasiva, 86, 106, 139, 165
- Litisconsorcio pasivo necesario
  - Inexistencia, 143
- Negocio jurídico
  - Fiducia, 132

- Obligaciones
  - Condicionales, 159
- Prescripción
  - Interrupción, 112, 122
  - Cómputo, 156
- Propiedad horizontal, 148, 165
- Prueba
  - Análisis y valoración, 93, 100, 102, 108, 121, 129, 149
- Quiebra
  - Retroacción, 147
  - Ejecución de sentencia de remate, 90
- Reclamación de cantidad, 91, 118, 120, 140, 146, 164, 166
- Responsabilidad civil
  - Daños, 92, 149
- Retracto, 108
- Separación matrimonial
  - En general, 102, 104, 105, 123, 128
  - Causas de separación
    - Infidelidad, 85, 124, 129
    - Conducta vejatoria, 97, 129
  - Medidas provisionales, 115
  - Pensión, 134
- Servidumbre
  - Medianería, 137
  - Vistas, 145
- Tercería de dominio, 109
- Venta de bienes muebles
  - A plazos, 116, 131

### III. SALAS 1ª y 2ª

#### DE LO CRIMINAL (1)

##### A. INDICE CRONOLOGICO

199. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
200. **Insultos y desobediencia a agentes de la autoridad.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
201. **Homicidio.** “Animus necandi”. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª)\*.*
202. **Robo con violencia en las personas.** Complicidad. Concurrencia de la atenuante de menor de edad. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
203. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerradura. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia atenuante de menor de edad. Complicidad. Circunstancia agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
204. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reiteración. **Tenencia ilícita de armas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
205. **Lesiones.** Pérdida de incisivo —deformidad—. Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez. **Hurto.** Concurrencia de la agravante de reincidencia y la atenuante de embriaguez. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*

---

(1) La selección y presentación de esta sección, ha sido realizada por el Profesor Gabriel Garcías Planas, del Departamento de Derecho Penal.

206. **Delito relativo a la prostitución.** Ausencia de conducta típica. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
207. **Lesiones menos graves.** No se aprecian las circunstancias atenuantes de preterintencionalidad ni de vindicación de ofensa grave. *Sentencia de 4 de Mayo de 1982.*
208. **Lesiones graves.** Ausencia de delito por la concurrencia de la circunstancia eximente de legítima defensa. *Sentencia de 5 de Mayo de 1982.*
209. **Escándalo público.** Exhibicionismo. **Abusos deshonestos.** Propósito libidinoso. Concurrencia de la circunstancia eximente de enajenación mental. *Sentencia de 5 de Mayo de 1982 (2ª).*
210. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Conducción sin carnet. Robo.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. El Tribunal hace uso de la potestad que le confiere el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Auto de 7 de Mayo de 1982). *Sentencia de 6 de Mayo de 1982.*
211. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por falta de elemento subjetivo del injusto que exige un apartamiento del hogar familiar en forma injustificada. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982\*.*
212. **Utilización ilegítima de vehículos de motor. Conducción sin permiso. Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de las circunstancias modificativas agravantes de reiteración y de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982.*
213. **Abusos deshonestos.** Delito continuado. Desaprobación del perdón otorgado por la madre de la ofendida. **Falta de lesiones y amenazas.** *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª)\*.*
214. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor de edad. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*
215. **Cheque en descubierto.** Postulación. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*
216. **Parricidio.** No queda probada la participación de la procesada. *Sen-*

*tencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*

217. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*
218. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982 (2ª).*
219. **Proxenetismo.** Delito relativo a la prostitución. **Lesiones menos graves.** No existencia del delito de homicidio por cuanto el acusado no realizó acción u omisión alguna que condujera a la muerte de la víctima. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982\*.*
220. **Hurto. Robo.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad, y de la circunstancia agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982 (2ª).*
221. **Abusos deshonestos.** Concurrencia de las circunstancias modificativas agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez no habitual. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
222. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
223. **Tenencia ilícita de arma de fuego.** Absolución por falta de pruebas. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
224. **Robo con fuerza en las cosas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** No queda probada la participación de los procesados. *Sentencia de 13 de Mayo de 1982 (2ª).*
225. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. No queda acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 14 de Mayo de 1982 (2ª).*
226. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 15 de Mayo de 1982 (2ª).*
227. **Falsedad en documento privado.** Ausencia de conducta típica por no existir perjuicios de terceros ni ánimo de causárselo. *Sentencia de 15 de Mayo de 1982 (2ª)\*.*

228. **Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982 (2ª).*
229. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta. Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y reincidencia simple. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*
230. **Robo con violencia o intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Mayo de 1982.*
231. **Quebrantamiento de condena.** Apreciación de la atenuante privilegiada de transtorno mental transitorio incompleto. **Uso de nombre supuesto.** Inexistencia de delito por ser cosa juzgada. *Sentencia de 19 de Mayo de 1982.*
232. **Salud pública.** Venta de medicamentos sin la receta exigida. Conformidad. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª)\*.*
233. **Falsificación en documento mercantil.** Imitación en factura de firma de tarjeta de crédito hallada. **Faltas de hurto y de estafa.** *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª)\*.*
234. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reincidencia. **Uso de documento nacional de identidad falso.** Absolución por falta de pruebas. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*
235. **Receptación.** Conocimiento de la existencia de delito. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982\*.*
236. **Receptación.** Cosa juzgada. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*
237. **Robo con fuerza en las cosas.** Animo de lucro. Delito continuado. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*
238. **Robo con violación.** Empleo de armas. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz y la eximente incompleta.

- ta de trastorno mental transitorio. **Delito contra la seguridad del tráfico. Detención ilegal.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª)\*.*
239. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. Conformidad. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
240. **Atentado contra agente de la autoridad. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal.** Conformidad en el acto del juicio oral. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
241. **Estafa.** Agravante de reiteración y multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
242. **Desacato a la autoridad judicial.** Expresiones proferidas en menosprecio del Juez. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
243. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
244. **Estafa. Falsificación en documento mercantil.** Circunstancia eximente de enajenación mental. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982 (2ª).*
245. **Robo con intimidación en las personas. Faltas de estafa.** *Sentencia de 25 de Mayo de 1982 (2ª).*
246. **Cheque en descubierto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y de doble reincidencia. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982 (2ª).*
247. **Robo con fuerza en las cosas.** Empleo de llaves falsas. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982.*
248. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** *Sentencia de 27 de Mayo de 1982 (2ª).*
249. **Abusos deshonestos.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y de reincidencia. Concurrencia atenuante de enajenación mental incompleta y de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 28 de Mayo de 1982 (2ª).*
250. **Abusos deshonestos. Escándalo público.** *Sentencia de 28 de Mayo de 1982 (2ª).*



251. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito continuado. Designio unitario. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de menor de edad y trastorno mental transitorio. **Hurto.** En cuantía inferior a 15.000 ptas. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Agravante de reiteración. **Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.** **Falta de hurto.** *Sentencia de 28 de Mayo de 1982.*
252. **Robo con fuerza en las cosas.** Imposibilidad de apreciar la figura del delito continuado. **Faltas de hurto.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** **Robo.** Frustración **Quebrantamiento de condena.** Tentativa. Atenuante privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 28 de Mayo de 1982.*
253. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*
254. **Robo con violencia en las personas.** **Conducción ilegal.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*
255. **Escándalo público.** Exhibicionismo. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
256. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
257. **Robo con violencia e intimidación.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
258. **Lesiones.** "Animus laedendi". *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
259. **Estafa.** Engaño. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
260. **Falsificación de documento mercantil.** Conciencia de la alteración de la verdad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
261. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** En grado de frustración. **Robo con fuerza en las cosas.** En cuantía no superior a 15.000 ptas. **Coac-**

- ciones. Quebrantamiento de condena. Hurto. Faltas de hurto y coacciones.** Circunstancias agravantes de reincidencia y multirreincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*
262. **Falta de daños.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*
263. **Robo. Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. Carácter vinculante no absoluto. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*
264. **Robo con fuerza en las cosas.** Existencia de ánimo de lucro. Escalamiento. Rompimiento de puertas y ventanas. Casa habitada. **Robo con violencia en las personas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Agravante de reiteración. Circunstancia atenuante de minoría de edad. La acusación pública interpuso Recurso de Aclaración. El Tribunal apreció la existencia de un error material que debía ser aclarado al amparo del 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*
265. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Falta de lesiones.** Maltrato físico. "Animus laedendi". *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*
266. **Robo con fuerza en las cosas.** Inexistencia de autor conocido. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*
267. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*
268. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Escalamiento y fractura. **Falta de hurto. Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Concurrencia de la circunstancia de la minoría de edad. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*
269. **Robo con fuerza en las cosas.** Sustracción de cheque. Consumación. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*
270. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. El Tribunal hace uso del párrafo tercero del art. 344. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*
271. **Abusos deshonestos.** Ausencia de propósito libidinoso. **Falta de le-**

siones. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*

272. **Lesiones menos graves.** Pérdida de dos incisivos. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*
273. **Hurto.** Animo de lucro. Ausencia de violencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Sustracción violenta. No se aprecia la circunstancia agravante del art. 506 n° 2. *Sentencia de 4 de Junio de 1982.*
274. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 4 de Junio de 1982.*
275. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
276. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. Falta de elementos subjetivos de conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
277. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Uso de llaves falsas. **Lesiones.** Aplicación del art. 512. Concurrencia de la circunstancia de multirreincidencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
278. **Robo con violencia e intimidación.** Animo de lucro. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
279. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Circunstancia agravante de reiteración. **Hurto.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Robo con violencia e intimidación.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
280. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
281. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de menor de edad. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
282. **Hurto. Robo con homicidio.** Frustración. No se considera de aplicación el art. 506-1º por ser episódico el uso de unas tijeras. Circunstancia atenuante de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 8 de Junio de 1982.*

283. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa deshabitada. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
284. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Escalamiento. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
285. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
286. **Homicidio.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad y de embriaguez. *Sentencia de 9 de Junio de 1982\*.*
287. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de participación. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
288. **Salud pública.** Ofrecimiento para la venta. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
289. **Delito relativo a la prostitución.** Art. 452 bis b), y relevancia del conocimiento de la edad. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
290. **Robo con intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
291. **Lesiones.** Concurrencia de la eximente 4º del art. 8 del Código Penal. Legítima defensa propia. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
292. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
293. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
294. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante del art. 9 nº 3 del Código Penal. Conformidad. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
295. **Falsificación en documento mercantil.** Estafa. Delito continuado. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
296. **Estafa.** Delito continuado. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. *Sentencia de 16 de Junio de 1982 (2ª).*

297. **Lesiones.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
298. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
299. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Delito de tenencia de útiles para el robo.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
300. **Robo con intimidación en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
301. **Salud pública.** Tenencia para el consumo. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
302. **Robo con fuerza en las cosas.** Existencia de ánimo de lucro. Delito continuado. Casa habitada. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
303. **Tenencia ilícita de armas.** Pistola de fogeo. Ausencia de conducta típica. **Robo con homicidio.** Delito complejo. Frustración. Circunstancia agravante de multirreincidencia y eximente incompleta de trastorno mental transitorio (por carencia de estupefacientes). *Sentencia de 17 de Junio de 1982 (2ª).*
304. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia simple. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Reincidencia. Atenuante de menor de edad y agravante de multirreincidencia. **Receptación.** Habitualidad. El Tribunal hace uso del art. 2 del Código Penal. *Sentencia de 17 de Junio de 1982 (2ª).*
305. **Lesiones.** "Animus laedendi". Dolo genérico de agresión. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
306. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
307. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
308. **Homicidio.** "Animus necandi". Concurrencia de la circunstancia

atenuante 2 y 9 del Código Penal. *Sentencia de 21 de Junio de 1982.*

309. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. **Hurto.** En cantidad inferior a 15.000 ptas, calificado como delito por condenas anteriores. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Concurrencia agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Junio de 1982.*
310. **Salud pública.** Tenencia para el consumo. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
311. **Robo con intimidación en las personas.** Acuerdo previo. *Sentencia de 22 de Junio.*
312. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
313. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico suficientemente demostrada. Inexistencia de participación. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
314. **Salud pública.** Delito de riesgo. Tenencia para el tráfico. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración y de la circunstancia eximente incompleta del art. 9 nº 1 en relación al nº 1 del art. 8. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
315. **Homicidio.** Animo de matar. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente de enajenación mental. *Sentencia de 23 de Junio de 1982.*
316. **Homicidio.** Animo de matar. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 23 de Junio de 1982.*
317. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Junio de 1982 (2ª).*
318. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 25 de Junio de 1982.*
319. **Robo.** Delito continuado. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Junio de 1982.*
320. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violen-**

- cia en las personas** (Tirón de bolso). **Robo con fuerza en las cosas**. Frustración. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Junio de 1982*.
321. **Salud pública**. Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344. **Falsificación del documento de identidad**. *Sentencia de 25 de Junio de 1982*.
322. **Robo con intimidación en las personas**. Circunstancia agravante de disfraz. **Tenencia ilícita de armas**. Sin ser portador de las mismas pero sabiendo que las utilizarían sus compañeros. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno**. *Sentencia de 27 de Junio de 1982*.
323. **Robo con fuerza en las cosas**. Ausencia de conducta típica. **Falta de hurto**. *Sentencia de 28 de Junio de 1982 (2ª)*.
324. **Robo con fuerza en las cosas**. Agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 30 de junio de 1982 (2ª)*.
325. **Robo con fuerza en las cosas**. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. **Resistencia a agente de la autoridad**. Circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. **Falta de lesiones**. *Sentencia de 30 de Junio de 1982 (2ª)*.
326. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno**. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 30 de Junio de 1982 (2ª)*.
327. **Robo con fuerza en las cosas**. Conformidad. *Sentencia de 30 de Junio de 1982 (2ª)*.
328. **Salud pública**. Tenencia para el tráfico. El Tribunal hace uso del párrafo 3 del art. 344. *Sentencia de 2 de Julio de 1982 (2ª)*.
329. **Robo con fuerza en las cosas**. Casa habitada. *Sentencia de 2 de Julio de 1982 (2ª)*.
330. **Robo con fuerza en las cosas**. Delito continuado. Dolo unitario. Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y de reiteración. *Sentencia de 5 de Julio de 1982 (2ª)*.

331. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de embriaguez y minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 6 de Julio de 1982 (2ª).*
332. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de menor de edad. Conformidad. *Sentencia de 6 de Julio de 1982 (2ª).*
333. **Robo con fuerza en las cosas.** Animo de lucro. Falta de pruebas en la participación. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
334. **Alzamiento de bienes.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
335. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
336. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
337. **Robo con intimidación y empleo de armas.** *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
338. **Homicidio.** Nexa de causalidad entre las heridas causadas y la muerte. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
339. **Robo con fuerza en las cosas.** Animo de lucro. Escalamiento y fractura de ventana. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
340. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
341. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. El Tribunal hace uso del párrafo 3º del art. 344. *Sentencia de 8 de Julio de 1982 (2ª).*
342. **Falsedad en documento mercantil y estafa.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Julio de 1982 (2ª).*
343. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 9 de Julio de 1982 (2ª).*
344. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. Conformidad. *Sentencia de 9 de Julio de 1982 (2ª).*



345. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Llaves legítimas sustraídas a su propietario. **Receptación.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 9 de Julio de 1982.*
346. **Apropiación indebida.** Tipificado por el abuso de confianza. *Sentencia de 10 de Julio de 1982\*.*
347. **Delito relativo a la prostitución.** Ausencia de conducta típica. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 10 de Julio de 1982.*
348. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
349. **Escándalo público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
350. **Robo con intimidación.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
351. **Robo con violencia e intimidación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de menor edad. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
352. **Desacato a la autoridad. Falta de amenazas.** *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
353. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Julio de 1982.*
354. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Julio de 1982.*
355. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
356. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de las circunstancias agravante de reiteración de reincidencia y cualitativa de multirreincidencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
357. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*

358. **Hurto. Cosa perdida. Uso público de nombre supuesto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. **Delito de resistencia a la autoridad.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y de reiteración. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
359. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
360. **Falsificación de documento mercantil.** Imitación de firma. **Estafa.** *Sentencia de 15 de Julio de 1982.*
361. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*
362. **Escándalo público.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 17 de Julio de 1982 (2ª).*
363. **Atentado.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. **Faltas de lesiones y de daños. Insultos a agentes de la autoridad.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración y de reincidencia. *Sentencia de 19 de Julio de 1982 (2ª).*
364. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
365. **Falsificación de pasaporte.** Cambio de fotografía. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
366. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
367. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Rompimiento de un cristal. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
368. **Robo con fuerza en las cosas. Falta de hurto.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Julio de 1982 (2ª).*
369. **Robo.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 22 de Julio de 1982.*

370. **Robo con intimidación.** En Entidad Bancaria, con armas de fuego. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia, reiteración, multirreincidencia y disfraz. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. **Delito de sustitución de plazo de matrícula.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. **Tenencia ilícita de armas de fuego.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 23 de Julio de 1982.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 201

**201. HOMICIDIO. "Animus necandi". Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).**

RESULTANDO: probado y así expresamente lo declaramos: Que el procesado G. P. G., mayor de edad, ejecutoriamente condenado el 14-11-1961 a mil pesetas de multa por delito de hurto, a eso de las 13.45 horas, del día 3-3-1981 se encontraba trabajando como cocinero en el Hotel C. de la C/. C. M. R. 19 de ésta, cogió un cuchillo de cocina de 18 cms. de hoja y se dirigió llevándolo oculto debajo del delantal, al piso 6º en el que se encontraba la camarera E. S. G. en unión de su compañera C. G. del M. y dirigiéndose a la primera le dijo que la llamaba D. J., uno de los dueños del Hotel, por lo que la camarera bajó al 5º piso para cambiarse de ropa, quedándose solo en un camerín, oyendo como del ascensor se le acercaba G. que le pregunto por qué no había bajado a hablar con D. J. y ya, sin más, sacó de debajo del delantal el cuchillo abalanzándose sobre E. le asestó una primera cuchillada que la víctima trató de eludir levantando la mano, seguidamente, intentó darle otra que en buena parte, la mujer eludió cogiendo el cuchillo por la hoja, con lo que se produjo un buen corte en dicha mano, luego le dio un fuerte puñetazo del que derribó a E. al suelo, y una vez en el suelo, le dio varias cuchilladas, que le produjeron heridas inciso-cortantes en el cuello, torax y miembros superiores, seccionándole la yugular interna, plexobranquial y neumotorax del lado izquierdo, lesiones que curaron a los 178 días, necesitando asistencia médica e impedimento para sus ocupaciones habituales y habiéndole quedado como secuela una incapacidad total del miembro superior derecho y también de la mano izquierda, insuficiencia respiratoria, heridas con entidad suficiente como para producir la muerte, de no haber sido por las condiciones físicas de la víctima y asistencia inmediata en la U.C.E. El procesado es de débil personalidad, agresividad reprimida, con cierto grado de infantilismo e inmadurez que, con el consumo de alcohol, produce en el mismo una actitud agresiva y que en el momento de acometer a E., sin que por parte de ésta se hubieran dado motivos serios, nada más que unos reproches hechos sobre su afición al alcohol, determinó el que por el consumo de dos coñacs y dos Vodkas que había ingerido en toda la mañana, produjese en G. una gran excitación que sin disminuir su inteligencia anuló fuertemente su voluntad quedando privado en gran medida de frenos inhibitorios que abrieron paso a tan reprochable hecho, ante el que ni siquiera supo reaccionar al ver a E. gravemente herida a la que miró atentamente al verla bajar detrás de él al office del hotel hasta que llegó la Policía. G. se había tratado hace algún tiempo de intemperancia alcohólica.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio en grado de

frustración —arts. 407, en relación con los arts. 3 y 51 del Código Penal; del que concepuó al procesado G. P. G., con la concurrencia de la atenuante de trastorno mental transitorio incompleto —artº 9-1º, en relación con el artº 8-1º del Código Penal— por lo que solicitó contra aquel la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, accesorias del artº 47 e indemnización de 3.000.000 pesetas a la perjudicada E. S. G. y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular calificó los hechos de asesinato frustrado, con alevosía, premeditación y ensañamiento y de omisión del deber de socorro —art. 406 y 489 bis— pidiendo 20 años de reclusión menor por el primer delito y 6 meses de arresto mayor, por el segundo delito e indemnización a E. de 3.000.000 y subsidiariamente a cargo del propietario del Hotel C.

**RESULTANDO:** Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de su defendido por concurrir la eximente del artº. 8-1º, faltando, por tanto, según su tesis, la imputabilidad mínima necesaria.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran un delito de homicidio en grado de frustración —artºs. 407 en relación con los 3 y 51 del Código Penal—, de acuerdo con la calificación fiscal, por que el procesado, realizó con ánimo de matarlos actos suficientes como para producir la muerte de la víctima con la serie de cuchilladas que dirigió a partes tan comprometidas del cuerpo de la misma y que si no llegó a consumarse fue por causas independientes de su voluntad, sobre todo si se tiene en cuenta la importancia del arma empleada, un cuchillo de cocina de 18 cms. de hoja, y la sucesiva acometida con el mismo en partes como el cuello, con seccionamiento de la yugular, el torax y el seccionamiento del plexo branquial, puntos de ataque que dejan bien patente el animus necandi del autor, así como por la profundidad de las heridas que un cuchillo tan largo vulneró y el vigor y saña con que el mismo arremetió contra su compañera de trabajo, actuación que es constitutiva de la forma imperfecta del homicidio definido en la tesis fiscal y en el que si la muerte no se produjo no fue ni siquiera por la actitud de G. que sumido en una gran excitación quedó mirando a su víctima y luego la dejó bajando él primero al office del Hotel a donde ella también acudió en auxilio para su situación, hasta que llegó la Policía, sin que él hiciese flada para atenderla, con lo que la relación causal aparece, por otra parte, suficientemente perfilada; así, puede verse, como la doctrina legal —S. 23-1-1960 estima instrumento adecuado para producir la muerte una navaja con hoja de 4 cms. y la S. 8-5-1961 sobre ataques a zonas vitales del cuerpo, como la S. 4-7-1981 Ar. 3126 sobre voluntad de matar y la forma imperfecta definida, a la que se refiere la reciente sentencia de 24-19-1981 Ar. 3878, en casos como el presente de puesta en marcha de todo el iter criminis.

**CONSIDERANDO:** Que por parte de la acusación particular y, con refugio en la alevosía, la premeditación conocida y el ensañamiento, se pretendió incluir la conducta del procesado como integradora de un asesinato, apoyado al menos en una de dichas agravantes; pero dada la debilidad mental del procesado con una base de reprimida agresividad creadoras de su típico infantilismo e inmadurez, puesta de manifiesto en el sumario y en el juicio oral, no puede acogerse la tesis de acusación agravada que por dicha parte se pretende, aún teniendo en cuenta que efectivamente, tal como razona la S.T.S. últimamente citada de 24-10-1981, no puede pensarse, en casos como el presente, en una exención total —arº 8-1º del Código Penal, porque la patológica embriaguez padecida por el inculpado, determinada por la ingestión nueva de alcohol, pese a conocer por el tratamiento médico que a tal efecto, venía siguiendo, le podría afectar notablemente, impide que al tener, como tenía, su discernimiento claro, que se pueda pensar en una inimputabilidad, sino en una semi-inimputabilidad, por “el carácter culpable con que el reo se colocó en esta situación, porque existiendo el hecho de que su enfermedad psicopática se agrava con la ingestión de bebidas alcohólicas, que lógicamente podrían provocarle reacciones mucho más graves, de un modo voluntario y con una total imprevisión de riesgos de conducta futura, procedió a beber las bebidas del relato que le llevaron a la agresividad-base de todo lo que luego ocurrió, ante un agresor sin control en su voluntad, aunque consciente que, por el principio de las acciones libres en la causa, aunque le hace responsable en parte de sus ac-

tos, no puede beneficiarse de una exención total, pero que, dada la naturaleza de las circunstancias de agravación invocadas por la acusación particular con una carga de elemento subjetivo tan elaborado, en cada una de ellas, impide que las mismas sean aquí de recibo y, por ende, haya de rechazarse acusación tan grave; ya que S. 19-5-1981 Ar. 2239— “la alevosía exige la presencia de un ánimo orientado al aseguramiento de su acción y en las condiciones anímicas de G. en el momento del ataque no cabe admitir tal base psíquica al tener su voluntad tan anulada, pese a coger a la víctima en el camarín y, otro tanto, puede decirse de la premeditación conocida que exige un propósito frío y sereno, sin influjo de estados anímicos personales —S. 15-12-70 que resultan incompatibles con la calculada meditación reflexiva y meticulosa del acto delictivo que se prepara y, en este caso, la actuación continua e incontrolada de autos descarta la ponderación exigida en tal circunstancia agravante, argumento que puede reproducirse en orden al ensañamiento en el que el autor del hecho ha de operar con base en un refinamiento cruel y propósito deliberado, ausente totalmente en este hecho.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no integran el delito de omisión del deber de socorro del artº. 489 bis del Código Penal pretendido por la acusación particular ya que el ánimo de matar buscado por el agresor en el homicidio es totalmente incompatible con la respuesta de solidaridad exigida con aquél cuya aplicación la parte pretende, ya que no puede exigirse, en tal trance, el deber jurídico y moral de prestar auxilio al semejante, que lo precisa por solidaridad humana aun siendo la propia víctima causada, cuando lo único que hace el legislador, en casos como el presente, es beneficiar al que agrede a otro con ánimo homicida con una atenuante de arrepentimiento espontáneo al que sigue la reparación de o disminución de los efectos del delito.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G. P. G. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que concurre en la ejecución de estos hechos la atenuante de trastorno mental transitorio del artº. 9-1º en relación con el artº. 8-1º, dado el grado de perturbación psíquica padecida, en su parte volitiva, por el agresor a consecuencia del estado congénito de debilidad mental del mismo y que unido a su patológica alcoholemia sobreexcitada por las consumiciones que el día de autos, de dicho producto, hizo, determinó en él tal agresividad incontrolada que le puso en un estado grave de semi-imputabilidad y que, por aplicación del artº. 66 del Código Penal, hace que esta Sala aplique la pena inferior en un grado a la señalada legalmente para el homicidio frustrado y en la extensión que se dirá.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente y del pago de las costas, por lo que este Tribunal en atención a la edad y días de curación y estado de incapacidad y gravedad de las heridas causadas estima que la cantidad que como indemnización de daños y perjuicios se han causado a E. S. G. es la de 2.500.000 ptas. a pagar por el acusado, e incluyéndose en la condena de costas las correspondientes a la acusación particular.

**CONSIDERANDO:** Que dada la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de los propietarios del hotel, no procede, por aplicación de audiencia en justicia y contradicción procesal, hacerse pronunciamiento alguno cuando la acusación particular tampoco recurrió, en su día, ante la actitud tomada en sus resoluciones por el Instructor ni en el auto de procesamiento ni en el auto de conclusión del sumario y que por su falta de personación en el sumario obliga al rechazo de la responsabilidad pretendida extemporáneamente por dicha acusación sin perjuicio de las acciones civiles que, en su caso, pudieran proceder contra la firma propietaria del hotel.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 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 absolver y absolvemos al procesado G. P. G. de los deli-

tos de asesinato y omisión del deber de socorro declarando de oficio las costas correspondientes y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de homicidio en grado de frustración con la concurrencia de la circunstancia modificativa de trastorno mental transitorio incompleto a la pena de DOS AÑOS, CUATRO MESES Y UN DIA DE PRISION 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 E. S. G. la suma de 2.500.000 ptas. sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran proceder contra la acusación particular, y al pago en su caso 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 insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

## 211

**211. ABANDONO DE FAMILIA.** Ausencia de conducta típica por falta del elemento subjetivo del injusto que exige un apartamiento del hogar familiar en forma injustificada. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982.*

**RESULTANDO:** probado y así expresamente se declara que A. A. L., mayor de edad, sin antecedentes penales, de buena conducta, casado canónicamente con C. B. V. desde el 10 de junio de 1974 y de cuya unión tuvieron dos hijos nacidos en ese año y en el siguiente, venía sosteniendo frecuentes disputas con su esposa, habiendo llegado en alguna ocasión al mutuo maltrato físico, hasta que, no pudiendo sostener esta situación, el 1º de mayo de 1981 marchó del domicilio familiar sito en Santany, trasladándose a Alcuñia, lugar de su trabajo, y remitiendo, en la medida de sus disponibilidades, algunas cantidades de dinero a la misma, hasta que por fin ésta, en septiembre de 1981, instó medidas provisionales de separación que actualmente se hallan en trámite.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, 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, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas, con arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias legales y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite estimó los hechos no eran constitutivos de delito solicitando la libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no integran el delito de abandono de familia del artº. 487 del código penal, toda vez que para que el mismo se de es necesario una dejación, renuncia, apartamiento del hogar familiar hecho en forma maliciosa, es decir injustificada, caprichosa y sin causa (sent. 3 de marzo de 1980), no pu-

diéndose, pues, considerar como tal el abandono que es debido a una absoluta y probada incompatibilidad de caracteres (sent. 31 octubre 1968) que hace prácticamente imposible la normal y pacífica convivencia, cual es el caso presente, donde, además, la no justificación de una pena aparece patente una vez iniciados ya los trámites de legalización de la situación del hecho.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, procede la libre absolución del acusado, con declaración de oficio de las costas causadas y sin necesaria mención a causas modificativas de responsabilidad criminal como a declaración de responsabilidad civil "ex delicto".

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. A. L. del delito de abandono de familia del que venía acusado, declarando de oficio las costas causadas y ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieran adoptado respecto al mismo.

(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

## 213

**213. ABUSOS DESHONESTOS.** Delito continuado. Desaprobación del perdón otorgado por la madre de la ofendida. **FALTA DE LESIONES Y AMENAZAS.** *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Y así se declara que el procesado G. R. E., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 2 de febrero de 1961, en causa militar por delito de desobediencia a la pena de 6 meses y un día de prisión, siendo cancelados dichos antecedentes con fecha 9 de febrero de 1976, convivía con C. M. A. en una casa sita en LL. de V. A., propiedad del procesado en la que también vivían tres hijos de C. M., entre ellos M. D. S. M., nacida el día 8 de octubre de 1966. En varias y repetidas ocasiones, cuyas fechas no han podido ser determinadas, pero en todo posteriores al mes de noviembre de 1979 y después de cumplir M. D. S. los 12 años, besó, abrazó y manoseó a dicha menor con intenciones de obtener satisfacción sexual y aprovechándose el procesado de la situación de convivencia con la menor, la cual en todo momento se opuso a los deseos de G. R. y finalmente puso estos hechos en conocimiento de su madre que si en principio los denunció a la policía judicial, cesando en su convivencia con el procesado, habiendo últimamente vuelto a dicha convivencia, ha otorgado perdón por estos hechos al procesado. El pasado día 4 de noviembre de 1981 B. S. M., hijo de C. M., visitó en compañía de su patrono V. M. V., al procesado en su domicilio y como se opusiera a las pretensiones de este de que le entregara el dinero que ganaba por su trabajo, G. R. le golpeó repetidas veces produciéndole lesiones cuya fecha de curación no se ha determinado pero cuya duración fue inferior a quince días y como mediara en este incidente V. M., el procesado algo



alterado emocionalmente, le dijo que lo mataría si V. lo denuncia, sin que posteriormente el procesado haya adoptado contra él ningún tipo de represalia.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de dos delitos de abusos deshonestos del artº. 436 en relación con el 434 del Código Penal, una falta de lesiones del artº. 583-1º del Código Penal y una falta de amenazas del artº. 585-3º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado G. R. E. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusieran dos penas de 150.000 ptas. de multa cada una de ellas, por los dos delitos de abusos deshonestos; con arresto sustitutorio en caso de impago; 10 días de arresto menor y reprensión privada por la falta de lesiones y 15 días de arresto menor por la falta de amenazas e indemnización de 10.000 ptas. al perjudicado B. S. M. y costas, oponiéndose de forma expresa a la aprobación por parte del Tribunal del perdón que la madre de la ofendida ha otorgado al procesado.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de abusos deshonestos, previsto y penado en el artº. 436 en relación con el 434 del Código Penal, según la calificación del Ministerio Fiscal, pues al no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en el artº. 429, la aplicación del tipo recogido en el artº. 430 debe ser rechazada, debiendo resaltarse como elemento específico del que se aplica, el aprovechamiento del que el procesado se valió en sus lúbricas manipulaciones, en base a la convivencia familiar de hecho, que mantenía con la ofendida. El perdón otorgado por la madre de la ofendida no puede ser aprobado pues está claramente determinado por el interés que dicha titular de la patria potestad muestra por él el procesado, al haber reanudado su vida en común con él. También los hechos probados son constitutivos de sendas faltas, una de lesiones previstas y penada en el nº 1 del artº. 583 del Código Penal y otra de amenazas prevista en el nº 7 del artº. 585 del Código Penal y otra de amenazas prevista en el nº 3 del artº. 585 del Código Penal, en el primer caso, determinada objetivamente por la levedad del injusto castigo que el procesado infringió a B. S. y en el segundo caso según se ha comprobado por el transcurso del tiempo, por tratarse de una mera manifestación iracunda del procesado sin ulterior realización.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G. R. E. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas por haberse cancelado los antecedentes penales del procesado y así disponerlo el 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 G. R. E., como autor responsable de un delito continuado ya definido de abusos deshonestos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de **MULTA DE CIENTO CINCUENTA MIL PESETAS**, con ciento cincuenta días de arresto sustitutorio, en caso de impago, como autor responsable de una falta de lesiones ya definida, a la pena de **DIEZ DIAS DE ARRESTO MENOR** y **REPRENSION PRIVADA** y como autor responsable de una falta ya definida de amenazas a la pena de **QUINCE DIAS DE ARRESTO MENOR**, con expresa desaprobación por parte de este Tribunal del perdón que al procesado ha otorgado C. M. A. a que por vía de indemnización de perjuicios abo-

ne al ofendido B. S. M. la suma de 10.000 ptas. por las lesiones que le ocasionó y al pago de las costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Concluyase la pieza de responsabilidad civil con arreglo a derecho.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

## 219

**219. PROXENETISMO.** Delito relativo a la prostitución. **LESIONES MENOS GRAVES.** No existencia del delito de homicidio por cuanto el acusado no realizó acción u omisión alguna que condujeran a la muerte de la víctima. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982.*

**RESULTANDO:** probado y así se declara expresamente que L. B. A., mayor de edad, condenado en 1972 por faltas de hurto y estafa, individuo sin ingresos conocidos provenientes de alguna profesión u oficio, conoció en 1978 a M. del P. B. S., nacida el 13 de abril de 1957, que por aquel entonces trabajaba, como prostituta, en el "barrio chino" de La Coruña, entablándose entre ambos una relación de amistad que culminó en una estable convivencia hasta que el procesado consiguió que la muchacha le mantuviera con los ingresos que obtenía de la prostitución; así las cosas, de La Coruña, se trasladaron sucesivamente a Madrid, Oviedo, Bilbao y al fin a Palma de Mallorca, donde M. P. se vio aquejada de una enfermedad en los órganos genitales que le impedía el acceso carnal; ello motivó frecuentes disputas y peleas entre los convivientes llegando a la agresión física en varias ocasiones por parte del acusado que exigía la entrega de mayores cantidades de dinero, hasta que la mujer se trasladó a Ibiza, momento que aprovechó el procesado para entablar amistad con M. B. M. que, en Palma, también se dedicaba a la prostitución; más el día 27 de marzo de 1981 regresó P. B. de Ibiza dirigiéndose al apartamento que L. B. ocupaba con la citada M. B., allí se inició una violenta discusión propinando al acusado fuertes golpes a P. hasta el punto de que ésta quiso tirarse por la ventana impidiéndolo los otros dos; a continuación fueron los tres a cenar y tomar unas copas, siempre en ambiente tenso y violento, y en el coche, en distintos momentos, L. B. propinó a M. P. golpes varios con el puño en cara y epigastrio que hubieran precisado veinte días de asistencia facultativa y ya sobre las tres de la madrugada aparcó el procesado su vehículo en la "vía cintura Sur", cerca de la casa donde una amiga guardaba el hijo de M. P., apeándose ésta rápida y violentamente en estado semi-inconsciente por los golpes recibidos y, al cruzar la vía, cayó sobre la calzada siendo arrollada por el "Seat 132", PM-8435-E, que conducía su dueño M. F. P. a consecuencia de cuyo traumatismo falleció instantáneamente.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de proxenetismo del artº. 452 bis c) y un delito de homicidio por dolo eventual del artº. 407, todos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado L. B. A., sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de 6 años de prisión menor y 7 años de inhabilitación especial por el delito de proxenetismo y 13 años de reclusión menor por el homicidio,

accesorias legales e indemnización de un millón de pesetas a los herederos de la fallecida y costas.

**RESULTANDO:** Que la Defensa del procesado, en igual trámite, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito alguno solicitando la libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran legalmente un delito relativo a la prostitución (proxenetismo), previsto y sancionado en el artº. 452 bis c) del código penal, tipo legal que requiere (sents. 21 diciembre 1971, de mayo 1973, 8 de abril 1975) la explotación de la prostitución de un tercero, viviendo, en todo o en parte, a expensas de las ganancias del mismo, lo que aparece diáfano en el caso de autos donde el procesado, sin oficio ni renta conocidos, se beneficiaba del tráfico corporal de la mujer que con él convivía y aún, con malos tratos probados, le exigía y obligaba a continuar en dicha situación en propio provecho; en cambio, y respecto a los desgraciados hechos acaecidos el 27 de marzo de 1981, que acabaron con la vida de M. P. B., no constituyen el delito sancionado en el artº. 407 del texto legal punitivo; en efecto si por homicidio se entiende la muerte de una persona por otra causada en forma dolosa o culposa, es del todo punto necesario la posibilidad de atribución psicológica y física del resultado (muerte) al sujeto (autor), bien sea porque aquél sea consecuencia de la acción de éste (realización directa y material), bien porque sea consecuencia de una omisión (cuando un deber de solidaridad imponía el evitarlo), ya sea consecuencia de una omisión positiva o de comisión por omisión (si la sociedad o la Ley le situaban en posición de garante exigiendo su reacción), permitiendo responsabilizarle a título de dolo o por su conducta imprudente y distinguiéndose en el primero —que ahora interesa— el de primer grado (representación consciente del resultado directamente querido), el de segundo grado (representación consciente del resultado necesariamente vinculado a la acción) y el eventual (aceptación del resultado que con toda probabilidad sigue a la acción), fuera de los cuales se entra en la culpa consciente y las distintas formas legales de imprudencia punible. En el caso enjuiciado, el ministerio Fiscal califica los hechos como homicidio causado por dolo eventual y ello es tanto como decir que el procesado actuó “contando con” la producción o concurrencia del elemento del tipo (la muerte) estimando como “probable” que ésta se diera y tal elemento psicológico —amén del físico, como se verá— se halla absolutamente ausente en lo probado; el acusado, ciertamente, propinó una fuerte paliza a su víctima, causándole traumatismos que hubieran precisado veinte días de asistencia médica y ello, con evidencia, constituye “per se” un delito de lesiones del artº. 422 del texto penal, más no realizó acto alguno directo y voluntariamente encaminado a la muerte de aquélla ni el dejar que, traumatizada, se apeara del vehículo y cruzara la calzada infringe ningún deber de obra sancionable penalmente y si a ello se une que nada induce a pensar que el mismo acusado “se representara” la muerte que acaeció ni aún que la “deseara”, forzoso es concluir que no existió el delito de homicidio que se le atribuye, procediendo la libre absolución respecto al mismo.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor del procesado L. B. A. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**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 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 con absolución del delito de homicidio del que venía acusado, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado L. B. A., como autor responsable de un delito relativo a la prostitución (proxenetismo), sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de **CUATRO AÑOS** de prisión menor, con las accesorias legales

de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por igual tiempo, SIETE AÑOS de inhabilitación especial y multa de CUARENTA MIL PESETAS con arresto sustitutorio de un día por cada mil que deje de satisfacer y, como autor responsable de un delito de lesiones menos graves, sin circunstancias, a CUATRO MESES de arresto mayor con las accesorias legales asimismo antes indicadas; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de M. P. B. S. la suma de veinte mil 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.

(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

## 227

**221. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO.** Ausencia de conducta típica por no existir perjuicios de terceros ni ánimo de causárselo. *Sentencia de 15 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara que el procesado J. D. V. F., mayor de edad, sin antecedentes penales, trabajaba desde el día 1º de septiembre de 1974, como encargado en la empresa "L. C.", propiedad de C. C. L., que se dedicaba a la limpieza de edificios y locales con su correspondiente plantilla laboral para tal efecto, siendo el procesado en virtud de su cargo, quien supervisaba la actividad material de la empresa, llegando de forma eventual y en tal calidad, a firmar recibos de pago de clientes, en ausencia del titular C. C. Dicho titular de "L. C." con anterioridad al mes de marzo de 1979, rechazó por no convenirle las condiciones económicas, un contrato de limpieza con el Colegio "L. M." de Palma. El procesado con fecha 1 de marzo de 1979, contrató en nombre de "L. C." y empleando impresos de dicha empresa, que firmó con su propio nombre, la limpieza del mencionado colegio, prolongándose dicho contrato y actividad hasta el mes de noviembre de 1979, que llevó a cabo con empleadas de la empresa "L. C.", si bien fuera del horario laboral de la misma, haciéndose cargo el procesado del importe de los materiales empleados y sueldo de los trabajadores y percibiendo como beneficio unas seis mil pesetas mensuales. Durante el tiempo que duró el contrato, C. C. C., conoció dicha actividad y no se opuso a ella. El día 25 de noviembre de 1979, el procesado, utilizando un impreso con membrete de la empresa, dirigió a la dirección del Colegio "L. M.", una carta, rubricada por él, en la que comunicaba que "L. C." delegaba su actividad en la nueva empresa "C.", que sería gestionada por el procesado, continuando el contrato esta nueva empresa. El día 13 de diciembre de 1979, C. C. C., dirige al procesado carta de despido laboral, alegando despido disciplinario previsto en el apartado f) del artº. 33 del Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, entre cuyas causas y motivos no incluye la actuación del procesado antes relatada, para finalmente, lograrse una conciliación laboral entre C. C. y el procesado J. D. V. mediante la cual el primero de ellos reconoce la improcedencia del despido del segundo, si bien no lo readmite, fijando de común acuerdo, una indemnización a favor del procesado de 33.000 ptas. como indemnización por despido y la misma cantidad por liquidación de contrato.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito continuado de falsificación de documentos privados del artº. 306 en relación con los nos. 1º y 2º del art. 302 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. D. V. F., con la concurrencia de la agravante de abuso de confianza del nº 9 del artº. 10 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquel la pena de 4 años, dos meses y un día de presidio menor, accesorias del artº. 47 e indemnización de 60.725 ptas. al perjudicado "L. C." y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular en igual trámite calificó los hechos de acuerdo con las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, si bien solicitó para su representado una indemnización de 300.000 ptas. que deberá pagar el procesado.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito continuado de falsedad en documentos privados, de los arts. 306 en relación con los apartados 1º y 2º del artº. 302 del Código Penal de que hacen acusación el Ministerio Fiscal y la acusación particular, pues el Tribunal Supremo en sentencias entre otras de 6 de abril de 1973 y 31 de mayo de 1974, establece que para la consumación de este delito, es necesaria la concurrencia de un requisito objetivo material y previo, representado por una "mutatio veritatis", en un documento privado, efectuada material o ideológicamente por alguno de los modos precisados en el artº. 302 del Código Penal, requisito que en el supuesto enjuiciado se cumple en principio plenamente, mediante la utilización por el procesado del nombre comercial de la empresa "L. C." para concluir su contrato en su particular nombre e interés y se exige también la concurrencia de un requisito subjetivo, psicológico o ideal, consistente en el intento o la realización de un perjuicio patrimonial o moral a otra persona, requisito que en los hechos enjuiciados no concurre pues: 1º).- El procesado llevó a cabo el contrato de limpieza del colegio "L. M.", después de que el supuesto perjudicado lo rechazara por no convenirle económicamente. 2º).- El procesado utilizó a las empleadas de la empresa, pero no perjudicó a su titular ni a dicha empresa, pues le abonó a su propio cargo los salarios correspondientes, pagando él también los materiales de limpieza empleados. 3º).- El supuesto perjudicado C. C. C., conoció dicha actividad del procesado y no se opuso a ella ni le reclamó participación o compensación económica alguna y 4º).- Si bien, en principio, promovió su despido por competencia desleal de su empleado, entre cuyas supuestas causas no incluía la que ha hecho objeto de denuncia penal, finalmente reconoce la improcedencia de tal despido. En otro orden de argumentación, el procesado no perjudicó moralmente al denunciante, pues no existen datos para afirmar que al usar el nombre de la empresa, la desacreditara profesional o comercialmente, sin que tampoco se haya probado que tuvo intención de hacerlo, por todo lo cual y entendiéndose que por falta de este segundo requisito específico del delito imputado no se ha cometido, procede la libre absolución del procesado con declaración de oficio de las costas procesales y dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra él acordadas.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas 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 al procesado J. D. V. F., de delito continuado de falsedad en documento privado que es acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular declarando de oficio las costas procesales y dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra el mismo acordadas.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

## 232

**232. SALUD PUBLICA.** Venta de medicamentos sin la receta exigida. Conformidad. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª).*

**RESULTANDO:** Que son hechos probados por conformidad de las partes y así expresamente se declaran, los contenidos en la primera de las conclusiones de la acusación, o sea: "La procesada F. R. S., de 22 años, sin antecedentes penales y en libertad bajo fianza de 300.000 ptas. de la que ha estado privada del 21 al 27 de mayo de 1980 en los primeros meses del año 1980 ha venido trabajando como dependienta en la Farmacia C., sita en la A. A. R. de Palma y en su condición de tal y en las fechas reseñadas, en cuatro ocasiones entregó a F. M. M. conociendo la procesada su condición de hombre adicto a las drogas sendas cajas de 10 ampollas de Pentazolina, analgésico potente derivado del Benzomofano, sin que el citado F. M. presentara receta alguna que le facultara para su expedición".

**RESULTANDO:** Que la acusación más grave, en sus conclusiones provisionales calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artº. 344-1º, 2º y 3º del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada F. R. S., sin la concurrencia de circunstancias por lo que solicitó contra aquella las penas de 1 año de prisión menor, 30.000 ptas. de multa, con arresto sustitutorio de 30 días, caso de impago y 7 años de inhabilitación especial accesorias del artº. 47 y costas.

**RESULTANDO:** Que en el acto del juicio oral la procesada expresó su conformidad incondicionada a la referida calificación, manifestando al Sr. Letrado Defensor que no consideraba necesaria la continuación del juicio.

**CONSIDERANDO:** Que al concurrir el supuesto de los arts. 694 y 697 en relación con el 555 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es procedente de conformidad con tal precepto y de la doctrina jurisprudencial que lo ha interpretado, dictar sentencia sin más trámites y de acuerdo con la calificación mutuamente aceptada por las partes, lo que hace innecesario expresar los fundamentos legales y doctrinales relativo a la calificación del hecho, participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, responsabilidad civil y costas; si bien, como no obstante el efecto vinculante no es absoluto, pudiendo los Tribunales en uso de su facultad de imponer la pena procedente, atenuarla e incluso absolver para salvaguardar el predominio de la verdad real sobre la convenida, en el presente caso se estima justa la que se dirá, en la parte dispositiva de la sentencia en la que no incluirá por improcedente la pena de inhabilitación especial pedida, no aplicable a este delito.

**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, 655, 694, 697, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a la procesada F. R. S., en concepto de autora responsable de un delito contra la salud pública sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de **SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR Y QUINCE MIL PESETAS DE MULTA**, con arresto sustitutorio de 15 días caso de impago, y a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de su-

fragio durante la condena 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.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

## 233

**233. FALSIFICACION EN DOCUMENTO MERCANTIL.** Imitación en factura de firma de tarjeta de crédito hallada. **FALTAS DE HURTO Y DE ESTAFA.** *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª).*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara que el día 4 de noviembre de 1981, el procesado S. D., mayor de edad, sin antecedentes penales, en la joyería A., sita en el n° 58 de la carretera del A., propiedad de M. A. D., se apoderó subrepticamente y aprovechando un descuido del encargado del establecimiento, de un anillo valorado en 15.000 ptas. que introdujo en la boca y se tragó al ser descubierto huyendo a continuación. El día 11 del mismo mes y año, en la joyería S. sita en el n° 48 de la Avenida Nacional del Arenal, compró una medalla valorada en 7.000 ptas. mediante el uso y exhibición de una tarjeta de crédito que se había encontrado e imitando en la factura de compra el nombre del titular de dicha tarjeta llamado K.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artos. 500, 501-5º, un delito de falsificación de documento mercantil artº. 303 en relación con el 302-1º, 2º y 4º y una falta de estafa del artº. 587-3º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado S. D. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquel la pena de 6 meses y un día de presidio menor, por el robo, 6 meses y 1 día de presidio menor, 20.000 ptas. de multa con 30 días de arresto sustitutorio por la falsificación y 10 días de arresto menor por la falta de estafa, accesorias del artº. 47 e indemnización de 25.000 ptas. a M. A. D., y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran un delito de falsificación de documento mercantil previsto y penado en el artº. 303 en relación con el artº. 302 nos. 1º, 2º 3º y 4º del Código Penal. Que dichos hechos no son constitutivos del delito de robo con violencia de que hace acusación el Ministerio Fiscal, pues no existe acreditación mínima suficiente para determinar la violenta actuación del procesado quien por el contrario cometió una falta de hurto prevista y penada en el artº. 587-1º del Código Penal, por entenderse que la sustracción fue de forma subrepticia de un objeto valorado en 15.000 ptas. debiendo ser absuelto del delito de robo de que es acusado. Finalmente

los hechos son constitutivos de una falta de estafa prevista y penada en el artº. 587-3º del Código Penal.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado S. D. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**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 absolver y absolvemos al procesado S. D. del delito de robo de que es acusado por el Ministerio Fiscal.

Que debemos condenar y condenamos al procesado S. D., como autor responsable de un delito ya definido de falsificación en documento mercantil, de una falta de hurto y de una falta de estafa ya definidas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS MESES Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR y MULTA DE VEINTE MIL PESETAS, con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago por el delito de falsificación y a las penas de DIEZ DIAS DE ARRESTO MENOR por cada una de las dos faltas, 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 M. A. D. la suma de 15.000 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. 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.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

## 235

**235. RECEPCION.** Conocimiento de la existencia de delito. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*

**RESULTANDO:** probado y así se declara: que el procesado D. D., súbdito argelino, llegado a esta ciudad de Palma los primeros días del mes de noviembre de 1981, con escaso metálico, sin trabajo y en estas circunstancias, el día 18 ó 19 del citado mes, de persona no identificada adquirió a muy bajo precio y a sabiendas de su ilegítima procedencia una maleta de regular tamaño que contenía un número superior a treinta alhajas muy variadas



de oro, perfumes y aparatos eléctricos con un valor superior a las doscientas cincuenta mil pesetas, objetos que días antes fueron sustraídos en varios domicilios de la ciudad y una vez en poder del procesado fue a vender a diferentes establecimientos dedicados a la compra-venta de oro usado habiendo sido recuperados por valor de 81.100 pesetas, sortijas y anillos que resultaron propiedad de B. G. L.L. en cuyo domicilio sito en la R. B. III n° 18-2° el día 15 de noviembre entre las diez y las 12.30 horas se cometió una sustracción por persona o personas no identificadas.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas de los art°s. 500, 504-2°, 505-2° y 506-2° del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado D. A. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro años dos meses y un día de presidio menor accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 16.000 pesetas al perjudicado B. G. y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite negó la intervención de su patrocinado en el delito de robo que se le acusaba y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de robo con fuerza en las cosas y en casa habitada de los artículos 500, 504-2°, 505-2° y 506-2° todos del Código Penal, ya que no ha quedado acreditado que el procesado fuera el autor o participara en la sustracción cometida que es objeto ahora de enjuiciamiento, lo que supone su libre absolución por esta figura penal; por el contrario la conducta del procesado que reconoce carecer de bienes y no tener trabajo cuando adquiere por precio irrisorio bienes heterogéneos y muy valiosos necesariamente tenía que conocer, sin necesidad que fuera de manera pormenorizada su ilegítima procedencia y prueba de ello es que inmediatamente procedió a su enajenación con lo que su conducta tiene un perfecto encaje en el delito de receptación que describe y pena el artículo 546 bis a) del código penal y según dicha norma debe ser sancionado en la pena que se dirá.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado D. D. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal.

**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°, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado D. D. del delito de robo que venía acusado y le debemos condenar y condenamos en concepto de autor responsable de un delito de receptación con ánimo de lucro sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de tres años de presidio menor y multa de treinta mil pesetas con arresto sustitutorio de treinta días caso de impago a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante la condena a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido B. G. la suma de dieciséis mil 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; han entrega definitiva de lo recuperado a su dueño.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

**238. ROBO CON VIOLACION.** Empleo de armas. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz y la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. **DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO. DETENCION ILEGAL.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*

**RESULTANDO:** Probado y así expresamente lo declaramos, que a eso de las 21 horas, del día 9 de abril de 1981, los procesados F. S. P., C. P. M. y C. G. B., los dos primeros de mala conducta informada, los tres mayores de edad, sin antecedentes penales y en prisión provisional, cuando se encontraban en el bar "J.", en S. P., de esta ciudad, al ver que el súbdito inglés J. E. L. M., para pagar unas botellas, sacaba algunos billetes de mil del bolsillo, y se iba a su domicilio, en una casa de campo, en la calle Martorell, 3 de Son Sanglada, conocido por razón de próxima vecindad por el procesado C. G., yéndose J. con su vehículo Renault-6 P.M. 4423-J y siguiéndole los tres procesados a pie, portando una navaja dos de ellos, y el otro, un cuchillo de monte, puestas de común acuerdo y en acción conjunta, se dirigieron con ánimo de lucrarse al citado domicilio del extranjero J., y así que llegaron al mismo, se colocaron cada uno de ellos un pañuelo que les cubría la cara hasta la parte alta de la nariz, tapando el rostro para evitar ser identificados y, esgrimiendo las citadas armas blancas, dieron un empujón a la puerta de entrada de la casa, que se encontraba cerrada, pero sin cerrojo o pasador, y, al abrirse la puerta, sorprendieron a J. E., de 58 años, y a su esposa V. E. M., de 57 años de edad, australiana, pintora, que, sentada frente a su esposo, leía una carta, y dirigiéndose dos de ellos a la mujer, le colocaron en el cuello una navaja, cada uno, amenazándola y, otro, de los procesados al esposo, al que asimismo amenazó con el cuchillo colocado en el cuello, atando con unas corbatas las manos de los mismos, que les colocaron hacia atrás, al mismo tiempo que, cerrando puertas y ventanas, el que se había encargado de maniatar al marido, le dio un golpe y, una vez en el suelo, le dio patadas en distintas partes del cuerpo, una al menos, en la cabeza, cuando estaba en posición decúbiteo prono en cuyo momento, empezaron un registro por toda la planta baja de la casa, en busca de cuanto de valor pudieran encontrar subiendo seguidamente, a la planta superior de la casa, haciendo subir al matrimonio, donde igualmente registraron todo, apoderándose de cuantos efectos de valor encontraron y trasladando, luego, a J. a la planta baja, F. y F., mientras que C. se quedó en un dormitorio de la planta alta con la mujer, la cual seguía atada con las manos hacia atrás, y amenazándola con el cuchillo que C. llevaba, le fue quintando las prendas interiores y echándola en una cama, después de hacerle distintos tocamientos en sus partes genitales, logró tener acceso carnal con ella, pese a la oposición de la atemorizada señora, sin que su esposo pudiera socorrerla, tanto por el estado de reducción en el que se encontraba como por el estado de inconsciencia en que quedó a consecuencia de los golpes recibidos. En la planta baja, antes de abandonar la casa, ataron los tobillos de las víctimas, que seguían con las manos atadas y, con un trozo de cable eléctrico, dejaron atado por el cuello a J. a un sofá y, por medio de otro trozo de cable eléctrico, ataron a la esposa a una columna y, cogiendo las llaves del Renault-6, metieron en el mismo los distintos efectos sustraídos y huyendo con todo en el coche del que se apropiaron con la intención de quedarse con él, repartieron entre ellos todo los sustraído hasta que los días 15 y 16 siguientes, fueron detenidos dichos procesados y recuperados en sus domicilios y ocultos en un solar de la carretera vieja de Buñola efectos de los sustraídos y el coche en la Plaza del Cuadrado, totalizando lo recuperado, incluso el coche 575.000.- pesetas y teniendo el vehículo daños por importe de 6.221.-

pesetas, faltando por recuperar efectos por importe de 740.000.- pesetas y 5.000.- pesetas en metálico, asimismo sustraídas. A consecuencia de los golpes y malos tratos sufridos por el matrimonio, J. resultó con erosiones y contusiones en ojo derecho, contusiones diversas en región torácica, así como exitemas en ambas muñecas, tardando 20 días en curar de dichas lesiones, durante las cuales estuvo impedido para trabajar y precisó de asistencia facultativa. V. sufrió lesiones y hematomas en brazo derecho, pierna izquierda y lado izquierdo del cuello, así como en ambos tobillos, invirtiendo seis días en curar, durante los cuales estuvo impedida para el trabajo y precisó de asistencia médica. El coche y efectos recuperados fueron entregados a sus propietarios en depósito provisional. Los procesados, que estuvieron dentro de la casa del matrimonio ofendido durante unas dos horas, se encontraban bajo los efectos de una sobredosis de ácidos, de tres pastillas del fármaco Riphnold y de la consumición de tres cuba-libres y otras bebidas alcohólicas que habían tomado aquella tarde, siguiendo su línea de adición a la droga que les disminuían el estado de alerta de toda persona normal y les "colocaron" en situación de meiiinconsciencia con los consiguientes efectos psicolépticos producidos por la ingesta del alcohol, al mezclarlos con los indicados ansiolíticos. F. S. P. fue declarado peligroso social, como toxicómano, por el Juzgado de Peligrosidad de ésta por sentencia de 27-1-1982. Condujo el coche sin carnet de conducir desde la casa hasta Palma C. G.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de robo con violación —art. 501-2º, en relación con el artículo 429-1º del Código Penal y, caso de perdón de la ofendida, robo con violencia del artículo 501-4º y, en todo caso, aplicación del artículo 506-1º y 2º—. Dos delitos de detención ilegal —art. 480 y 481-1º del Código Penal. Un delito contra la Seguridad del tráfico del artículo 340 bis c) del propio texto legal y de un delito de robo de uso de vehículo de motor ajeno —art. 516 bis, 1º y 4º en relación con el artículo 501-5º y último párrafo, de los que conceptuó como autores a los procesados F. S. P., F. C. P. M. y C. G. B., a excepción del delito contra la Seguridad del tráfico del que sólo responderá el último procesado, con la concurrencia de la agravante de disfraz —artículo 10-7ª— del Código Penal en los delitos de robo con violación y de detención ilegal y concurriendo la agravación de responsabilidad del artículo 511 del Código Penal en el robo con violación, por lo que solicitó las siguientes penas para los tres procesados: 40 años de reclusión mayor, accesorias y costas por el robo con violación; 14 años ocho meses y 1 día de reclusión menor, accesorias y costas por cada uno de los delitos de detención ilegal; 4 años dos meses y 1 día de presidio menor por el robo de uso de vehículo y para el procesado C. G., por el delito contra la Seguridad del tráfico 50.000.- pesetas de multa, con arresto sustitutorio, caso de impago, y costas. Y que los tres solidariamente indemnicen a V. E. en 100.000 pesetas y a los esposos en 751.221.- pesetas.

**RESULTANDO:** Que la defensa de C. G., con versión distinta de los hechos, y lo mismo en cuanto a F. G. P., estimo que los mismo habían cometido un delito de robo —art. 501-5º C.P.— y que además, había cometido contra la Seguridad del tráfico —art. 540 bis c) del Código Penal, con la atenuante del artículo 9-1º en relación con el artículo 8-1º, solicitando para ellos 6 años y 1 día de presidio menor —que no mayor— por el robo y para C. por el de conducción sin carnet, 25.000.- pesetas de multa, accesorias, indemnizaciones a los perjudicados por lo no recuperado y costas y que se les absolviese de las demás acusaciones formuladas. Y por la defensa de F. S. P., con versión distinta de los hechos, asimismo, que los procesados habían cometido un delito de robo con violencia e intimidación —arts. 501-5º, párrafo último, en relación con el artículo 506-1º y 2º del Código Penal concurriendo en los tres la atenuante de enajenación mental incompleta (derivada de la ingestión de bebidas alcohólicas y la toma de dos pastillas de Riphnold que les produjo una notable alteración de su conciencia y voluntad) —artículo 9-1º en relación con el artículo 8-1º del Código Penal— solicitando para F. S. seis años de presidio menor, accesorias y costas e indemnización a los perjudicados en los términos de la acusación.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran: a) Un delito de robo con violación, previstos y penado en el artículo 501-2º, en relación con el artículo 429-1º del Código Penal, castigado con reclusión mayor, agravado —art. 506-1º y 2º—

por llevar armas para cometer el robo y realizarse el mismo en casa habitada y que por aplicación del párrafo segundo del citado artículo 506, determina la imposición de la pena inmediata superior a la correspondiente, aunque por lo prescrito en el artículo 75-1º del propio Código Penal, con la cláusula de que su duración será de cuarenta años si la señalada en la Ley es de reclusión mayor y la propia Ley establece en algún caso, como aquí ocurre, una pena superior y no, simplemente, como se sostiene por las defensas un delito de robo del artículo 501-5º y párrafo último del mismo; pues, del relato de hechos aparece con sobrada certeza el gravísimo hecho de la violación imputada en la acusación fiscal, con el empleo de armas en la propia vivienda de los ofendidos a los que, no solamente tuvieron con las manos atadas con corbatas, hacia atrás, imposibilitando toda forma práctica de defensa sino que, lograda su reducción con la previa amenaza de las navajas y el cuchillo colocado a la altura del cuello de cada uno de ellos, golpearon y patearon al marido con golpes innecesarios, máxime si se tiene en cuenta la edad de los mismos, la hora y el súbito modo de entrar golpeando la puerta y registrando toda la casa, con la finalidad inicial propuesta por los mismos de ir a robar, aunque, luego, episódicamente, uno de ellos, C. G., en lugar de bajar con los demás a la planta baja, decidiese retener en el dormitorio de la planta alta a la esposa, hecho que advirtieron sobradamente los otros dos procesados que condujeron al marido al piso bajo, le ataron también los pies, y se quedaron con él allí mientras su compañero, pese a haber terminado ya el registro de la planta superior, que realmente era lo que en principio se habían propuesto, despojarles de cuanto de valor tuviesen en la casa, con el fin de lucrarse con ello, se quedaba con la mujer con las manos atadas atrás, la echase sobre la cama, y despojándola de sus ropas, la hiciese objeto de tocamientos en los órganos genitales y, luego, consumara el yacimiento en tan vejatorias circunstancias, invirtiendo un tiempo en todo ello que los otros procesados no pueden soslayar, cuando menor bajo el prisma del dolo eventual en este complejo delito en el que la finalidad inicial y finalista del robo se muestra con notoriedad evidente y que es lo que, en definitiva define el tipo calificado —Sentencia 11-5-1981— y así, lo acreditan, por otra parte, las calificaciones de la defensa. B).- Un delito contra la seguridad del tráfico previsto y penado en el artículo 340 bis c) del Código Penal, al conducir por vía pública C. G. el coche sin poseer el correspondiente permiso de conducir que le habilitase para ello y que se sanciona con la pena de multa de 20.000.- a 100.000.- pesetas.

**CONSIDERANDO:** Que no puede hablarse, en el presente caso, ni de delito de detención ilegal, ni de robo de uso de vehículo de motor ajeno, porque, en el desarrollo de los hechos aparece, finalmente, dentro de la casa, ese atar a la columna y a un sofá a los perjudicados no como algo querido con la finalidad de privarles de su libertad deambulatoria, en sí misma considerada, sino como algo tramado para evitar la pronta petición de auxilio, propósito integrador del robo, muy distinto del dolo característico de la detención ilegal en el que la finalidad buscada con las conductas tipificadas como tales es la de privar de aquella libertad antes aludida a una persona atenta o directamente contra tal derecho sin más; y tampoco puede aceptarse aquí, la del robo de uso de vehículo de motor ajeno, porque, con ánimo de lucrarse con él lo retuvieron hasta ser detenidos aunque lo tuviesen en una plaza pública durante los seis días transcurridos desde la apropiación.

**CONSIDERANDO:** Que son responsables criminalmente en concepto de autores del robo con violación los tres procesados F. S., F. C. P. y C. G., por haber tomado parte voluntaria y directa en el robo los tres y en la violación C., y voluntariamente, al menos con dolo eventual, como cooperadores necesarios los otros dos, delito complejo en el que, de acuerdo con reiterada doctrina legal de la que son muestra las S.S. del Tribunal Supremo de 26 de enero, 27 de junio y 12 de noviembre de 1979, 12-3-1980 y las más recientes de 21 de abril, 11 de mayo de 30 de octubre de 1980, recaídas en casos de robo con homicidio o con violación que, pese a las distintas corrientes doctrinales conocidas al respecto, sobre la naturaleza y consiguiente trascendencia, a fines definidores, de la coautoría en tales infracciones y las demás del artículo 501 del Código Penal, es hoy clara al situar bajo los indicados tipos del artículo 14 a quienes puestos de acuerdo para llevar a cabo el delito base —el robo intervienen luego con dolo generalmente eventual, en los hechos motivadores de la figura compleja de tal norma punitiva, configurándose su participación a través del “clima” de violencia creada ab initio, con los golpes, armas, excesos, etc., que am-

plian la "societas scaeleris" creando la comunicabilidad del delito complejo, cuando, como aquí ha sucedido la actuación de F. y F. no sólo facilitó sino que movió a C. a actuar con toda impunidad logrando el coito con la mujer maniatada y violentada con la intervención de los tres y a la que aquéllos pese a haber registrado ya la parte alta de la casa, no dudaron en dejar en el dormitorio a la mujer en la misma con las manos atadas, en poder de su compañero, llevándose al marido al piso bajo al que redujeron aún más al atarle con un cable a un sofá, anulando, así, toda posibilidad de defensa por parte del marido al menos, con el que estuvieron hasta que, cometida la brutal violencia con la mujer, C. decidió bajarla, pues el registro de la planta baja lo habían hecho, al principio, los tres, con lo que la autoría de los tres es manifiesta en todo el complejo delictivo. Y del delito de conducción ilegal C. G. por su participación voluntaria y directa en el mismo.

**CONSIDERANDO:** Que concurren en los tres procesados la atenuante del artículo 9-1º en relación con el artículo 8-1º del Código Penal, de trastorno mental transitorio, habida cuenta del estado de disminución de facultades anímicas en que los mismos se encontraban al cometer el robo motivado por la toma de fármacos del relato y las consumiciones de alcohol, que sin buscarlo de propósito, les creó una desorientación en el curso normal del pensamiento a causa de los efectos psiclépticos de la mezcla y que por aplicación del artículo 66 del Código Penal hace que esta Sala aplique la pena inferior en grado y en la extensión que se dirá, teniendo en cuenta los efectos del artículo 75 en relación con el citado artículo 506 párrafo segundo y que, asimismo, también concurrió en el robo la agravante de disfraz del artículo 10-7º, llevar los tres procesados la cara tapada con el pañuelo que les cubría hasta la parte alta de la nariz, para evitar la identificación, aunque C. en el desarrollo posterior de los hechos se haya quitado en algún momento el pañuelo, pero que habida cuenta del estado de aturdimiento de los ofendidos no puede destruir en dicho procesado los efectos agravatorios establecidos por el artículo 61 2º del Código Penal ya que la intención dolosa consiste en buscar mayor facilidad en la ejecución del delito y más segura impunidad, conseguida por los tres al anular, en tales condiciones de cobertura del rostro, las normales facultades de atención de los perjudicados con las violencias e intimidaciones desde el principio desplegadas sobre ellos.

**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 regla 2ª, 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 L. E. Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y **CONDENAMOS** a los procesados C. G. G., F. C. P. M. y F. S. P. en concepto de autores responsables de un delito de robo con violación con armas y en casa habitada con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la circunstancia agravante de disfraz, en los tres procesados, a una pena, para cada uno de ellos, *de veinticinco años de reclusión mayor*, a las accesorias de interdicción civil e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. A que por vía de indemnización de daños y perjuicios abonen los tres procesados, solidariamente, a V. E. en 100.000.- pesetas y, al matrimonio 751.221.- pesetas en total para ambos y al pago de costas correspondientes. Asimismo debemos condenar y **CONDENAMOS** al procesado C. G. B. como autor responsable de un delito contra la Seguridad del tráfico, sin circunstancias, a la pena de multa de 40.000.- pesetas con arresto sustitutorio, caso de impago, y al pago de costas correspondiente. Y debemos Absolver y **ABSOLVEMOS** a los tres procesados de los delitos de detención ilegal y de robo de uso de vehículo de motor de los que se les acusaba, declarando de oficio las costas correspondientes. Hágase entrega definitiva de lo entregado en depósito a los perjudicados. Se abona para el cumplimiento de las condenas la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos, por sus propios fundamentos, el auto consultado en el que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

## 286

**286. HOMICIDIO.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad y de embriaguez. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*

**RESULTANDO:** probado y así se declara: que el procesado M. M. R. de buena conducta informada, residente en la Isla de Formentera, la tarde del día 24 de diciembre de 1981, para celebrar la fiesta próximo de Navidad, primero con su esposa recorrió algunos bares de la localidad de San Fernando, tomando en cada uno de ellos cerveza o bebida alcohólica de mayor graduación, llegada la noche, su esposa se retiró a su domicilio mientras él continuó con varios amigos entre ellos R. P. R. y J. M. V., visitando entre otros los establecimiento "El Quijote", "Los Angeles", La Pergola y la discoteca "Magu" y en todos ellos consumió copas de hiervas, varios cubas libres y cerveza, por último, en unión de los nombrados compañeros y amigos cantando y batiendo palmas se encaminaron hacia el bar "Las Ranas" propiedad de K. H. M., donde continuaron celebrando la Nochebuena y teniendo ya limitadas sus facultades intelectuales y volitivas, llegó al mismo bar J. M. V. V. M., soltero, sin profesión determinada, quién acercándose al grupo del procesado pretendió incorporarse al mismo, siendo rechazado por no tener amistad ni apenas conocimiento con ninguno de ellos, por lo que le dijeron que les dejase en paz, y al insistir el V. en su pretensión, el procesado le dijo: "que a él no le habían dado vela en aquél entierro" a lo que reaccionó agresivamente el ya contrincante intentando aproximarse con gesto airado al tiempo que le llamó dos veces "hijo de puta" al procesado, quién bajo los efectos del alcohol sintiéndose gravemente mortificado, en movimiento de abanico del brazo, teniendo en su mano izquierda un botellín de cerveza cogido por la parte de la etiqueta, propinó un golpe al repetido V. M. que le alcanzó en la zona anterolateral del cuello, rompiéndose la botella, con tan mala fortuna que no de los trozos de vidrio seccionó la vena yugular y la arteria carotida izquierda y a consecuencia de la gran hemorragia falleció a los pocos minutos, sin que los presentes que recurrieron a los servicios médicos más inmediatos pudieran hacer nada para salvar su vida; el procesado en un estado de gran postración por lo ocurrido se refugió en su domicilio.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado M. M. R. con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal de embriaguez no habitual, de preterintencionalidad y de arrebato u obcecación 2º, 4º y 8º del artículo 9 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis años de prisión menor, accesorias del artículo correspondientes e indemnización de 1.000.000 pesetas al perjudicado herederos de J. M. R. V. y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, aceptó la tesis acusatoria en cuanto a la participación en el hecho de su patrocinado, matizada con la concurrencia de las circunstancias modificativas atenuantes de embriaguez no habitual, preterintencionalidad y la de haber precedido inmediata provocación o amenaza por parte del ofendido y por aplicación del artículo 61 nº 5º, solicitó la imposición de una pena de 1 año de prisión menor, accesorias y costas.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados, integran un delito de Homicidio del art. 407 del Código Penal, conforme a las respectivas tesis de las partes, por cuanto existe un querer y un movimiento corporal en el procesado orientado a un re-

sultado lesivo y por tanto una acción voluntaria determinante de una culpabilidad en orden al resultado que viene tipificado en el indicado precepto, lo que genera su responsabilidad en cuanto es reprochable a su dicho querer.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente, en concepto de autor el procesado M. M. R., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que es de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de embriaguez del art. 9º párrafo 2º del Código Penal, pues sin haber llegado el procesado a la anulación total de su conciencia, a consecuencia de las numerosas consumiciones ingeridas en los establecimientos dedicados a expender bebidas alcohólicas, existe prueba completa que no habituado al consumo de esta droga tuvo que influir en sus facultades intelectuales y volitivas al recorrer durante horas bares en compañía de familiares y amigos acompañando por celebrar la nochebuena con bromas, canciones y aplausos lo que aumentaba sin duda su estado de excitación que reducían sus frenos inhibitorios y oscurecía su mente generando la atenuantes examinada; igualmente es de apreciar la concurrencia de la circunstancia de preterintencionalidad, ya que queda patente la desconexión psicológica entre la voluntad de la acción y su resultado, pues el procesado sin motivo de enemistad o malquerencia con el que resultó víctima, su ataque surgió al pretender éste unirse al grupo en el que no era conocido, y a una frase intrascendente, respondió con un grave insulto, que escuchado con la deficiente representación que determina encontrarse bajo los efectos de bebidas alcohólicas, determinó una reacción fulminante con el objeto que precisamente tenía en la mano, que no era idóneo para matar, siendo éste resultado atribuible a excepcionales conjunturas extrañas al propósito que guiaba al procesado y éste circunstancias ponderadas objetivamente aminoran la reprochabilidad del agente por su conducta antijurídica al nivel mínimo que la atenuante eximada de preterintencionalidad establece y debe ser tenida en cuenta a los efectos de la imposición de la pena conforme al art. 61 apartado 5º del Código Penal; no es de apreciar la concurrencia de las otras circunstancias atenuantes de responsabilidad alegadas por la acusación y la defensa de arrebato u obcecación 8º y la de haber precedido provocación o amenaza del ofendido nº 5º ambas del artículo 9º del Código Penal, pues sobre la base de hecho mencionada, que el procesado se encontraba bajo la fuerte excitación producida por ingestión de bebidas alcohólicas en ocasión de regocijo que le ocasionaban una disminución de sus facultades, en tales circunstancias al recibir una grave ofensa o insulto su reacción no descansa en sentir ofendida su dignidad, sino en la situación de perturbación anímica que le procuraba el alcohol que motivó su conducta violenta, tan poco razonable y que produjo tan funestos resultados y al no ser atribuible a su plena personalidad su proceder, son desestimables ambas circunstancias, que en definitiva en el presente caso devienen incompatibles con la apreciada de embriaguez.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente, viniendo 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, 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. M. R. en concepto de autor responsable de un delito de **HOMICIDIO**, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de preterintencionalidad y embriaguez no habitual a la pena de **Dieciocho meses de Prisión Menor**, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante la condena, y a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos del ofendido J. M. V. M., la suma de 700.000 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 este 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.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

## 346

**346. APROPIACION INDEBIDA.** Tipificado por el abuso de confianza. *Sentencia de 10 de Julio de 1982.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente que C. LL. M., mayor de edad y sin antecedentes penales durante el período comprendido en los años 1976 y 1977 estuvo al frente de la contabilidad de la empresa "M. A." de Palma propiedad de R. T. D. y M. M. T., y, aprovechando tal circunstancia, fue reteniendo y disponiendo particularmente de diversas cantidades de dinero que cobraba y no ingresaba en caja, logrando así, entre el 2 de julio de 1976 y el 31 de julio de 1977, la suma total de 491.878 pesetas, habiendo renunciado los perjudicados 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 apropiación indebida del artículo 535 en relación con el 528-2° del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada, sin la concurrencia de circunstancias por lo que solicitó contra aquella la pena de 1 año de prisión menor, accesorias legales e indemnización de 491.878 pesetas a los perjudicados y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa de la acusada, en igual trámite negó los hechos y solicitó la libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran un delito de apropiación indebida de los artículos 535 y 528-2° del código penal, constituido por la adverbada (folios 32, 57, 58 y 59) retención de cantidades que debiendo, al no ser propias, ingresarse en la caja de la empresa, fueron dispuestas en propio beneficio, abusando del sentimiento de lealtad laboral depositado en la empleada.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor la procesada C. LL. M. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad.

**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 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 la procesada C. LL. M., en concepto de autora responsable de un delito de apropiación indebida de cuatrocientas noventa y una mil, ochocientos setenta y ocho pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA de prisión menor con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de la condena, sin haber lugar a declaración de responsabilidad civil habida cuenta de la renuncia de los perjudicados y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de li-



bertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicha encartada con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

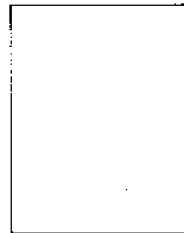
(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

## C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 211  
 Abusos deshonestos, 213, 221, 249, 250, 271  
 Alzamiento de bienes, 344  
 Apropiación indebida, 346  
 Atentado contra agente de la autoridad, 240, 363  
 Cheque en descubierto, 215, 246  
 Daños, 262  
 Desacato a la autoridad Judicial, 242, 352  
 Escándalo público, 209, 255, 349, 362  
 Estafa, 244, 241, 259, 296  
 Falsedad  
     En documento privado, 227  
     En documento mercantil, 233, 260, 295, 342, 360  
     De pasaporte, 365  
 Homicidio, 201, 286, 308, 315, 316, 338  
 Hurto, 218, 220, 228, 273, 282, 355, 357  
 Insultos e desobediencia a agentes de la Autoridad, 200  
 Lesiones, 205, 207, 208, 258, 272, 291, 297, 305  
     Falta, 293  
 Parricidio, 216  
 Quebrantamiento de condena, 231  
 Receptación, 235, 236, 276, 359, 361  
 Relativo a la prostitución, 206, 219, 289, 347  
 Robo, 263, 294, 319, 369  
     Con fuerza en las cosas, 119, 203, 204, 214, 217, 222, 224, 225, 226, 229, 234, 237, 239, 247, 252, 264, 265, 266, 268, 269, 274, 275, 281, 283, 284, 287, 298, 299, 302, 304, 317, 318, 323, 324, 325, 327, 329, 330, 332, 333, 336, 399, 345, 353, 354, 356, 366, 367, 368.  
     Con intimidación, 245, 290, 300, 311, 322, 337, 350, 370  
     Con violación, 238  
     Con violencia, 202, 253, 254, 256, 331, 348  
     Con violencia o intimidación, 330, 257, 277, 278, 351.  
 Salud pública, 232, 243, 267, 270, 285, 288, 292, 307, 310, 321, 328, 341, 343, 344, 357.  
 Tenencia ilícita de arma de fuego, 223, 303  
 Utilización ilegítima de vehículo de motor, 210, 212, 248, 251, 261, 279, 309, 320, 326, 335  
 Violación, 280, 340



**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 pts.

