

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

5-1983



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

José Ferrer Marcel

Gabriel Garcías Planas

Juan López Gayá

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 1.000 pts.

Por suscripción. Número 700 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

5-1983



Universidad de Palma de Mallorca

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

El esfuerzo ilusionado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca y del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares hacen posible esta modesta contribución a la ciencia del Derecho.

El presente número se publica con el patrocinio económico de la Conselleria de Educación y Cultura del Gobierno autonómico.

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

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

Fotocomposición y montaje:

COMPOSICION BALEAR
Jaime Durán, 1 - Palma

ISSN: 0212-0577

Depósito legal: P.M. 300/82

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS	
Francisco Astarloa Villena <i>La crisis de la Monarquía y la crisis de los partidos en el reinado de Alfonso XIII.</i>	7
Miguel Coca Payeras <i>Aproximación a un concepto técnico del ordenamiento civil.</i>	29
Abelardo Rodríguez Merino <i>Consideraciones en torno al planteamiento de la denominada "cuestión de inconstitucionalidad".</i>	61
Wolfgang Schöne <i>El concepto de omisión y la negligencia.</i>	77
Isabel Tapia Fernández <i>El recurso de súplica en la LEC y en la Jurisprudencia.</i>	101
Sebastián Urbina Tortella <i>Marx y los Anales Francoalemanes.</i>	125
NOTAS	
Giuliano di Bernardo <i>La teoría de la acción como base para la lógica deóntica.</i>	141
Gabriel Garcías Planas <i>Pena justificada.</i>	149
Miguel Angel González de San Segundo <i>El tributo de los indios comunes a sus caciques durante el período hispánico.</i>	151

BIBLIOGRAFIA

Eduardo García de Enterría, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. (Luis J. Segura) 165

Varios, *Código de Derecho Canónico*. (Antonio Pérez) 167

Victor Reina, *Lecciones de Derecho Matrimonial*. (Antonio Pérez) 168

Manuel García Fernández, *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. (Miguel Suau) 168

RELACION DE LIBROS RECIBIDOS 171

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo Contencioso-administrativo 175

II. Sala de lo Civil 201

III. Salas 1ª y 2ª de lo Criminal 273

ESTUDIOS

LA CRISIS DE LA MONARQUIA Y LA CRISIS DE LOS PARTIDOS EN EL REINADO DE ALFONSO XIII

FRANCISCO ASTARLOA VILLENA
Prof. Titular de Derecho Político

Ese gran historiador que fue Jesús Pabón llevaba razón cuando explicaba el inmenso error que supone el “maniqueísmo histórico”. Así llamaba él a la pretensión de dividir a los hombres en buenos y malos según su intervención en la Historia. Es así, ciertamente, que en España somos francamente aficionados a la imperdonable ligereza de juicio sobre personas e instituciones. Triste espectáculo el de la frivolidad de juicio, que resulta más grave en los casos en que el juez superficial tiene, en teoría, los datos en su mano para conocer la verdad. Espectáculo repetido en quienes confunden la labor del intelectual —en toda la amplia amalgama de oficios que esa actividad cubre bajo su sombra— con la crítica sistemática. Esta es más brillante en la medida en que la educación del receptor sea más tosca.

La Historia política contemporánea española está llena de “buenos y malos”, que han cambiado los papeles y los asientos según el autor de la calificación. El ejemplo de la Desamortización hecha por Mendizábal —concreto el autor, pues desamortizaciones hubo, al menos, otras dos: la de las Cortes de Cádiz y la del Trienio Liberal, aunque menos importantes— es una muestra palmaria de que, pese a serios intentos, falta por hacer la Historia política del siglo XIX español, con la hondura y objetividad necesarias para entender una etapa de nuestro tiempo pródiga en acontecimientos y pasiones. La historiografía liberal ha presentado habitualmente la labor desamortizadora de Mendizábal como un éxito en todos los aspectos. Fue necesario que Vicens Vives aclarara que desde el punto de vista económico no fue tan triunfal como se pretendía. Eso sí, políticamente tuvo la virtud de entroncar el liberalismo

político con la nueva clase enriquecida a costa de la expropiación, es decir, la burguesía. Y así, el segundo tercio del siglo XIX supuso, desde el punto de vista sociopolítico, lo que Sevilla Andrés —inolvidable— calificó como “el orto de las clases medias”. Aunque, como no es oro todo lo que reluce, también supuso la aparición de un proletariado rural andaluz, los jornaleros, con su secuela de problemas y conflictos, que, en buena medida, está aún por resolver.

He hecho esta aclaración previa —a modo de desahogo— a causa del tema a tratar. Es una cuestión de nuestros días, o de sus más inmediatas vísperas por ser más exactos. Y, por tanto, resulta más necesario el escrupuloso respeto por las personas, independientemente de sus ideas. No hay “buenos y malos” en esta historia, sino gentes que, con honradez independiente del acierto, han servido a su país lo mejor que supieron, no siempre en circunstancias fáciles.

Quiero, simplemente, apuntar algunos datos sobre cuáles fueron los motivos de la crisis de nuestra Monarquía de la Restauración, la que se inicia el 29 de Diciembre de 1874, anticipadamente proclamada por Martínez Campos en las Alquerietas de Sagunto en la madrugada de ese día y que termina el 14 de Abril de 1931 tras la salida de España del Rey Alfonso XIII, por vía marítima, en Cartagena. Para ser más exacto, en mi opinión, la crisis de la Monarquía se produjo paralelamente a la crisis de los partidos monárquicos.

La Monarquía restaurada en Sagunto tenía tres pilares: el Rey —Alfonso XII—, Cánovas y Martínez Campos. Este último fue el brazo ejecutor del golpe, anticipándose al deseo de Cánovas que prefería esperar antes de proclamar a Alfonso XII como Rey. El extraño régimen político que protagonizó en 1874 el General Serrano, Duque de la Torre —“el General bonito” o “el Judas de Arjonilla”, otra chusca muestra del maniqueísmo— podía durar poco, en razón de su misma inconsistencia y ambigüedad, de la que es prueba eficiente el hecho de las muy diversas denominaciones que recibió: República Unitaria, Regencia, Etapa del poder Ejecutivo, y hasta Respública, vocablo no destinado a enriquecer la tipología del régimen político, a causa de su misma vacuidad. Cánovas no tenía prisa. Había dejado constancia de sus intenciones políticas —y de las de su patrocinado, Alfonso XII— en el Manifiesto que redactado por aquél había firmado el entonces Príncipe en la Academia de Shandurst, con motivo de su cumpleaños. Ahora, a raíz del acto del General Martínez Campos pasaba, de estar detenido en prisión, a ponerse a la cabeza del Ministerio-Regencia constituido mientras hacía su entrada el nuevo Rey en territorio español.

La Restauración fue Cánovas. En él tuvo su cerebro. Procedía — con matices— de las files unionistas, aquel intento de centro político que inventó O'Donnell. No se entendió con Prim, porque Cánovas era el tipo de político homogéneo y macizo, inteligente y de fuerte carácter, poco dado a componendas y transigencias. Gobernó, con su partido —conservador— entre 1875 y 1881, salvo los paréntesis en que ocuparon, por poco tiempo la Jefatura del Gobierno otros dos hombres conservadores: Jovellar y Martínez Campos.

Desde las 6 de la mañana del 8 de Febrero de 1881 los conservadores se alternarían en el poder con los liberales de Sagasta; desde ese preciso instante se “constitucionalizaba” el partido liberal sagastino, que alcanzaba la tarea de gobernar por vez primera. Empezaba el turno en el poder de ambos partidos.

La trayectoria de los jefes de los dos partidos en el poder era en parte coincidente y en parte diversa. Habían iniciado su andadura política en el mismo período y los dos con un aire crítico respecto a los partidos políticos del momento: moderados, progresistas y unionistas. También los dos despuntaron enseguida como políticos excepcionales.

Sagasta tenía otro talante político. Hábil, astuto, flexible, buen negociador. La Gloriosa —Revolución de 1868— le había llevado al Gobierno, al Ministerio de la Gobernación, en concreto. Elaboró el Decreto de 9 de Noviembre de 1868 por el que se regulaba el ejercicio del derecho de voto para las elecciones municipales, provinciales y generales. Por vez primera se establecía en España el sufragio universal. En tres años el Cuerpo Electoral había pasado de 410.000 electores a 3,800.000. También en esto se diferenciaba de Cánovas, enemigo de la universalización del sufragio, aunque hubiera de tolerarlo desde el Poder.

Ambos eran diferentes, pero se necesitaban, y el sistema funcionó de momento, aunque herido de muerte por el caciquismo y el viciamiento del sistema electoral, primer factor de la crisis del sistema canovista.

Dos fallecimientos hicieron tambalear el Régimen. El primero fue el del propio Rey, ocurrido en El Pardo el 25 de Noviembre de 1885. Contaba Gabriel Maura que su padre —Antonio— le dijo aquel día “hemos perdido un gran Rey”. Cánovas frenó cualquier precipitación. Hizo esperar el nacimiento póstumo —Mayo del 86— antes de tomar medida alguna sobre la sucesión y cuidó muy bien de mantener a raya a Isabel II, cuya presencia sólo podía suscitar tensiones. El Régimen salió indemne del trance. A ello ayudaron la enorme talla humana y política

de la Regente María Cristina —diferencia notable respecto a la otra María Cristina de Nápoles, la Gobernadora, viuda de Fernando VII y madre de Isabel II— que fue unánimemente reconocida, y el turno pacífico de conservadores y liberales, acordado en lo que se llamó Pacto de El Pardo, simple acuerdo verbal entre Cánovas y Sagasta posiblemente reunidos en el Palacete de la Castellana, sede la Presidencia del Consejo de Ministros.

El segundo fallecimiento sí que provocó traumas irreparables. El día en que Angiolillo, el anarquista italiano, disparaba a quemarropa sobre Cánovas en el balneario mondragonés de Sta. Agueda, el canovismo acabó como sistema político. Era el segundo Jefe de Gobierno asesinado en España. Prim le había precedido; y Canalejas, Dato y Carrero le seguirían. Desde el punto de vista estrictamente político pienso que la liquidación del Imperio —el Desastre— no supuso nada. Hubo debates parlamentarios, acusaciones mutuas, problemas militares, etc, pero el Régimen como tal no quedó afectado. Al revés de lo que había ocurrido con el magnicidio de Cánovas.

Quedó Francisco Silvela al frente de los conservadores. Su liderazgo fue breve e ineficaz. Silvela no era un jefe, y pronto se cansó de intentarlo. El fantasma de Cánovas pervivía en bastantes conservadores y Silvela era incapaz de borrarlo. El partido quedaba acéfalo, y sólo una persona podía ser capaz de aglutinarlo: Antonio Maura.

Entre tanto había llegado el cambio de siglo. En Mayo de 1902 Alfonso XIII sería proclamado mayor de edad al cumplir 16 años. Presidía entonces el Gobierno —liberal— un Sagasta anciano y derrumbado. Era su última etapa al frente del Ejecutivo. Pese a lo agotador de la jornada de la proclamación —17 de Mayo— quiso el Rey presidir, al finalizar la misma, un improvisado Consejo de Ministros. En la sesión se produjo un incidente, que refirió años más tarde Romanones en sus Memorias. El Rey, citando la Constitución vigente de 1876, recabó para sí la concesión de títulos y honores, atribución que nadie había puesto en duda. Tras tenso silencio fue el Duque de Veragua, ministro de Marina, quién recordó al Rey que también la Constitución indicaba, artículo 49, que los actos del Monarca debían ir refrendados por un Ministro. Poco después Sagasta se retiraba de la política.

También la herencia de Sagasta se presentaba difícil. De momento Canalejas se aprestaba a sucederle en la Jefatura del Partido. A diferencia de los conservadores, los liberales nunca habían constituido un partido homogéneo. Era como una herencia del progresismo de Espartero,

que tampoco estuvo nunca unido. Mientras Sagasta estuvo activo el partido aún logró salvar la apariencia, pero en cuanto desapareció del mapa político el partido se resintió. De momento la personalidad de Canalejas daba a los liberales un mínimo de contextura que pronto se varía truncada por los acontecimientos posteriores.

Aquí está la clave, a mi entender, de la crisis del reinado de Alfonso XIII, y, por tanto, de la Monarquía instaurada en Sagunto. El principal problema residió en que los partidos principales —conservadores y liberales— se convirtieron en vulgares mesnadas y que faltó la cabeza política que supiera aglutinarlos de nuevo. Falló la propia clase política monárquica, y eso fue nefasto para la Institución misma. Naturalmente la crisis no se produjo de repente, sino en un progresivo “in crescendo” que tuvo varios momentos estelares, y otros que, sin llegar a serlo, eran destellos que tendrían repercusión posterior.

El tándem Maura - Canalejas pudo ser la solución política. Tal posibilidad se hubiera acrecentado si Maura se hubiera entendido del todo, a su vez, con Cambó. Pero ninguno de los dos entendimientos funcionó a la perfección. Las posibles causas fueron muchas y de índole diversa. Su examen no hace aquí al caso. Evidentemente el sistema de Cánovas estaba ya gravemente tocado por los dos males ya citados y que le habían afectado desde su nacimiento mismo: el caciquismo y el viciamiento del sistema electoral. Si conservadores y liberales hubieran tenido a su frente un jefe de partido efectivo es bastante posible que esos males se hubieran resuelto. Pero no fue así. El motivo en cada uno de los dos partidos fue distinto.

Antonio Maura Montaner llegó a la Jefatura del Gobierno —conservador— por vez primera el 6 de Diciembre de 1903. Había sido, por vez primera, Ministro —de Ultramar— el 11 de Diciembre de 1892, a los 39 años, formando parte de un gobierno liberal presidido por Sagasta. Pero Maura no era un liberal sagastino, sino gamacista. Muerto Gamazo en Noviembre de 1901, Maura se enfrentó abiertamente con Sagasta, o más bien con lo poco que del viejo león político quedaba. Silvela —al frente de los conservadores— y Maura coincidían en su ataque frontal al Gobierno, lanzando el mallorquín su “revolución desde arriba”. Cuando Sagasta intentó —por última vez— que Maura colaborara con él, éste se negó.

En Diciembre de 1902 Maura llegaba a Gobernación, con los conservadores en un Gabinete, breve como todos, presidido por Silvela, encargado de proponer al Rey la disolución de las Cámaras —por vez pri-

mera en su reinado— y de celebrar nuevas elecciones. Estas se celebraron con la más exquisita neutralidad gubernamental, insólita rectitud que provocó la crisis tanto en el Gobierno como en el partido, y el desagrado en Palacio, al triunfar los republicanos en Madrid, Barcelona y Valencia. En Octubre de 1903, Silvela, enfermo, se retiraba definitivamente de la vida pública con sus célebres palabras ante los diputados: “Tened caridad al juzgarme por el único acto del que me considero culpable: el de haber tardado en declarar que no tenía condiciones para gobernar”. Los ojos conservadores quedaron puestos en Maura. El Gabinete de Fernández Villaverde, puente entre el de Silvela y el de Maura, duró poco. El 6 de Diciembre de 1903 Maura alcanzaba la Jefatura del Gobierno. Pero no por ello el político mallorquín dejó de ser zarandeado. Desde los liberales, por ser ahora conservador. Desde algún sector conservador —los partidarios de Villaverde primero, el propio Silvela después— porque Maura suponía rectitud total en material electoral, aún a costa de los resultados, lo que le hacía aparecer como de dudoso fervor monárquico. Pero, de momento, poco a poco, Maura se impondría, y su liderazgo en el Partido se afianzó.

No fue fácil para Maura su primera etapa al frente del Gobierno. Ni él era personalmente una persona fácil ni sus adversarios políticos le dieron facilidades. Pronto estallaron las dos batallas principales del período: el tema de los suplicatorios —en el que Maura pretendía acabar con el abuso de la inmunidad parlamentaria del que hacían gala varios diputados, Blasco Ibáñez, entre otros y sobre todo— y la cuestión Nozaleda, al que la oposición vetaría como Arzobispo de Valencia por su anterior actuación en Manila. Lo que entonces se llamó “affaire Nozaleda” fue un arma tonta, lanzada por la oposición —Romanones— de modo absolutamente frívolo. Pronto se dio cuenta el Conde de lo poco afortunado de su actitud, tal como reconoció casi de inmediato, y al cabo de los años —como él mismo confiesa en sus Memorias— tal reconocimiento de error se convirtió en auténtico remordimiento. Pero de momento ya estaba la mecha ardiendo, y Maura había caído en la trampa, al anunciar —en el Congreso— que Nozaleda entraría en Valencia a punta de bayoneta, si fuera preciso. Poco importa que la crisis final del primer Gobierno Maura se produjera por uno u otro motivo. Parece que el desencadenante fue un enfrentamiento con el Rey por un alto nombramiento militar. Hast 1907 no volvería Maura a ocupar la cabecera del bando azul, del Gobierno, en el Congreso.

Desde Mayo de 1902, —mayoría de edad de Alfonso XIII, y comienzo, por tanto de su reinado efectivo—, hasta Enero de 1907, inicio del “Gobierno largo” de Maura desfilaron catorce Gobiernos distintos, con

lo que esto significaba de inestabilidad, siempre peligrosa para el régimen político al que afecta.

El 25 de Enero de 1907 comenzaba el segundo período de Antonio Maura como Jefe del Gobierno. La duración de ese Gabinete, extraordinariamente extenso para lo que la vida política del momento acostumbraba, hizo que pasara a la Historia como "el Gobierno largo". Fue ésta, sin duda, la etapa más brillante del reinado efectivo de Alfonso XIII. Solamente puede equipararse con el posterior Gabinete presidido por Canalejas. La eficacia y el realismo —vieja idea de Maura: la conexión de la España oficial con la real— prevalecieron sobre la disquisición bizantina y la discusión de cortos vuelos. El afán de servicio al país, la dedicación a la gobernación del mismo, estuvo por encima de la mezquina ambición personal. Todas las posibles características del "Gobierno largo" sirven de contrapunto para caracterizar los Gobiernos anteriores. El decisivo entendimiento —no exento de algún recelo— entre Maura y Cambó, plasmado en su proyectada reforma de la Administración Local, podría servir para resolver el problema regional, especialmente el catalán, viejo pleito latente en el ser de España desde el comienzo del siglo XVIII.

Pero la obra del "Gobierno largo" iba a quedar interrumpida en su momento más febril. El anarquismo se lanzó a la calle, y el conflicto alcanzó especial virulencia en Barcelona, atizado por la Escuela Anarquista fundada por Francisco Ferrer Guardia. De alguna manera el inicio del conflicto de 1909 tenía alguna reminiscencia en la Historia pasada. Si en 1820 las tropas se negaron a embarcar hacia América, en donde el proceso emancipador iba en claro auge, casi cien años más tarde, el problema lo planteaban —aunque como simple detonante— los soldados que embarcaban hacia Marruecos, en donde había comenzado una de las sangrías más largas y dolorosas —y en algunos casos más heroicas— de nuestro Ejército.

Dada la ineficacia manifiesta del Gobernador Civil de Barcelona, Osorio y Gallardo, hombre prominente en la futura República, —que veía desde el Tibidabo cómo Barcelona se convertía en una ciudad terrorífica y atemorizada—, desde Madrid, La Cierva actuó con energía, y el estallido fue, al fin, dominado. Detenido y condenado a muerte el cabecilla Ferrer Guardia, se desató la campaña exterior e interior contra el Gobierno, vieja historia repetida varias veces. La campaña, como tal y como siempre, era inexplicable, salvo si se tiene en cuenta la falta de popularidad del Gabinete, debida, en buena parte, al desprecio con que Maura trató su propia imagen pública, en especial a lo que a la prensa se re-

fiere, y si se pondera la tradicionalmente eficaz acción de la masonería internacional, que estuvo en este tema especialmente activa.

Alfonso XIII, contagiado del ambiente, envió a la Cortes al Conde de Serrallo —hombre de Palacio— para que viera lo que allí pasaba durante la discusión de lo acaecido en Barcelona. La atmósfera del Parlamento era irrespirable, aunque desde la cabecera del banco azul, Maura se defendía bien. Más le preocupaba al Presidente lo que aquí ocurría que los ataques desde el exterior.

El Rey había ratificado a Maura su confianza muy pocas horas antes, pero, sin duda, se atemorizó por lo que Serrallo, debió contarle. La visita de Maura al Palacio Real, al día siguiente, comenzó con estas palabras del Rey: “¿Qué le parece a usted Moret como sucesor?”. La entrevista fue contada al momento por Maura a su hijo mayor, y éste la dejó escrita en obra conjunta con Fernández Almagro.

El juicio posterior sobre la crisis de 1909 ha ido clarificándose con el transcurso del tiempo. Fue un error, inducido por el muy cargado ambiente anti-Maura que se respiraba, el obligarle a cesar, y tal error fue denunciado al propio Alfonso XIII por su madre, que fue una de las pocas cabezas claras y frías en medio de tanta pasión. Años más tarde, y en plenas Cortes Republicanas, Azaña no escatimó el reconocimiento a la actitud de la Reina madre, e, indirectamente, a Antonio Maura. Este reaccionó como su carácter le aconsejaba y, en poco elegante gesto, rechazaba el Toisón de Oro.

La crisis de 1909 liquidaba, de hecho, la vida política de Maura. Más por espíritu de servicio y por sacar al Rey del atolladero que por convicción, aceptó presidir el Gobierno en otras tres ocasiones más: la primera fue en Marzo de 1918. La confusión política era indescriptible. El país se hallaba prácticamente colapsado por una huelga casi general, y Maura aceptó la Jefatura del Gobierno, tras una reunión de emergencia en Palacio, presidida por el propio Rey, con asistencia, además de Maura, de Romanones, García Prieto, Alba y Cambó. Fue el llamado “Gobierno nacional”, en el que quedaban representados los dos partidos históricos. Pero el acuerdo fue limitado, y, aplacada la conmoción nacional, a comienzos de Noviembre, la vida del Gobierno Nacional tocó a su fin.

La segunda ocasión fue efímera. Maura formó Gobierno en Abril de 1919, con el Decreto de disolución de Cortes. Celebradas las elecciones con el triunfo liberal, Maura dimitía a mediados de Julio.

La última vez que Maura presidió el Gobierno fue en no menos triste ocasión. Asesinado Dato en la madrileña Plaza de la Independencia el 8 de Marzo de 1921, el Rey encarga a Maura formar Gobierno, tras la breve interinidad de Bugallal. Fue en Abril de ese año. Pero Maura quería formar un Gabinete de concentración, como según él exigían las circunstancias. No fue posible, y declinó la invitación del Rey, esperando posterior ocasión. Esta llegó de inmediato, pues el Gobierno de Allende Salazar que sucedió a Dato, había quedado en entredicho por unas declaraciones de Martínez Anido, Gobernador de Barcelona, abiertamente enfrentado con el Gabinete. Fue en Agosto de 1921 cuando Maura formó su Gobierno de concentración, teniendo como telón de fondo la discusión sobre el Desastre de Annual. Pero el Gobierno no pudo sobrevivir a la obstrucción parlamentaria y a la intriga, y, pese a los éxitos militares, dimitió en Enero de 1922.

Pero con estas entradas y salidas del Poder no sólo se había desgastado Maura personalmente, sino su propio partido. El botón de muestra fue la crisis política de 1913. Muerto Canalejas forma un precario Gabinete el Conde de Romanones. Pero, aunque su precariedad pareciera indiscutible, y tuviera como única finalidad la aprobación de los presupuestos Generales del Estado para el año siguiente, 1913, el Rey ratificó su confianza en el Conde sin que mediaran las consultas habituales en estos casos.

La solución de la crisis —“la crisis del 13”— trajo como consecuencia la práctica eliminación de Maura en la vida política. El hecho ya explicado de que más tarde alcanzara en tres ocasiones la Jefatura del Gobierno no empaña la afirmación anterior. Herido por no ser consultado, en carta a Dato y Azcárraga expresa su amargo análisis: “liberales y demócratas se habituaron (desde antes del actual Reinado) a influir en las decisiones de la Corona con inminencias coactivas, si no con disturbios, prévaliéndose del cuidado que la Corona pone en no irritar a las facciones de la extrema izquierda... Del régimen ordenado por la Constitución nada queda en pie”. En definitiva —y como él mismo explica en su carta— decide no intervenir en una política que estimaba “funesta”.

Es evidente que la retirada de Maura no era fruto exclusivo de su enfado por la solución de la crisis posterior a la muerte de Canalejas. Su actitud venía de antes, de las primeras discrepancias con el Rey en el Gabinete de 1903. Porque también era cierto que, por muchas razones, Maura resultaba un hombre incómodo.

Con la crisis de 1913 el partido que fundara Cánovas queda deshe-

cho: antiguos canovistas —a los que alguien, en sorna, denominó los “Caballeros del Santo Sepulcro”— villaverdistas, mauristas, y datistas. Cuando Romanones dimite, en Octubre, a causa de una derrota en el Congreso, es Dato —ya no Maura— quien forma su primer Gobierno. Un Gobierno conservador. El partido había aguantado el formidable embate del asesinato de su fundador —Cánovas—, la incapacidad de Francisco Silvela para dirigirlo, la crisis de 1909 —consecuencia de la Semana Trágica—, que dejó al Jefe del Gobierno y del partido, Maura, tan mal parado. Pero a la crisis de 1913, producida en dos actos, Enero y Octubre, el partido no podría sobrevivir como tal. Por muchas razones, la crisis del partido conservador resultaba muy significativa, mucho más que la de los liberales.

La situación en el otro partido histórico —el liberal— era también complicada. El fundador del partido había muerto al poco tiempo de dejar la Jefatura del Gobierno que asistió a la mayoría de edad de Alfonso XIII, concretamente su fallecimiento se produjo el 5 de Enero de 1903. La herencia de Sagasta la disputan, en principio, Moret y Montero Ríos, gran amigo de Canalejas. Ambos formaron el partido liberal-democrático, en Noviembre de 1903. Dada la poca popularidad de Moret, puesta de manifiesto en la crisis de 1906, el liberalismo se agrupó en torno a Canalejas.

José Canalejas y Méndez había nacido en El Ferrol en 1854, y había obtenido su primera cartera ministerial en el Gabinete Sagasta de 1888, durante el Parlamento “largo”. Al igual que Maura, detestaba “la España oficial” buscando la “España real”. Y al igual que Maura, también pretendía la “revolución desde arriba”. Era enérgico, como Maura —y así lo había demostrado presidiendo el Congreso de los Diputados en 1906— y, al igual que el Jefe conservador, detestaba intromisiones en su actividad al frente del Gabinete. Precisamente el Gobierno que formó tenía una característica común con el “largo” de Maura: una gran homogeneidad —preferencia de la eficacia y honradez sobre la brillantez y el cabildeo— y una jefatura indiscutible.

El 9 de Febrero de 1910 llegaba a la Jefatura del Gobierno, recibiendo el encargo de formarlo tras la dimisión de Segismundo Moret. Como ocurriera con Maura, también Canalejas formó pronto su Gabinete. El gran afán de Canalejas en el Poder consistía en atacar los problemas reales del país. Maura no había logrado —se lo impedían tantas cosas— la conexión entre el Régimen y la realidad social del país, una conexión cada vez más imposible. Y a eso se dedicó Canalejas en la medida que pudo.

Su afán reformador, independiente en cuanto a ideologías y criterios, chocó con unos y con otros: las "derechas" y las "izquierdas"; no logró la sumisión de Moret y Romanones, ni —como ocurriera con Maura— quedó inmune a un Parlamento conflictivo, pese a la mayoría gubernamental que lo formaba (213 diputados contra 106).

Los choques con los conservadores no tardaron en hacer su aparición, pues no faltaron motivos, varios de ellos más aparentes que reales. Tal fue el caso de la legislación del "candado". Por ella se trataba de impedir que se establecieran nuevas Ordenes Religiosas en España, mientras no hubiera una nueva Ley de Asociaciones. Si en el plazo de dos años no se promulgaba esa nueva Ley, la del "candado" quedaba sin efecto. Ni el tema era nuevo —tenía precedentes en los Gobiernos de López Domínguez, e incluso en el primero de Maura— ni, en la práctica era para tanto, como los más avezados sabían, pues era bastante difícil encontrar Ordenes Religiosas no establecidas en España. Era más bien una medida espectacular que real, muy en consonancia con las actitudes de "izquierda" propias de Canalejas. Este se defendió aduciendo que la Ley del "candado" era fiel trasunto del proyecto que Maura presentó ante el Senado, y que no pasó de ahí. Lo que calló entonces el Jefe del Gobierno —luego lo reconoció— es que Maura había comunicado su intención a la Santa Sede, lo que ahora se ocultaba, provocando la suspensión de relaciones diplomáticas con el Vaticano.

Pero Canalejas era un hombre independiente, y no se dejó desbordar por la izquierda. Establecido el servicio militar obligatorio, viajó con el Rey a Marruecos, dispuesto a acometer el problema. Ordenó ocupar Larache y Alcazquivir y negoció con Francia el Tratado por el que se establecía oficialmente el Protectorado español en Marruecos.

También la Administración Local fue objeto de atención del Gobierno de Canalejas, siguiendo muy de cerca lo iniciado por Maura, incluido su entendimiento, ahora mucho más efectivo, con Francisco Cambó, quien veía en el regionalismo el factor restaurador de España.

Pero lo más grave que tuvo que acometer Canalejas fue el problema social. También el político ferrolano lo había afrontado, enviando al Parlamento un Proyecto de Ley de huelga. También tenía su precedente en el Gobierno "largo", aunque la visión de Canalejas era, lógicamente, distinta. Para éste, tal como expresó en el Congreso dos escasos meses antes de morir mientras se discutía el Proyecto, la huelga es un instrumento de transacción de diferencias, de restablecimiento de la paz y normalidad sociales.

Sin embargo la situación de la calle no acompañaba los propósitos de Canalejas, torpedeados por continuas huelgas subversivas, alentadas por la izquierda antidinástica. Tres episodios sirven de botón de muestra.

A primeros de Agosto de 1911 se produce una sedición republicana a bordo del guardacostas "Numancia", que patrullaba a la altura de Tánger. La encabezaba el fogonero Antonio Sánchez Moya al que siguieron algo más de diez marineros. El hecho en sí careció de importancia. Bastó la actitud decidida del oficial de guardia para reducir a los sediciosos. Pero, como en 1909, las consecuencias —siempre las consecuencias— iban a ser incalculables. Canalejas, al igual que Maura, no dudó: Sánchez Moya fue fusilado, y los marineros que le siguieron condenados a prisión perpétua.

La sublevación del "Numancia" fue obra de un error de cálculo, como lo sería años más tarde la de Jaca. Sánchez Moya se adelantó al intento de sublevación general incubado por las huelgas iniciales en los primeros meses de 1911. En 1930 Galán se adelantó en Jaca a la sublevación general, al no haber sido informado de que ésta se había retrasado dado que la persona que había sido enviada para facilitar dicha información en la ciudad pirenaica —Casares Quiroga— se había detenido la víspera en Zaragoza para cumplir una imperiosa necesidad hispánica: la siesta.

La protesta por la represión de lo ocurrido en el "Numancia" no se hizo esperar. La reacción fue especialmente violenta en Barcelona y Valencia, y dentro de esta provincia, en Cullera, en donde fueron asesinados tres miembros del Juzgado —juez, actuario y alguacil— tras haber sido linchados conjuntamente con otros habitantes. La acusación de que los detenidos por el motin de Cullera habían sido objeto de malos tratos —médicamente desmentido— provocó que la protesta interna y externa —L'Humanité calificó a Canalejas de inquisidor, torturador y asesino— alcanzara cotas demenciales, pero no insólitas, pues cercana estaba la experiencia de 1909.

El tercer acto fue la huelga ferroviaria de finales del verano de 1912. Canalejas, que había asumido la cartera de Gobernación —el actual Ministerio del Interior— tampoco duda. Seguramente le pareció grave la medida que pensaba tomar, teniendo en cuenta su actitud política de liberal "de izquierdas", pero también tuvo en cuenta, indudablemente, que la medida en cuestión era la que había tomado dos años antes Aristides Briand —personaje nada sopechoso— en Francia. Canalejas deci-

dió la militarización de los Ferrocarriles como modo de afrontar la huelga. La ira de las izquierdas es fácil de imaginar. Por encima de partidos y opiniones Canalejas veía —como gran gobernante que era— el interés general, y actuó tal como él mismo había decidido. Previamente, en la reunión del 3 de Julio en el Congreso lo había dejado claro: “No puedo sustraerme a las mermas de autoridad... yo no puedo realizar mi política con distingos... Tengo compromisos con la Patria y con el Rey”.

Pese a la apariencia, Canalejas no era un hombre de hierro. Romanones, en su libro biográfico, afirma su veleidad de carácter. En dos años al frente del Gobierno, Canalejas había quedado física y psíquicamente agotado. No estaba de acuerdo con la organización del Senado, y quedó en el tapete la posibilidad de reformarlo, aprovechando la coincidencia en el tiempo con la Parliament Act de 1911, que reformaba la Cámara británica de los Loes. Tampoco podía mirar indiferente el creciente conciliábulo de Romanones con Moret, intrigando a espaldas suyas. Por todo eso Canalejas debió pensar que se aproximaba la hora del relevo. Y tal relevo lo tenía cifrado Canalejas en la persona de Maura. Si en 1881 fue Cánovas quien pensó en Sagasta, era ahora el liberal quien pensaba en el conservador. La supervivencia del Régimen y del sistema estaba fuera de toda duda. Ello no excluía otras aproximaciones, como la del reformista antidinástico Melquíades Álvarez, porque Canalejas pensaba, ante todo, en estabilizar el Régimen.

Quedaba al margen, de momento, el sector contrario al sistema situado en los extremos, especialmente Pablo Iglesias. De él decía Romanones que lo creía incapaz de desear el mal a nadie, pero su oratoria era absolutamente convincente y enardecedora. “Rompí —narra el Conde— para llamarle al orden varias campanillas, instándole a retirar o a explicar sus frases, negándose a ello tenazmente”. Sin duda recordaba Romanones aquellas tremendas palabras de Pablo Iglesias en el Congreso cuando se trató de la ejecución de Ferrer Guardia en la sesión de 9 de Julio de 1910. Palabras definitivamente amenazadoras contra Antonio Maura, y que a buen seguro impresionarían el ánimo de Canalejas: “Nuestra labor es impedir la vuelta del señor Maura al poder, y como el régimen protege al señor Maura, procuraremos derribar al régimen. Par impedir que el señor Maura vuelva al poder... mis amigos estaban dispuestos al atentado personal”. La amenaza no era bizantina. El 22 de Julio de 1910 Maura había sufrido un segundo atentado, igual que el primero, en Barcelona. En el de 1904 Joaquín M. Artal le apuñaló sin consecuencias. Ahora los tres tiros de Manuel Posá tampoco las iban a tener. Al día siguiente Canalejas, tras repudiar el atentado, hizo un cálido elogio de Maura. Todo esto explica aún más si cabe la importan-

cia que para Maura tendría la crisis de 1913, por la que esperaba volver a la Presidencia del Gobierno.

Pero toda la obra de Canalejas se vino abajo el 12 de Noviembre de 1912, poco antes del mediodía. Fue el último magnicidio español ejecutado individualmente. Esta vez el asesino se llamaba Manuel Pardiñas, natural de El Grado (Huesca). Actuó mientras Canalejas veía el escaparate de la librería San Martín, en la Puerta del Sol, cuando —sin escolta y solo— se trasladaba al Ministerio de la Gobernación, situado entonces en el lugar hoy ocupado por la Dirección de Seguridad. Con la muerte de Canalejas desaparecía también la viabilidad del sistema canovista, y, en definitiva el propio Régimen embarrancaba, porque Maura, pese a su enorme talla política no era la persona capaz de conectarlo con la situación real del país.

De la descomposición del Régimen da idea el hecho de que entre Noviembre 1912 y Septiembre de 1923 se suceden nada menos que diecinueve cambios en la Jefatura del Gobierno: Cambios que no personas, pues éstas se repiten en varios casos: Maura, García Prieto, Romanones, Dato, y Allendesalazar. Sólo dos gobiernos presididos por Romanones superan el año de duración. Por la Presidencia del Gobierno desfilan, además de los ya citados: Sánchez de Toca, Bugallal y Sánchez Guerra. Desde el punto de vista que nos interesa sólo hay un dato que resaltar: la crisis total de los partidos históricos. La historia de esos once años parece entresacada de una página de sucesos. Ni algo aparentemente tan positivo como la neutralidad española en la I Guerra, que produjo inmediatos beneficios, sirvió para evitar la crisis, por la esterilidad absoluta de la labor de gobierno.

El clima de crisis fue “in crescendo”, llegando así hasta 1921. En Marzo, y como se ha señalado antes, un comando anarquista asesinaba al Jefe del Gobierno, Dato, en la madrileña Plaza de la Independencia. El 21 de Julio, estando el Rey y el gobierno en Burgos, con ocasión de celebrar un centenario de la Catedral, llegan a la capital castellana las primeras noticias que hablan de un enorme revés militar en el Protectorado marroquí: el hundimiento de la Comandancia Militar de Melilla, Monte Arruit, Annual. El hecho de que la persona sobre la que habían recaído las culpas —el General Fernández Silvestre, Comandante de Melilla— fuera amigo personal de Alfonso XIII y de que éste pronunciara sendos discursos en Córdoba y Burgos reclamando enérgicas acciones de Gobierno, bastó a los antomonárquicos para atribuir al Rey el desastre militar, que, en realidad se debió, al parecer, a una dudosa acción del propio Silvestre. Lo cierto es que, según se supo por el propio

Rey años más tarde, estuvo a punto de abdicar. Quizá la delicada salud del Príncipe de Asturias —D. Alfonso— le retuvo de tal decisión.

Conmocionado el país entero, el cataclismo militar llegó al Parlamento para depurar responsabilidades. El Congreso encargó al General Picaso que instruyera expediente sobre lo ocurrido. En la discusión parlamentaria se definieron varias posturas: acusar de prevaricación al Gobierno conservador de 1921 —presidido por Allendesalazar, sustituto del fallecido Dato—; pedir responsabilidades por la cuestión marroquí a todos los gobiernos desde 1902; y solicitar la separación del Ejército del General Dámaso Berenguer, Conde de Xauen, Alto Comisario de España en Marruecos cuando se desarrollaron los hechos.

La discusión parlamentaria del expediente Picaso ocupa las más bochornosas páginas del Diario de Sesiones del Congreso durante el reinado de Alfonso XIII. Hubo de todo, fielmente narrado y magistralmente comentado por Fernández Flórez en el tomo primero de sus "Acotaciones de un oyente". A nada se llegó tras casi dos años de discusión. Dimitado Allendesalazar, por la magnitud de lo ocurrido, le sucedió, en Agosto, Maura, y dimitido éste, en Marzo de 1922, ocupó la Presidencia Sánchez Guerra, quien apenas hizo nada que no fueran desafíos, bofetadas y desplantes, dimitiendo en Diciembre para dar paso al último Gobierno constitucional de la Monarquía, presidido por García Prieto, Marqués de Alhucemas, quien disolvió las Cortes, convocando elecciones generales para Abril del año 1923. Fueron las últimas elecciones al Parlamento constitucional, aquél que alumbraran Cánovas y la Comisión de Notables. Y si, años antes, con Romero Robledo en Gobernación se falsificaba impudicamente el sistema electoral —falseando actas por la actuación caciquil— se volvería a falsificar en estas últimas elecciones, esta vez con el Duque de Almodóvar del Valle en el ministerio entonces todavía situado en el kilómetro cero de España.

No cupo al Gobierno de Alhucemas mayor gloria que a sus predecesores. El asesinato del Arzobispo de Zaragoza, Cardenal Soldevilla, la continuación de la discusión de lo ocurrido en Annual, el intento de reforma constitucional —en especial a lo que al Senado se refería—, etc., ocuparon los nueve meses que pasaron —con mucha pena y poca gloria— entre Diciembre de 1922 y el 13 de Septiembre de 1923.

No es éste el sitio para analizar el período político protagonizado por Miguel Primo de Rivera, Marqués de Estella, Capitán General de Cataluña en el momento de dar el golpe de Estado. Lo que hoy —y sin pasión en ningún sentido— parece probado es que la situación anterior

al golpe era insostenible. Senado y Congreso quedaron disueltos. Sus Presidentes respectivos —Romanones y Melquíades Álvarez— acudieron a Palacio para entrevistarse con el Rey a los dos meses de la disolución, para recordar a Alfonso XIII, que, en virtud de la Constitución de 1876, artículo 32, tenía obligación de convocar las Cortes disueltas antes de que transcurrieran tres meses de la fecha de su disolución. Un periódico tan poco sospechoso como “El Sol” titulaba la información sobre la entrevista con esta frase: “Dos fantasmas en Palacio”. Y en esas mismas páginas Ortega y Gasset confesó el entroncamiento entre el advenimiento de la Dictadura y el estado de la opinión pública.

Sólo conociendo la personalidad del Marqués de Estella puede entenderse la Dictadura. De él escribe pluma tan autorizada como Pemán —pariente suyo— que le salían mejor las cosas cuando menos las pensaba. Su carácter extremoso convertía en defectos sus propias virtudes. Temible e ingénuo a la vez, personalmente honrado, locuaz; sus problemas advinieron desde varios frentes: la misma precariedad del régimen que encarnaba y que él mismo reconocía, su propia enfermedad física —falleció en París a menos de dos meses de dejar el poder—, la crisis económica internacional, por citar algunos. El 30 de Enero de 1930 Primo de Rivera ponía fin a su tarea política. No era una crisis cualquiera, sino la que iba a dar al traste con la Monarquía misma.

Cambó había escrito en 1929 algo elemental: que el problema de toda Dictadura es su salida. Su tesis era que la experiencia indicaba que —salvo excepciones— el fin de una dictadura coincide con la explosión de todas las pasiones disolventes que el régimen dictatorial ha comprimido. No puede pensarse en volver al sistema anterior a la Dictadura, pues si éste hubiera funcionado bien, aquélla no hubiera sobrevenido.

Contra lo que alguien opinó, el propio Primo de Rivera aconsejó —en nota escrita de puño y letra, que he tenido ocasión de ver reproducida— cómo posibles sustitutos a Barrera, Martínez Anido y Berenguer, entonces Jefe del Cuarto Militar del Rey. Años más tarde, en el exilio, Alfonso XIII confesaba a Cortés Cavanillas que la “solución Berenguer” se la habían aconsejado también Romanones y el primogénito de Maura, Gabriel, Duque de Maura, cuyo padre había fallecido durante la Dictadura.

Berenguer aceptó sólo por obediencia al Rey, como afirma en sus Memorias. Carecía de interés político, y su único afán era solucionar la crisis. De las varias posibilidades, éstas tres se ofrecían como más importantes:

1ª) La inmediata convocatoria de las Cortes constituyentes, que defendieron con sendos libros García Gallego y Francisco Villanueva. Opinaban que disueltas las Cortes ordinarias al advenimiento de la Dictadura se hacía necesaria la consulta al pueblo. “No es la Constitución de Cánovas la que está sobre el pueblo español, sino que es el pueblo español el que está sobre la Constitución de Cánovas”, diría García Gallego.

2ª) Otra solución planteaba el cambio total de Régimen al acabar la Dictadura. Pero era una opinión minoritaria. En republicanismo estaba muy dividido —y lo estará hasta verano del 30 o entrado el 31— y el socialismo —el grupo revolucionario más fuerte— había visto resquebrajarse la unidad por la colaboración de un sector del Partido con la Dictadura, hasta tal punto que Largo Caballero —pocos años más tarde “el Lenin español”— llegó a ser Consejero de Estado con Primo de Rivera.

3ª) La tercera solución —la de simple continuidad— tenía pocos partidarios, pero es la que, en definitiva, prosperó. Los partidos monárquicos deshechos, las asistencias precarias y escasas, tenso el país, Dámaso Berenguer, Conde de Xauen, se aprestó a volver a la “normalidad constitucional”.

El Gobierno Berenguer constituía un grupo homogéneo, no brillante, apiñado en torno a un jefe, de muy elemental visión política, pero dispuesto a poner por obra lo que habían decidido: que cuanto antes funcionaran los órganos constitucionales de 1876, especialmente el Parlamento, sin perjuicio de que más tarde se hicieran las oportunas reformas constitucionales. Por ello el Gobierno anuncia su decidido propósito de convocar primero elecciones generales —lo que se haría más tarde fijándose los comicios para diputados el 1 de Marzo de 1931 y para senadores el día 15, convocándose Cortes para el día 25 de Marzo— y después las municipales y provinciales. La convocatoria había aparecido en Real Decreto publicado en la Gaceta, de 8 de Febrero de ese año, acompañado de otro por el que se restablecían las Garantías del artículo 13 de la Constitución “sin que al hacerlo así desconozca el Gobierno la posibilidad dolorosa de que tal medida, encaminada a una propaganda lícita con vistas al sufragio, se convierta en instrumento de las pasiones y rencores que aspiran a impedirlo”.

Parecía que —al fin, tras un año— Berenguer iba a salir adelante en su propósito manifestado al ocupar el poder: volver a la normalidad constitucional. Pero era sólo apariencia de éxito; se trataba de un papel que nacía muerto, de una convocatoria de unas elecciones que, cuando

se convocaron, ya se suponía que no se celebrarían jamás.

Fue Mola —Director de Seguridad entonces— quien calificó a los quince meses que median entre Enero de 1930 y Abril de 1931 como “El derrumbamiento de la Monarquía”. Desde que Berenguer anunció su propósito, fue torpedeado, y no desde los extramuros del Régimen, sino desde dentro. La polémica sobre la necesidad de hacer el ciclo electoral completo era bizantina. Los episodios de Jaca —con Galán y García Hernández a la cabeza— y Cuatro Vientos —con Ramón Franco y Queipo de Llano al frente— no pasaron de ser intentos republicanos, que se hubieran olvidado, de no ser porque el juicio a sus responsables se convirtió en un proceso al Régimen mismo (el “mitin de las Salesas”, sede del Consejo Supremo de Justicia Militar).

Los partidos antimonárquicos —también bastante desunidos— habían llegado a un acuerdo de base en el Pacto de San Sebastián. Pese a que durante mucho se creyó que tal Pacto era un documento escrito, que una y otra vez fue citado como tal en las Constituyentes republicanas —hasta tal punto que Fernández Flórez le llamó “un fantasma en la Cámara”— se trató de una simple forma de contacto verbal, al igual que ocurriera con el Pacto de El Pardo, ya citado. Hoy, lo ocurrido en San Sebastián está claro: se reunieron los representantes de los grupos republicanos el 17 de Agosto de 1930, en plena Semana Grande Donostiarra, para no levantar sospechas, en un entresuelo de la calle Garibay, cercana a la bahía easonense. Al encuentro acudieron: Azaña, por la Alianza Republicana; Lerroux por el Partido Radical, el republicanismo clásico y moderado lejanos ya aquellos tiempos en que D. Alejandro, “el emperador del Paralelo” interviniera en la Semana Trágica barcelonesa; Domingo y Albornoz, por los radical socialistas; Casares Quiroga por la ORGA y los representantes de la Esquerra Catalana: Mallol, Aiguadé y Carrasco Formiguera.

No acudieron los Socialistas —que aún no habían definido su posición— ni los Federales, que adujeron estar en un Congreso, lo que resultó falso.

Sin demasiada cohesión interna, ni gran número de partidarios, el republicanismo quedaba suficientemente preparado para asaltar el Poder, en vista del vacío que pronto iban a provocar los gobernantes monárquicos.

El inicio de 1931, cuando el Gobierno anunció la inminente aparición en la Gaceta de la convocatoria de elecciones, fue políticamente

asombroso. Los primeros cronológicamente en anunciar su abstención fueron Sánchez Guerra, Villanueva, Melquíades Alvarez, Bergamín y Burgos Mazo que habían formado el grupo constitucionalista, más conocido por “el quinteto del Ritz”, su lugar de reunión. A esa primera abstención replicó Berenguer con amargura “No se puede torcer en una sobremesa el curso de la marcha de un país cuando éste pide con urgencia que se le reintegre en el pleno uso de sus derechos de ciudadanía”.

El Gobierno decidió garantizar la sinceridad de las elecciones constituyendo el Tribunal de Actas, dependiente del Supremo, y anuló el artículo 29 de la Ley Electoral vigente —la de Maura de 1907— que hacía equivaler la proclamación de candidatos a la elección cuando en una circunscripción el número de candidatos proclamados igualaba al de las vacantes a cubrir.

Al día siguiente de publicar la Gaceta la convocatoria de elecciones, los liberales, presididos por Romanones, anunciaron su propósito de concurrir a las mismas, con el deseo de pedir en el Parlamento la convocatoria de Cortes constituyentes, y la disolución inmediata del que se fuera a elegir en Marzo. A última hora del 13 de Febrero, Romanones logra disuadir a Berenguer de su intento. Este desasistido también por los conservadores, que teóricamente comandaba Bugallal, dimite. El Conde le ofrece un puesto —Ministerio de la Guerra— en un Gobierno que pretendía ya organizar, presidido por el Almirante Aznar.

Planteada la crisis, su solución fue larga y trabajosa. Se volvió al sistema de consultas interrumpido con la Dictadura. De la inercia política del momento da una idea el hecho, muy conocido y no por ello menos elocuente, de que Sánchez Guerra, uno de los consultados, fue a la Cárcel Modelo a ofrecer carteras ministeriales a los miembros del Comité republicano allí detenidos, lo que hizo exclamar a Largo Caballero: “se ve que en las alturas han perdido la cabeza”.

El encargo de formar gobierno vino a parar, en definitiva, al Capitán General de la Zona Marítima de Cartagena, almirante Juan Bautista Aznar. En la práctica, la cabeza del Gabinete iba a ser el Conde de Romanones, figura clave del período, sobre todo si se tiene en cuenta que, si en el último gobierno monárquico fue su jefe real, en el primer gabinete republicano le unía una estrecha amistad con su jefe, Niceto Alcalá Zamora, ya que fue antiguo pasante de su bufete.

El Gabinete Aznar era un heterogéneo conjunto, compuesto —a diferencia del de Berenguer— por políticos de gran talla individual. Pero,

también a diferencia del Gabinete Berenguer, sin cohesión interna y sin un Presidente que realmente mandara, ya que, cuando el almirante fue llamado a gobernar, estaba —en afortunada frase del Duque de Maura y Melchor Fernández Almagro— “geográficamente en Cartagena y políticamente en la Luna”.

Paradójicamente, y pese a estar presidido por un almirante, el Gobierno fue a la deriva. Los sucesos del 25 de Marzo en la madrileña Facultad de Medicina de San Carlos, en los que murieron un obrero y un guardia civil, Hermógenes Domínguez, —lo que provocó la muy famosa portada de ABC— sirvieron para demostrar la inexistencia de Jefe de Gobierno y del Gabinete mismo.

A consecuencia de los sucesos, los enemigos del Régimen tuvieron suficiente oportunidad para dirigir sus ataques contra el Gobierno, el Director General de Seguridad —Mola— y las fuerzas del orden. El Gobierno no supo defender la actitud de Mola y éste, lógicamente ofendido por el desaire, presentó su dimisión, que no fue aceptada. Cuando acudió a presentarla al despacho de Aznar... “le encontré leyendo un libro que se me antojó una novela. Esta afirmación mía no es gratuita. Un día, estando en prisiones militares el General Berenguer y yo, el Almirante Aznar nos dijo, comentando los sucesos del 12, 13 y 14 de Abril, que le habían cogido tan de improviso que precisamente tenía dedicada su atención a una novela”, titulada, por cierto, “Roccambole”.

El 3 de Marzo de 1931 se publicaba en “La Gaceta” el Real Decreto por el que se anulaban las elecciones parlamentarias ya convocadas por Berenguer, y se resolvía la polémica sobre el ciclo electoral con el criterio opuesto al sostenido por Berenguer de hacer en primer lugar las elecciones parlamentarias, es decir, convocando elecciones escalonadas: primero las municipales, que se celebrarían el 12 de Abril; el 3 de Mayo las provinciales; y el 7 y 14 de Mayo las de diputados y senadores respectivamente. Sabido es que sólo se celebrarían las primeras.

La historia de las elecciones del 12 de Abril está ya —a bastantes años vista— muy clara. Lo importante no fue el resultado material de las mismas, el número de votos, monárquicos a fin de cuentas, sino la calidad de los mismos. De 28.025 concejalías totales, 22.150 se habían cubierto por monárquicos. Pero, examinando los resultados en las capitales, de 1.724 concejales elegidos, sólo 467 eran monárquicos. El testimonio escrito del ministro de Gobernación, Marqués de Hoyos, es preciso y veraz.

Sobre el significado de las elecciones, la opinión de Sevilla Andrés es exacta: “No cabe negar que al hombre informado de los núcleos urbanos de importancia le llegó bien claro el significado que la conjunción republicano-socialista daba a las elecciones... La absurda miopía de los viejos políticos les llevó a plantear la lucha en el terreno en que el adversario maniobraría mejor. Si perdían las elecciones habían fracasado en una “consulta administrativa”; si ganaban era un plebiscito. Y, realmente, la consulta se planteó plebiscitariamente”.

El 12 de Abril los monárquicos —acéfalos en sus “partidos”— fallaron: en el Distrito madrileño de Palacio y en el barcelonés de Pedralbes se votó republicano. No deja de resultar significativo que el día de las elecciones —domingo— hubiera bastante gente que saliera en coche al campo a primera hora de la mañana, porque en Madrid un día de elecciones resultaría “molesto”. Presumiblemente esos votos que se perdían por la salida al campo, eran monárquicos. El testigo es importante: el último alcalde monárquico de Madrid, Ruíz Jiménez, quien hacía el trayecto en dirección contraria, precisamente para dirigirse a votar.

Las horas posteriores al 12 de Abril demostraron la inexistencia de Gobierno y de clase política monárquica. Antes de que se conocieran los resultados ya se habían producido claudicantes iniciativas: Sanjurjo, Berenguer, el propio Aznar, etc... narradas con precisión cronométrica por Jesús Pabón.

Como justamente opina Carr: “los Regimenes suelen ser derrocados porque quienes gobiernan el sistema han perdido la confianza en sí mismos y, consiguientemente, carecen de músculo político y de fuerza para sostenerse. Capaz de resistir un golpe militar mal planteado, sin duda, en Diciembre de 1930, la Monarquía no pudo, en cambio, resistir esta erosión del sentimiento monárquico. La falta de entusiasmo entre la opinión pública, más que la fuerza de los grupos políticos que habían pactado en San Sebastián en el verano de 1930, demostró al cabo ser fatal”.

Lo que ocurrió es que la confianza y el entusiasmo se venían perdiendo desde bastantes años atrás. De alguna manera, y con matices, la historia de 1868 se repetía.

BIBLIOGRAFIA

- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.
- ARAQUISTAIN, L.: "El ocaso de un Régimen". Madrid, 1930.
- BERENGUER, Dámaso: "De la Dictadura a la República". Madrid, 1935.
- CAMBO, Francisco: "Las Dictaduras". Madrid, 1929.
- CANOVAS CERVANTES, S.: "Apuntes de "Solidaridad Obrera": Proceso histórico de la Revolución española". Ediciones C.R.T., Barcelona, 1926.
- CARR, Raymond: "España 1808-1939". Barcelona, 1968.
- CIERVA, Juan de: "Notas de mi vida". Madrid, 1955.
- COMELLAS, José Luis: "Historia de España Moderna y Contemporánea". Madrid, 1972.
- CORTES CAVANILLAS, J.: "Alfonso XIII en el destierro". Madrid, 1933.
- FERNANDEZ FLOREZ, W.: "Acotaciones de un oyente". Madrid, 1962.
- GARCIA GALLEGO, J.: "Los caminos de la normalidad". Segovia, 1928. "Necesidad de Cortes". Valladolid, 1930.
- GUTIERREZ RAVE, E.: "España en 1931". Madrid, 1932.
- HURTADO, Amadeu: "Quaranta anys d'advocat". Barcelona, 1968.
- LOPEZ OCHOA, Enrique: "De la Dictadura a la República". Madrid, 1930.
- MAURA Y FERNANDEZ ALMAGRO, G. (Duque de Maura): "¿Por qué cayó Alfonso XIII?". Madrid, 1948.
- MOLA VIDAL, Emilio: "Lo que yo supe". "El derrumbamiento de la Monarquía" (en "Obras Completas", Valladolid, 1940).
- PABON, Jesús: "Cambó". Barcelona, 1969.
- PEREZ DELGADO, Rafael: "Antonio Maura". Madrid, 1974.
- RECASENS SICHES: "El poder constituyente", Madrid, 1930.
- REDONDO GALVEZ, G.: "Las empresas políticas de Ortega y Gasset". Madrid, 1970.
- ROMANONES, Conde de: "Notas de una vida" (en "Obras Completas". Madrid, 1949).
- SECO, Carlos: "Historia de España". Tomo VI: Epoca contemporánea. Instituto Gallach, Barcelona, 1968.
- SEVILLA ANDRES, D.: "Historia política de España". Madrid, 1968.
- VILLANUEVA, Francisco: "El momento constitucional". Madrid, 1929.

APROXIMACION A UN CONCEPTO TECNICO DEL ORDENAMIENTO CIVIL

MIGUEL COCA PAYERAS
Profesor de Derecho civil

SUMARIO: 1.- EL TRADICIONAL PUNTO DE ARRANQUE: DUALIDAD PUBLICO-PRIVADO: 1.1.- La necesidad de elegir un concreto nivel de análisis como paso previo. Consecuencias de la elección de un nivel técnico. 1.2.- La noción de ordenamiento jurídico en los textos legales españoles: 1.2.1.- Tratamiento constitucional de las ideas de derecho objetivo y ordenamiento jurídico. 1.2.2.- El influjo institucionalista en la legislación y doctrina administrativista. 1.2.3.- La reforma del Título Preliminar del Código civil: las fuentes del ordenamiento. 2.- A LA BUSQUEDA DE UN CRITERIO TECNICO DE DISTINCION ENTRE EL ORDENAMIENTO PUBLICO Y EL PRIVADO: 2.1.- Inutilidad del criterio de la "materia". 2.2.- El criterio de la atracción reguladora de un conjunto de normas sobre otras: 2.2.1.- La atracción impropia. 2.2.2.- La atracción propia o atracción que provoca la residualidad de otro ordenamiento. 2.2.3.- El factor desencadenante de la atracción: cualificación de la personalidad jurídica. 3.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO-PRIVADO Y SU ESCISION: 3.1.- Ordenamiento patrimonial y no patrimonial: la actividad económica y su carácter general como factor desencadenante de la atracción tanto en el seno del ordenamiento público como en el del privado. La constitución económica. 3.2.- La atracción impropia del ordenamiento privado no patrimonial. 3.3.- Ordenamiento privado patrimonial general y especiales: 3.3.1. El factor determinante de la atracción: cualificación de la actividad económica. 3.3.2.- Breve reseña de los ordenamientos privados patrimoniales especiales: mercantil, laboral y agrario. 3.4.- La presión histórica de los ordenamientos privados patrimoniales especiales sobre el civil. Claves de interpretación: 3.4.1.- Relatividad y parcialidad del fenómeno. 3.4.2.- Ampliación, en dos frentes, de la entidad del ordenamiento civil. 4.- EL CONCEPTO TECNICO DEL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL. 5.- NOTAS EN TORNO A LA SUBDIVISION DEL ORDENAMIENTO CIVIL EN ORDENAMIENTOS ESPECIALES O FORALES.

1.-EL TRADICIONAL PUNTO DE ARRANQUE: DUALIDAD PUBLICO-PRIVADO

A la hora de iniciar una exposición relativa al concepto del Derecho civil, constituye un lugar común el remontarse en sede analítica a unas

categorías de mayor fuste que la que él representa, para descendiendo paulatinamente a través de otras intermedias acabar en ese concepto. Esa noción se obtiene, por lo tanto, a través de un escalonado proceso de fisión en el que el papel de célula madre lo juega la idea de Derecho objetivo y la primera partición la de Derecho público-Derecho privado. Enfoque entroncado, como se ha repetido hasta la saciedad, con el texto ulpiano recogido en el epígrafe 2, de la Ley 1, Título I, Libro I del Digesto: *huius studii duae sunt positiones...*

Sobre este texto, la doctrina analiza la evolución histórica de la dualidad, y los criterios que la han justificado: fundamentalmente, los denominados “del interés”, “subjetivo” y el “teleológico” (1). Con estos mimbres las elaboraciones divergen en sus enfoques y métodos pero acaban —en general— convergiendo en la insuficiencia de tales criterios por un lado, y por otro, en la escasa trascendencia actual de la bipartición obtenida de esa forma. Adviértase, cómo esta segunda consecuencia no es sino un corolario obligado de la primera. Si no es factible dar con la línea divisoria exacta entre dos nociones, la primera razón lógica que lo justifica es la escasa importancia de la división o incluso su inexistencia. Esta conclusión es formalmente inatacable, habida cuenta de los presupuestos de los que parte. Pero si se comienza por cuestionar el valor absoluto de los mismos, el resultado del estudio varía sustancialmente. Así, hay que estar de acuerdo en que a la luz de los criterios antedichos seguir entendiendo al Derecho público y al privado como íntimamente contrapuestos el uno al otro apenas puede justificarse hoy (2), en la medida

(1) Hago merced al lector de la exposición de cada uno de estos elementos de distinción, lo mismo que de otros ensayados por la doctrina. Cumplida información al respecto se hallará en: CASALS COLLDECARRERA, Miguel, voz “Derecho Privado” en *Nueva Enc. Jur. Seix*, tomo I, Barcelona. 1950, págs. 907-943 en donde sistematiza hasta diez teorías diferenciadoras; GARCIA PELAYO, Manuel voz “Derecho Público” en la misma obra y tomo, págs. 979-1007, quien recoge hasta trece; BONET RAMON, F. “Derecho Público y Derecho Privado” *Rev. Der. Priv.* 1955, págs. 631-654, con abundante bibliografía en la nota 1; JORDANO BAREA, J.B. “Derecho civil, Derecho Privado y Derecho Público” *Rev. Der. Priv.* 1963, pág. 868 y ss.; VILLAR Y ROMERO, J. M^a “La distinción entre derecho público y derecho privado” *Rev. Gen. Leg. y Jur.* 1942, tomo I, págs. 7-70; Más recientemente, cfr. LACRUZ, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona. 1982, págs. 19-39.

(2) Dice Martín BULLINGER, en *Derecho Público y Derecho Privado*. Madrid. 1976 (Traducción de A. Esteban Drake), que “Seguir entendiendo al Derecho público y al Derecho Privado como íntimamente contrapuestos el uno al otro apenas puede ya justificarse. Puesto que una equiparación valorativa de la diferencia entre Derecho público y privado con la contraposición de orden coactivo a un orden de libertad, de un orden del bien común a un orden del interés propio y egoísta o de una esfera estatal a un ámbito individual, una equiparación semejante no se corresponde con la usual división dualista de la dogmática jurídica y puede conducir por ello a confusiones de importancia...” (pág. 165).

en que son fruto de una desordenada acumulación histórica y que como tales parcialmente justificaron en sus respectivas épocas la dualidad (3). Pero en lo que hay que discrepar es en que la deducción inmediata a esa afirmación estribe en negar entidad "jurídica" a la diferenciación (negarle, en suma, operatividad desde la óptica jurídica), arrinconándola a los meros efectos pedagógicos o doctrinales (4).

El propio KELSEN en su *Teoría pura del derecho*. México. 1979 (Traducción de R.J. Vernengo), págs. 287-288, pone en claro cómo la teoría pura del derecho relativiza la contraposición público-privado, "convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional" convirtiéndola de "una división extrasistemática —es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado— en una distinción intrasistemática, conservándose justo así como una ciencia que no se disuelve en la ideología ligada a la absolutización de esa cuestionable oposición...".

(3) Precisamente, el relativismo histórico de la distinción, conectado a la evolución de los modelos de producción y a la misma organización político-social, hace inútil la adopción de tales criterios en términos absolutos tanto individual como acumuladamente. Sobre esa conexión, y a modo de ejemplo, cfr. GALGANO, F. *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*. Bologna. 1978, págs. 37-44; RODOTA, S. "Ipotesi sul diritto privato" en *Il Diritto privato nella società moderna*. Bologna. 1971, págs. 15-27.

Ponen de relieve explícitamente la carencia de valor abstracto de la distinción y su relativismo histórico: CERRONI, U. "Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico" en *Atti del IV Congresso Nazionale di Filosofia del diritto*. Milano. 1960, págs. 355-365; CALASSO, F. "Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico" en *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, vol. I, Milano. 1943.

No hay que olvidar, cómo la relatividad histórica en la que se mueven los criterios de distinción entre lo público y lo privado, acaban por relativizar igualmente las clasificaciones subsiguientes y en último término el concepto de Derecho civil. Si para muestra vale un botón, recordemos cómo en ocasiones se cita como el primer texto en el que aparece la noción de "Derecho civil" en nuestro país, la obra de Ignacio JORDAN DE ASSO y Miguel DE MANUEL *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, cuya primera edición está fechada en Madrid a 1775. Este texto, que sirvió como tal en las universidades españolas durante bastantes años, nada tiene que ver en su contenido global con lo que hoy calificaríamos de "Derecho civil". En la nota inicial ("Al lector"), ya aparece una primera pista del sentido que tiene en la obra la idea de derecho civil (pág. IV, edición citada): "El fin, pues, de estas Instituciones es presentar las verdades, y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar Leyes del Derecho Romano...".

Esta sinonimia entre "Derecho civil" y "Derecho español" por contraposición al "Derecho romano", aparece nuevamente en la "Introducción", pág. 73 en donde se trae a colación como principio extraído del *Fuero Juzgo*, "Que solo obliguen las leyes civiles del Reyno y no otras extrañas...". E implícitamente en los Títulos que contienen los tres Libros en que se divide la obra, entre los que se incluyen algunos como "De los Delitos, y Penas en general" (Tit. XIX, Libro II), "Proporción que establecen las Leyes de Castilla entre los delitos y las penas" (Tit. XX, Lib. II), o los once títulos del Libro III que conforman lo que hoy llamamos "Derecho procesal civil y penal".

(4) Postula tal arrinconamiento, BULLINGER, M. *op. cit.*, págs. 170 y 171. Esta actitud tiene su justificación en la previa construcción de una nueva categoría ("Derecho común") superadora de la dualidad (*vide*, págs. 120-156).

1.1.- *La necesidad de elegir un concreto nivel de análisis, como paso previo. Consecuencias de la elección de un nivel técnico*

El círculo cerrado antes descrito, entiendo que debe intentar romperse mediante la búsqueda de sentido actual a la bipolaridad. Y para tal fin es menester ante todo resolver cual es el nivel de análisis en que pretendemos movernos y, por tanto, resolver el problema. El abanico de posibilidades es vasto: se puede intentar una solución desde el plano histórico, o desde uno filosófico, o más concretamente desde uno de lógica jurídica, o desde uno de estricta técnica jurídica (5). Precisamente éste último es el elegido y el que voy a desarrollar en adelante. Ello, ni significa que desdeñe las importantes aportaciones que en la doctrina española y extranjera se han llevado a cabo desde ópticas diferentes, ni tampoco significa que quien esto suscribe crea que este es el plano que agota la explicación de lo que sea el Derecho civil, ni siquiera significa finalmente que éste sea el camino que puede arrojar mayor luz. El concepto de Derecho civil, como cualquier concepto atinente a realidades jurídicas presenta connotaciones ideológicas, socioeconómicas, culturales... etc., y sería una inconsciencia pretender abarcarlas todas en el ámbito técnico en que he decidido situar la investigación. Estamos pues, ante una elección de método que en ningún caso puede abocar en "el" concepto del Derecho civil, sino más modestamente en "un" concepto técnico del mismo.

En otro orden de cosas, la antecitada elección arrastra necesariamente dos secuelas fundamentales e interrelacionadas. Para empezar, tenemos acotado el campo de trabajo. Se trata de averiguar el sentido que tiene, en principio, la dicotomía público-privado en un ordenamiento jurídico concreto y en un instante preciso: el ordenamiento jurídico español vigente. Consecuentemente, cualquier criterio de distinción que siendo técnico no pueda, empero, predicarse de nuestro ordenamiento jurídico, o viceversa, que pueda predicarse de nuestro ordenamiento pero que no sea técnico, carecen de utilidad para nuestra labor. Es de esta forma có-

(5) Este abanico de posibilidades lo advierte, entre otros, PUGLIATTI, S. voz "Diritto pubblico è privato" en *Enc. del Dir.*, vol. XII, pág. 736. Sobre esta base, PUGLIATTI se decanta por la misma vía o método que nosotros, pero los resultados finales acaban siendo harto distintos por dos motivos. Ante todo porque él opera sobre un ordenamiento jurídico distinto como es el italiano. Y en segundo lugar, porque a pesar del punto de partida que toma acaba sirviéndose del criterio del interés, con las contradicciones que de ello resultan.

Antes de PUGLIATTI, ya puso en guardia a la doctrina sobre la variedad de puntos de vista posibles sobre el tema, Georges SCELLE en "Le droit public et la théorie de l'Etat" en *Introduction à l'étude du droit*, tomo I. París. 1951, pág. 23 y ss.

mo pierden trascendencia los tradicionales criterios divisores antes enunciados. En tanto que nociones al margen del ordenamiento, no conformadas por él, son perfectamente marginales en el nivel de análisis adoptado, un análisis que parafraseando a Kelsen podemos decir que es únicamente "intrasistemático" (6).

1.2.- *La noción de ordenamiento jurídico en los textos legales españoles*

Habrá apreciado el lector que, una vez elegida la senda técnica, he comenzado a hablar de "ordenamiento" en lugar de "derecho", lo que equivale a sustituir la idea de "derecho objetivo" por la de "ordenamiento" en el papel de célula madre antes relatado. Justo es cuestionarse si tal variación terminológica se cifra únicamente al campo gramatical o si esconde razones jurídico-positivas de importancia.

1.2.1.- *Tratamiento constitucional de las ideas de derecho objetivo y ordenamiento jurídico*

Una ojeada al texto constitucional, pone de relieve la escasa atención que merece la noción de "Derecho objetivo", si se compara con la dispensada a la de "Ordenamiento jurídico". Aquel punto de partida del que la doctrina emergía para, remontándose, llegar al Derecho civil, ha sido desplazado por el más técnico de "ordenamiento". Con éste, se abre — adviértase la trascendencia del hecho — la Constitución (art. 1,1), fijando sus valores superiores. Posteriormente y a lo largo del texto tomamos con el vocablo en los arts. 9,1 96,1 y 147,1. Puestos a ser muy meticulosos puede percibirse, además, una especie de discriminación terminológica entre esa idea "moderna" de ordenamiento y la arrinconada de derecho objetivo (7). Se cifra tal discriminación en que cuando se alu-

(6) Otra consecuencia de este planteamiento es la exclusión del campo de estudio de las creaciones normativas de los particulares, pseudonormas o normas no generales. O sea, todos aquellos casos en que los particulares crean reglas de conducta carentes (por ser creadas por ellos) de la nota de "generalidad" pero que sin embargo son aplicables por el Juez para resolver un conflicto de intereses entre las partes que las crearon. En el ámbito del ordenamiento civil, el ejemplo paradigmático es el contrato que actúa como regla de conducta entre las partes contratantes, ya que *ex art. 1091 C.c.* tiene "fuerza de ley" entre ellas. Junto al contrato, podemos citar el testamento, o el convenio colectivo. Tomando éste como base Widar CESARINI SFORZA, calificó al conjunto de tales reglas como "Derecho de los particulares" (*Diritto dei privati*), en su obra *Il diritto dei privati*, cuya primera edición es de 1929. En la pág. 3 de la edición de Milán, 1963, lo define como: "quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale". Esta nota de colectividad, estrecha la noción que con mayor radio de acción he dado al principio.

(7) El calificativo "moderna" aplicado a la idea de "ordenamiento" no deja de ser un eufemismo, ya que la obra de Santi ROMANO *L'ordinamento giuridico* base de la co-

de al conjunto de normas y reglas jurídicas promulgadas a partir de la Constitución y de ámbito estatal se habla de ordenamiento (Tal sucede en el art. 1,1 en donde "su ordenamiento" es el ordenamiento español; en el 96,1 en el que aparecen unidos "España" y "ordenamiento"; en el 147,1 la unión se da entre "ordenamiento" y "Estado"; y por último, en el 9,1 en el que el ligamen se plasma entre "Constitución" y "resto del ordenamiento"), mientras que cuando el texto constitucional debe referirse a conjuntos normativos vigentes anteriormente a su entrada en vigor y de ámbito aplicativo no estatal sino "especiales" territorialmente hablando, se adopta la palabra "Derechos" (Así, el art. 149,1, 8ª habla de "derechos civiles, forales o especiales"; la Disposición Adicional Primera, de "derechos históricos de los territoriales forales"; y la Disposición Adicional Segunda, de "derechos forales"). Excepción a lo dicho la constituye el último inciso de esa Disposición Adicional Segunda, al reconducir las "situaciones amparadas por los derechos forales" al "ámbito del Derecho privado". Aquí, lo coherente con la regla que parece derivarse de lo anterior hubiera sido el referirse al "Ordenamiento Privado". Pero de esta excepción al criterio general de dicción en la Constitución se derivan, por otra parte, dos distintas pero igualmente importantes consecuencias. Estudiémoslas.

La primera se resume en la conexión existente entre el léxico constitucional y el principio también consagrado constitucionalmente de la "unidad" o "individualidad" del ordenamiento (arg. art. 96,1 se refiere al "ordenamiento interno"; y art. 149,1 al reconducir los Estatutos de Autonomía al ordenamiento, como partes integrantes). Esa conexión, permitiría afirmar que si el ordenamiento es "uno", sólo a él —a la totalidad de él, habría que enfatizar— puede denominársele de este modo. Claro es, que la unidad de un ordenamiento no se empaña porque en su seno coexisten subordenamientos a los que en sí mismos quepa calificar de ordenamientos. Pero, reitero, que la impresión que el intérprete extrae de la lectura constitucional sólo se explicaría por la razón apuntada.

La segunda consecuencia anunciada es de mayor trascendencia en tanto en cuanto sirve de soporte, desde un punto de vista formal, a la búsqueda de sentido al binomio público-privado. No es posible alegar la inutilidad de esa tarea puesto que existe un precepto constitucional

rriente institucionalista, fue publicada en los años 1917 y 1918 en dos fascículos de los *Annali delle Università toscane*, si bien la influencia en España se produjo a través de la segunda edición en un solo volumen fechada en Roma. 1945.

Sobre el concepto de ordenamiento jurídico, cfr.: MODUGNO, F. voz "Ordinamento giuridico (dottrine)" en *Enc. del Dir.*, vol. XXX, págs. 678-736, y en la misma obra y volumen, FROSINI, V. voz "Ordinamento giuridico (filosofia)", págs. 639-654.

en el que se utiliza uno de los elementos del binomio ("Derecho privado"; Disposición Adicional Segunda), presuponiéndose el otro ya que el uno se define por exclusión del segundo (privado, equivale a no público). Dicho de otra forma, a partir del texto constitucional la indagación por parte del intérprete del sentido de la bipartición público-privado no puede en ningún caso ser tildada de una actividad meramente teórico-dogmática o sólo pedagógica, puesto que se trata de una actividad tendente a dotar de contenido a una regla constitucional. Es, en suma, una tarea de integración constitucional (8). Y el concepto de Derecho privado o el de Derecho público han accedido, sin duda alguna, a la categoría de conceptos jurídico-positivos (9).

Retornando a la dialéctica ordenamiento-derecho, y con las salvedades que hemos visto deben hacerse, cabe concluir que la actitud de la Constitución no puede enjuiciarse simplemente como de desplazamiento terminológico de la segunda palabra por la primera. Como han apuntado voces autorizadas, en el fondo de la cuestión late el positivismo normativista. En nuestra "Carta Magna" existe una evidente concesión al mismo, del que son buena prueba las ideas de "totalidad" (patente en el art. 9,1 *in fine*) de "completitud" (arg. arts. 1,4 y 1,7 del Código civil) y de "individualidad" o "unidad" (los ya citados arts. 96,1 y 147,1 Constitución). Tan cierta es esta concesión como su amortiguación en el mis-

(8) Por otra parte, nuestra Constitución adolece de patentes deficiencias sistemáticas por lo que respecta al derecho privado. La razón puede encontrarse, por un lado en el escaso interés que la civilística española de los últimos años había mostrado, en general, por aquellos temas que no tuvieran su engarce en el Código civil lo que provocó un vacío dogmático importante, una escasez de aportaciones doctrinales al respecto. Y por otra parte, y seguramente como consecuencia de lo anterior, la no participación de iusprivatistas en la Comisión encargada de redactar el proyecto constitucional.

Las normas constitucionales pertenecientes al ordenamiento privado, se hallan dispersas entre el Título Preliminar y otras sedes como el Cap. II del Título I, Sección 2ª (v.gr.: art. 32, derecho a contraer matrimonio; art. 33, derecho a la propiedad privada y a la herencia... etc.), o el Capítulo III (art. 39,2 igualdad de los hijos ante la ley...), etc.

Esta situación mereció el comentario siguiente de Pietro RESCIGNO (En: "Coloquio de Roma sobre la Constitución española" en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*. Roma. 1982, recogido por Manuel Medina, pág. 102): "...defectos en el texto constitucional, resultantes de una pobre sistematización del derecho privado, que aparece recogido en forma dispersa entre el Título preliminar y otras secciones de la Constitución". Y en págs. 108-109. "Quizá la principal característica de la regulación del derecho privado en la Constitución española de 1978 sea su exhaustividad. Si la Constitución de la República democrática alemana parece que ha sido redactada con la preocupación de no decir demasiado, se diría que el constituyente español de 1978 tiene el temor de decir poco".

(9) Ya no ha lugar a plantear el dilema que esbozaba GARCIA PELAYO, M. *op. cit.* págs. 979-981, sobre el carácter de los conceptos de derecho público y privado, sobre su carácter jurídico-positivo o sobre su matiz apriorístico o formal.

mo art. 1,1 Constitución, cuando se sitúan como valores superiores del ordenamiento español, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Esta autointroducción de factores valorativos, rompe con la idea de que el "ordenamiento jurídico vale porque es", suplantándola por la de que "vale en tanto que expresión de esos cuatro valores" (10).

1.2.2.- *El influjo institucionalista en la legislación y doctrina administrativista*

También es de sobras conocido que la noción de ordenamiento jurídico no fue introducida en nuestro ordenamiento —y valga la redundancia— por la Constitución de 1978. Con anterioridad, había hecho su aparición en el terreno administrativo, particularmente en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en una doble sede. En una normativa, en el art. 83,2 al afirmar que "La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico...". Y en la *Exposición de Motivos*, en el apartado IV ("Objeto de recurso contencioso-administrativo), epígrafe 5, tercer párrafo, en donde al comentar la estimación o desestimación de la pretensión del actor se dice que la "conformidad o desconformidad del acto" va referida "genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encie-

(10) *Vide*: HERNANDEZ-GIL, A. "El ordenamiento jurídico en la Constitución española de 1978" en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*. Roma. 1982, pág. 13: "Esto significa, sin duda alguna, la superación del positivismo estricto en su significado formalista...". Para, posteriormente acabar afirmando (pág. 16) que: "Se acerca la Constitución a una posición iusnaturalista... El ordenamiento no se justifica o legitima por sí mismo o por proceder del Estado, sino por su acomodación a unos valores reputados constitucionalmente como superiores...".

A pesar de ello, el que se sitúen una serie de "valores" como pilares de un concreto ordenamiento jurídico no puede, por sí solo, inducir a pensar que la Constitución es un texto iusnaturalista. Lo sería en la medida en que reconociera como "valores" superiores algunos ajenos a ella, pero la libertad, la igualdad, y el pluralismo político del art. 1,1 son la libertad, igualdad y pluralismo político que se configuran y desarrollan posteriormente en el texto de la Constitución, y la justicia no es "cualquier idea" de la misma, sino la que se deriva de la aplicación de la Constitución y el resto del ordenamiento como refleja el art. 24 de la misma. Nótese la diferencia con respecto al Proyecto de Constitución Federal de la República española de 17 de julio de 1873 en cuyo Título Preliminar se leía: "Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales: 1º El derecho a la vida... 2º El derecho al libre ejercicio de su pensamiento... etc.". Y finalizaba ese Título: "Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva".

rra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones" (11).

1.2.3.- La reforma del Título Preliminar del Código civil: las fuentes del ordenamiento

A pesar de lo hasta ahora visto, la más espectacular acogida de la noción que nos ocupa fue la operada por la reforma del Título Preliminar del C.c. en el año 1974. Ya en la *Ley de Bases* para la modificación, el art. 2 Primera Base, discurría en estos términos: "Se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico...". Y en el texto definitivamente aprobado y promulgado, junto al mantenimiento en el encabezamiento del Capítulo I del término "Derecho" ("Fuentes del Derecho"), en el desarrollo articulado aparece machaconamente la palabra "ordenamiento jurídico": arts. 1,1 *in fine*, 1,4 *in fine*, 1,5 (ordenamiento interno), 1,6 y 6,4. Sin duda, donde es más paradójica la circunstancia es en el art. 1,1 al aludir a las "fuentes del ordenamiento jurídico" siendo que el encabezamiento —dicho quedó— reza "Fuentes del Derecho". La pregunta surge inmediatamente: ¿se está describiendo una misma realidad en ambos casos? O por el contrario, ¿se pretende distinguir o diferenciar las ideas de Derecho objetivo y Ordenamiento jurídico? Aquí, la investigación ofrece dos vertientes: lo que se pretendió por parte del legislador de la reforma, y lo que efectivamente resulta en el texto legal. Desde la primera, parece que no deben existir dudas sobre el uso no contrapuesto, no antagónico, de los dos términos (12). Desde la segunda, no sería descabellado ensayar su diferenciación.

(11) El corte "institucionalista" de la frase es tan obvio que ahorra mayores comentarios. Como se ha puesto de manifiesto antes de ahora, fue precisamente la doctrina administrativista quien introdujo el institucionalismo de Santi ROMANO en España. Como decía en la nota 7, tomando como base la 2ª edición de su obra, Sebastián y Lorenzo MARTIN RETORTILLO la tradujeron y realizaron un "Estudio preliminar sobre la doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas aplicaciones en el campo del derecho administrativo", suscrito por el primero y editado en Madrid, 1963.

(12) La posible discusión sobre el sentido de "fuentes del Derecho" y "fuentes del ordenamiento", la resuelven en idéntico sentido dos miembros de la comisión de reforma del Título Preliminar. HERNANDEZ-GIL, A. *op. cit.*, pág. 12, manifiesta que cuando se utilizó el término "ordenamiento" no se hizo apoyándolo en sustrato filosófico alguno. Y VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. en "La expresión *fuentes del derecho y ordenamiento jurídico*" en *Anuario Der. Civ.* 1981, pág. 827, aclara que la sección, no quiso darle un matiz de positivismo normativista a la expresión, añadiendo: "Menos aún se la pudo dar el proponente del texto, el propio D. José Castán que siempre se mostró iusnaturalista y que nada tenía de kelseniano, ni veía por los ojos de los administrativistas admiradores de Santi Romano, sino con los suyos propios de civilista...". Todo lo cual, no obsta para

Podría por este camino sugerirse que, mientras que las fuentes del derecho son los modos típicos de expresión de la juridicidad, las del ordenamiento son más concretamente los modos típicos de expresión de una categoría de juridicidad: aquella que se articula mediante reglas de conducta de ámbito general. Son estas últimas, la ley, la costumbre y los principios generales, mientras que las primeras (fuentes del derecho) serían el resultado de adicionar a las del ordenamiento aquellos negocios generadores de normatividad *inter partes* o pseudonormatividad —como decíamos en la nota 6— como el contrato, el convenio colectivo, o el testamento. Pero esta sutil distinción no deja de ser un juego de prestidigitación, ya que no es de recibo, con tan solo observar el contenido de los arts. 1,1 y 2 del C.c. que forman el Capítulo I y en los que no hay asomo de esas hipotéticas fuentes de juridicidad no generales. Quede el hecho, por tanto, como un intento teórico por distinguirlas sin respaldo legal alguno en el C.c.

Llegados a este punto, y como conclusión de este epígrafe 1.2 hay que convenir que la adopción como punto de partida de la idea de ordenamiento en lugar de la de derecho, viene impuesta por dos razones: la metodológica justificada en el epígrafe 1.1; y la recepción constitucional del término, a pesar de que con tal variación no pretendiera el legislador expresar mucho más que con la vieja noción.

2.- A LA BUSQUEDA DE UN CRITERIO TECNICO DE DISTINCION ENTRE EL ORDENAMIENTO PUBLICO Y EL PRIVADO

Lo hasta aquí expuesto nos ha colocado en disposición de plantear uno de los interrogantes nucleares de este trabajo: ¿Existe algún criterio apto para subclasificar el ordenamiento jurídico español, que sea interno al mismo y lo escinda en dos sectores sin áreas de superposición?

2.1.- Inutilidad del criterio de "materia"

Por de pronto, hay que descartar que pueda cumplir tal función el criterio de la "materia". Sostener que ordenamiento privado y público se corresponden en cuanto a contenido regulador a materia privada y pública respectivamente, constituye un circunloquio que, como todos, nada esclarece. Porque en tal caso, el *quid* se traslada a la distinción en-

que reconozca que el cambio de dicción "se adecúa fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy, el positivismo y el formalismo... continúan dominando".

tre lo que sea una y otra materia, siendo que no existe precepto legal que lo posibilite; pues, tanto el art. 148 como el 149 de la Constitución enumeran diferentes "materias" o contenidos del ordenamiento jurídico español, pero sin adscribirlas a uno u otro bloque. Simplemente, fijan los criterios de competencia estatal o autonómica. O sea, el criterio de la materia es un criterio competencial que en nada afecta a la bipartición que intentamos descifrar (13). Es más, ni siquiera como criterio competencial es utilizado con rigor puesto que no logra evitar múltiples áreas de superposición. Aunque no debamos extendernos en ello ahora, piénsese en el art. 149,1, 8ª que sitúa como "materia" la "legislación civil" en tanto que otros números de ese mismo artículo 149,1 aluden a "materias" sobre cuya pertenencia al ordenamiento civil parece que no hay duda: 2ª (Nacionalidad), 9ª (propiedad intelectual), 22ª (aprovechamientos hidráulicos...), 23ª (protección del medio ambiente, en su vertiente no pública), 25ª (minas).

2.2.- *El criterio de la atracción reguladora de un conjunto de normas sobre otras*

En mi opinión, el único criterio que permite clasificar el ordenamiento jurídico español y que cumpla los dos necesarios requisitos de que sea interno al mismo y lo escinda en dos áreas no superponibles, es el de la atracción reguladora de unos conjuntos de normas en detrimento de otras.

Dentro de la noción clave de "atracción reguladora", y para explicar su contenido, hay que diferenciar dos posibles niveles de operatividad, dos formas de actuar que configuren otras tantas formas de atracción.

(13) En tanto que criterio competencial, puede servir para subdistinguir dentro del ordenamiento civil los diferentes ordenamientos especiales territorialmente hablando. Es lo que hace BADOSA COLL, Fernando en "L'ambit del dret civil català" en *Materials de les II Jornades de Dret català a Tossa*. 1982, págs. 24-28.

En otras ocasiones el criterio de la materia se utiliza de diferente manera: se intenta llevar a cabo un elenco de "materias" cuya regulación será civil, mercantil... etc. Al apriorismo de este método se suma la imposibilidad de hallar alguna "materia" que sea exclusiva y rigurosamente objeto de regulación por un sólo sector del ordenamiento. Por ejemplo, piénsese en el matrimonio y en su normación civil, laboral, fiscal, incluso mercantil... etc. De ahí que todos los conceptos derivados de tal planteamiento sean meramente aproximativos, como el que daba VASALLI, F. del derecho civil en "Motivi e caratteri della codificazione civile", en *Studi Giuridici*, vol. III, 2 Milano. 1960, pág. 641 nota 1: "El derecho civil es, más concretamente, la disciplina o regulación de la vida del hombre en las relaciones determinadas por la procreación, por la sociedad conyugal y por la actividad económica...".

2.2.1.- *La atracción impropia*

Puede suceder que la atracción de una norma o conjunto de ellas se produzca porque esa norma o conjunto sea/n la única del ordenamiento que contemple el supuesto de hecho que ha tenido lugar.

En puridad, no puede decirse que en tales eventos exista el fenómeno que he denominado “atracción reguladora”. Lo que ocurre en tales casos tiene que ver únicamente con el juego ordinario de los mecanismos de aplicación de las normas. De ahí que califiquemos la hipótesis como de “atracción impropia”. La “impropiedad” significa que cuando tiene lugar la atracción (es decir, se aplica la norma o conjunto en cuestión) no se provoca la residualidad de otra u otras normas. Y, ¿qué entendemos por “residualidad”? hablamos de residualidad para describir aquellas ocasiones en que una norma o varias, a pesar de contemplar un supuesto de hecho que se ha producido en la vida real no se aplican, porque otras evitan tal cosa al aplicarse prevalentemente. En la “atracción impropia” no hay residualidad. O lo que es lo mismo: cuando hay atracción impropia, la norma o conjunto que se aplican son las únicas del ordenamiento que contemplan el supuesto fáctico que regulan. Es lo que ocurre, por citar un ejemplo meridiano, con la norma del art. 2,1 del Real Decreto-ley de 18 de marzo de 1977 sobre normas electorales, cuando refiere: “Serán electores, todos los españoles mayores de edad incluidos en el Censo y que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos”. Dándose la hipótesis fáctica que describe ese artículo, resulta que no existe norma alguna vigente en el ordenamiento privado que la contemple, y por ende decimos que la atracción reguladora que en ese caso ejerce el ordenamiento público sobre el privado es impropia.

2.2.2.- *Atracción propia, o atracción que provoca la residualidad del ordenamiento opuesto*

La atracción reguladora tiene lugar efectivamente cuando el supuesto de hecho es hipotéticamente encuadrable tanto en una norma del ordenamiento público como en una del privado. Es entonces, cuando aparece el carácter atrayente del ordenamiento público (se aplica la norma perteneciente al mismo) que opera en detrimento del privado que respecto del primero aparece como residual (no se aplica la norma perteneciente al mismo, a pesar de contemplar el supuesto de hecho producido). Nuevamente, de la mano de un ejemplo la cuestión aparecerá más clara.

Imaginemos un contrato de ejecución de obra entre la Administración y un contratista. El supuesto de hecho es perfectamente subsumible

en dos bloques normativos diferentes: los arts. 1588 a 1600 del C.c. y los arts. 20 a 61 de la Ley de Contratos del Estado. Pero, en caso de producirse tal supuesto ¿cual es el bloque normativo que atraerá su regulación?: el perteneciente a la Ley de Contratos del Estado, el jurídico-público, en tanto queda arrinconada la regulación del C.c. El ordenamiento jurídico-privado queda como residual en el juego aplicativo. Y ello, nótese, no se fundamenta en una posición de supremacía del ordenamiento público sobre el privado dentro del ordenamiento jurídico español. El fundamento reside en la dicción de unos y otros preceptos. Es una razón de técnica legislativa que se plasma en las normas del público: la mayor concreción, la mayor especificidad de los supuestos de hecho descritos en las normas del ordenamiento público en relación a la descripción existente en los de las normas del ordenamiento privado. Así, mientras que la descripción del contrato a que aludíamos ante (contrato de obra), se hace en el ordenamiento privado y más particularmente en el civil en un solo precepto de formulación general (el art. 1588 C.c.), en el público se le dedican numerosos artículos (arts. 20 al 38 de la citada ley) que dan por sentada y rebasan la abstracta descripción del Código civil. Es esta notable mayor precisión en la descripción del supuesto de hecho por parte de las normas del ordenamiento público la que, amén de atraer la regulación, deja a la norma del privado arrinconada —como decía hace un instante— a la espera de que aparezca un supuesto de hecho enmarcable en ella y que además no lo sea en otra más específica. Este es el sentido de la residualidad del ordenamiento privado respecto del público, y que se articula técnicamente en el Código civil por medio de la supletoriedad del ordenamiento civil (privado general, como veremos a no tardar) respecto del público, en el art. 4,3 (14).

2.2.3.- *El factor desencadenante de la atracción: cualificación de la personalidad jurídica*

La mayor concreción de los supuestos de hecho de las normas del ordenamiento público sobre las del privado, que alienta el criterio de la atracción reguladora, presenta un factor desencadenante de la misma. O, en otras palabras, la atracción y/o la residualidad que en una perspectiva general son producto de una mayor y/o menor concreción de los

(14) Más adelante realizaré una serie de precisiones tanto sobre el tema de la residualidad como sobre el de la supletoriedad; epígrafe 5. Además, en la nota 24, traigo a colación la oposición de algún sector de la doctrina administrativista a que el ordenamiento civil sea supletorio del administrativo.

supuestos de hecho de unas y otras normas, tienen una actuación, actúan, a través de una fórmula técnico-jurídica a la que llamo “factor desencadenante de la atracción” o “factor determinante”, que obviamente —de rechazo— lo es también de la residualidad. Y ese factor desencadenante, constituye una cualificación de un factor constante a ambos sectores del ordenamiento (público y privado): la personalidad jurídica (15).

De forma, que los dos ordenamientos en liza tienen como sustrato común el tener como sujeto de imputación a un ente dotado de personalidad, y como segmento diferenciador el de que el privado no exige cualificación alguna a ese sustrato mientras que el público sí la exige. Ese *prius* cualificador de la personalidad del sujeto y desencadenante de la atracción reguladora, varía en función del específico bloque normativo de que se trate dentro del público, pero en todo caso se exige uno. En el ejemplo que acabamos de narrar, la cualificación del sujeto viene dada por la condición de “Administración del Estado” de una parte contratante (art. 1 Ley Contratos Estado). Si confrontamos nuevamente ese artículo con el art. 1588 C.c., podremos observar cómo en éste no se exige cualificación alguna a los sujetos que, sencillamente *ex art.* 32 C.c., deberán gozar de “personalidad”. Lo mismo podemos observar en el campo tributario —por citar otro ejemplo dentro del ordenamiento público— en el que la cualificación aparece bajo el concepto de “responsable del tributo” del art. 37 de la Ley General Tributaria. Cualificación que, a su vez, dentro del propio ordenamiento tributario se divide en “sujeto pasivo del tributo” y “responsable subsidiario o solidario”, y que alcanza significación en cada uno de los impuestos en virtud de la concreta determinación de quienes sean estos sujetos. V.gr.: la Ley 8 septiembre 1978, del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, define en su art. 4 los sujetos pasivos del impuesto o, lo que es lo mismo, la cualificación añadida a la personalidad del sujeto que determina la atracción reguladora de esa ley.

(15) La idea de que es éste el sustrato común aplicativo a ambos ordenamientos y por tanto al ordenamiento español entendido como “uno”, está perfectamente desarrollada en la *Memoria de Derecho civil*. Barcelona. 1978 de Fernando BADOSA COLL, por el momento desventuradamente inédita, págs. 73-77. Partiendo de esta base, la vía que emprende para llegar al Derecho civil es, sin embargo, hartamente diferente a la que este ensayo propugna.

3.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO PRIVADO Y SU ESCISION

Situados en el ordenamiento jurídico-privado, para progresar en la división se impone continuar adoptando el criterio de la atracción reguladora. Aunque el factor determinante de la atracción, a partir de ahora, no puede ser el mismo que opera en la división público-privado ya que tras lo dicho hay que partir de la base alcanzada: en el ordenamiento privado, el sustrato común "personalidad" no precisa de cualificación alguna.

3.1.- *Ordenamiento patrimonial y no patrimonial: la actividad económica y su carácter general como factor desencadenante de la atracción tanto en el seno del ordenamiento público como en el del privado. La constitución económica*

La escisión del ordenamiento privado, hay que hacerla entre el ordenamiento privado patrimonial y el ordenamiento privado no patrimonial. Si ya hemos adelantado que el criterio divisor es el de la atracción reguladora, ¿cuál es el factor determinante de esa atracción?: ese factor, ajeno a la personalidad, atañe al tipo o clase de actividad que desarrolla el sujeto dotado de esa personalidad. Según estemos ante una actividad económica o no, hablaremos de ordenamiento patrimonial o no.

Pero antes de proseguir con el estudio del ordenamiento privado patrimonial, es necesario un inciso o excursión aclaratoria en dos direcciones. Ante todo, para patentizar que no debe olvidarse que este factor (actividad económica), no es predicable como divisor exclusivo del ordenamiento privado. Igualmente, en el público, actúa el factor provocando la misma partición. Si no lo advertí en su momento fue para desbrozar la línea del discurso de elementos de confusión, al exceder este particular de los linderos del análisis que nos debe conducir hasta el ordenamiento civil. Ahora sale a la palestra, para que quede claro cómo al margen de la partición general al ordenamiento español público-privado, existe o puede llevarse a cabo otra distinta división igualmente general: la patrimonial-no patrimonial. Si el punto de partida hubiera sido esta segunda clasificación general —y no existe ninguna razón que lo impida— habría que posteriormente haber procedido a la segunda división: dentro del patrimonial distinguir el público y el privado, y dentro del no patrimonial otro tanto. Como se aprecia, el resultado es el mismo, pues nuestro interés se centraría entonces en el patrimonial-privado y en el no patrimonial-privado, en lugar de —como resulta de nuestra clasificación— en el privado-patrimonial y en el privado-no patrimonial.

Matizado esto, la segunda dirección del inciso se mueve en términos defensivos. Podría contestarse la bipartición patrimonial-no patrimonial, alegando que el factor de la actividad económica que determina la atracción reguladora no es un factor técnico, ni interno al ordenamiento, siendo que desde el inicio del trabajo he sentado como indeclinables premisas tales requisitos. Pero tal contestación no estaría justificada, dado que el factor de la actividad económica no sólo es interno al ordenamiento jurídico español, sino que es tal su trascendencia que el bloque normativo esencial, la Constitución, no sólo lo adopta sino que se encarga de fijar las normas-parámetro, el radio de acción fundamental de ese ordenamiento patrimonial o económico (16). A este grupo de normas constitucionales, se las califica modernamente como la "Constitución económica" o con mayor precisión, como la "Constitución económica formal", de cuya existencia ya se ha hecho eco nuestro Tribunal Constitucional perfilándola como el conjunto de normas constitucionales destina-

(16) A destacar que aunque en el texto utilice como sinónimos derecho patrimonial y derecho económico, en la doctrina tienen diferente sentido.

Para empezar, es infrecuente el que los civilistas den a la categoría "derecho patrimonial" un radio de acción general al derecho privado y público. Lo corriente es que sea definido en el seno del ordenamiento civil, formando parte de él y no como categoría divisoria general. Así, DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid. 1979, pág. 39.

En relación al Derecho u ordenamiento económico, sobre el mismo, su génesis como idea en la doctrina alemana, su evolución en la española y sus avatares es fundamental el excelente trabajo de Angel ROJO "El Derecho económico como categoría sistemática" en *Rev. Gen. Leg. y Jur.* 1980, págs. 249-284, y la bibliografía exhaustiva allí citada. Es conceptualizado como aquel que contiene un conjunto de normas que ordenan la economía, la actividad económica, por lo que la diferencia con el patrimonial es indudable: mientras que toda norma referida a la actividad económica podemos decir que forma parte del ordenamiento patrimonial, sólo formarán parte del económico algunas de ellas, aquellas que (pág. 270 *op. cit.*) "estén dirigidas —es decir, se refiere primariamente— a la ordenación económica... El contenido del Derecho económico es la constitución jurídico-económica de un espacio político determinado". Dejando para la siguiente nota el comentario sobre ese contenido (la constitución económica), hay que acabar señalando que en lo que sí se aproximan el ordenamiento patrimonial y el económico es en la heterogeneidad de las normas de uno y otro, de forma que son predicables también del patrimonial las palabras que ROJO (pág. 272) dedica al económico en relación a su "materia": "es una materia jurídica compartida. No existe una materia propia. El contenido del Derecho económico se integra por elementos del Derecho constitucional (así, por ejemplo, el principio de iniciativa económica), del Derecho civil (v. gr.: el régimen jurídico de la propiedad o del contrato), del Derecho mercantil (así, las estructuras jurídicas de organización de la empresa), del Derecho administrativo (por ejemplo, autorizaciones administrativas de acceso al mercado o para el ejercicio de una determinada actividad económica), del Derecho fiscal (así, beneficios fiscales para la exportación), del Derecho penal (Derecho penal económico) e incluso del Derecho concursal. El Derecho económico engarza estos elementos heterogéneos con arreglo a un nuevo principio sistematizador".

das "a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica" (17).

3.2.- *La atracción impropia del ordenamiento privado no patrimonial*

Regresando al estricto terreno del ordenamiento privado y en relación a la bipartición patrimonial-no patrimonial, debe puntualizarse el sentido que aquí tiene la atracción reguladora. A primera vista, se detecta cómo en esta división el posible doble juego o intensidad de la atracción reguladora (impropia y propia) reputada en sede de distinción público-privado, no tiene lugar. Y nunca puede tener lugar porque si el factor que desencadena la atracción está constituido por la realización de una actividad económica o no, en ningún caso puede producirse el fenómeno atracción-residualidad, sino simplemente el de mera atracción o atracción impropia que bosquejamos en el epígrafe 2.2.1. Al no existir

(17) La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se refirió a ella fue a raíz del voto particular de un civilista, Luís DIEZ-PICAZO (al que se adhirieron otros dos Magistrados) a la sentencia que resolvía un recurso de inconstitucionalidad de 16 de noviembre de 1981, y en cuyo texto puede leerse en relación al art. 38 de la Constitución: "El precepto ha tratado y trata de introducir, por lo menos parcialmente, lo que se ha llamado una constitución económica. El concepto de constitución económica, designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella, se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico..." (En: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 7, pág. 507).

Aunque DIEZ-PICAZO, no lo precisara exactamente, se estaba refiriendo a la constitución económica "formal", concepto que se diferencia del de constitución económica "material" en el rango de las normas que las conforman. Las que componen la primera deben ser necesariamente constitucionales, cosa que no ocurre con las segundas necesariamente pues engloba aquellas normas desarrollo de las constitucionales que forman el Derecho u ordenamiento económico definido en la nota anterior. Esta distinción, tiene una importante consecuencia que es a donde pretende llegar DIEZ-PICAZO: la posible mutabilidad del sistema económico del Estado sin que por ello se altere la constitución económica formal.

Posteriormente, y resolviendo un conflicto de competencias, la decisión de 28 de enero de 1982 del T.C. matizó perfectamente, al reiterar el concepto, la idea de constitución económica formal, diciendo: "en la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en más recientes constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco, implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida..." (En: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 10, pág. 124).

ninguna posibilidad teórica (ni práctica, por supuesto) de subsunción de los hechos reglados en normas del ordenamiento patrimonial (hechos económicos) en normas del homónimo no patrimonial (hechos no económicos), ninguno de los ordenamientos podrá ser residual cuando el otro sea el aplicable, atraiga la regulación. Nuevamente, el ejemplo elemental puede clarificar lo que pretendo decir, con mejor fortuna que las afirmaciones abstractas. Las reglas sobre celebración del matrimonio que contiene el Código civil (arts. 51 a 60), no puede sostenerse que atraen en sentido propio la regulación de tal celebración comercial para el ordenamiento privado no patrimonial, dejando al patrimonial como ordenamiento residual. Lo que ocurre en éste y en parecidos casos, es que el ordenamiento privado no patrimonial es quien exclusiva y excluyentemente regula el supuesto. Las citadas reglas del C.c. son las únicas del ordenamiento jurídico español —estatal, se entiende— que contemplan esos supuestos de hecho.

Puntualizado el tipo de atracción reguladora, la impropia, que ejerce el ordenamiento privado no patrimonial sobre el patrimonial, estamos en disposición de afirmar que esa distinción nos ha llevado a tomar contacto con uno de los dos subordenamientos integrantes del ordenamiento civil: el privado no patrimonial. Se trata, por otra parte, del ordenamiento integrante del civil que parcialmente —aunque en una parte muy importante— tiene en la actualidad una mayor energía y ámbito aplicativo si nos atenemos al art. 13,1 del Código civil que decreta su “aplicación general y directa en toda España” (18).

3.3.- *Ordenamiento privado patrimonial general y especiales*

Si por uno de los bornes de la distinción (ordenamiento privado no patrimonial) hemos alcanzado el ordenamiento civil, no ocurre otro tanto con el otro que debe ser sometido a una nueva mitosis. El ordena-

(18) La afirmación que hago en el texto, no debe hacernos olvidar que el reconocimiento constitucional y estatutario de competencia legislativa a las Comunidades Autónomas —a algunas— en materia de “legislación civil” (art. 149,1,8ª Constitución), plantea un delicado problema de interpretación de los términos “conservación, modificación y desarrollo” del precepto constitucional citado. Me refiero a si el ámbito de competencias en materia civil de las comunidades autónomas que la tengan es ilimitado o no. Sin perjuicio de lo que más adelante expongamos (epígrafe 5 y nota 28), hay que concluir que si entendemos que el ámbito es ilimitado (cualquier materia “civil”) el art. 13,1 y la afirmación hecha en el texto quedarían invalidadas: el ordenamiento privado no patrimonial no sería —como es, sin duda, ahora— el de mayor energía y ámbito aplicativo porque puede llegar a estar formado por el sector correspondiente del C.c. y leyes especiales por un lado, y por el otro por el sector hipotético no patrimonial de los ordenamientos civiles especiales.

miento privado patrimonial se fracciona en dos categorías, que no dos ordenamientos: general y especial. El primero, constituye un ordenamiento pero la categoría “especial” engloba diversos, unidos por su contraposición al ordenamiento privado patrimonial general. Por ello, a partir de ahora cuando hablemos de ordenamiento patrimonial “especial” lo haremos no como categoría genérica sino refiriéndonos a uno cualquiera de los que forman aquella.

El criterio de división general-especial, sigue siendo el de la atracción reguladora, que además funciona en sentido propio. Ello permite contemplar al privado patrimonial especial como atrayente y al privado patrimonial general como residual. Esta situación, tampoco en esta ocasión, nada tiene que ver con la consideración valorativa de ambos ordenamientos. Lejos de existir una situación de supremacía, la causa debe buscarse —como sucedía en el binomio público-privado— en la técnica de elaboración de unas y otras normas. Las del especial, delimitan y especifican mayormente que las del general, los supuestos de hecho a los que se encaminan. Esta identidad de razón técnica que subyace a la tensión público-privado y a la privado patrimonial especial-privado patrimonial general puede inducir a creer, falsamente, que la frontera entre el ordenamiento público y el privado patrimonial especial es borrosa. Y he dicho que falsamente, porque en el ordenamiento privado patrimonial especial, el factor que determina su carácter de “privado” es precisamente la carencia de aquel que hace que el público sea tal: la cualificación de la personalidad. De manera, que siempre que exista el factor desencadenante de la atracción del público (siempre que exista esa cualificación de la personalidad), aunque sobre él se superponga el factor desencadenante de la atracción reguladora del ordenamiento patrimonial (la actividad económica), el atrayente con preferencia será el público. En otras palabras, la existencia de unas categorías globales, genéricas, de las que hemos partido para ir descendiendo a otras de menor contenido insertas en las primeras, condiciona o determina una jerarquización de los factores desencadenantes de la atracción, en el orden que los hemos ido enunciando. Al final del epígrafe 3.3.2., intentaré un esclarecimiento mayor, de la mano de un ejemplo.

3.3.1.- *El factor determinante de la atracción: cualificación de la actividad económica*

En la dualidad (dentro del privado patrimonial), general-especial, el criterio de la atracción reguladora del segundo sobre el primero viene determinado —como en el público-privado— por una cualificación. Se

separan, en el objeto sobre el que recae aquella: sobre la actividad económica. Luego, el factor determinante de la atracción del ordenamiento privado patrimonial especial sobre el general incide sobre el factor desencadenante de la atracción impropia del ordenamiento patrimonial sobre el no patrimonial, concretándolo, determinando exactamente sus perfiles. La actividad económica nos conduce al ordenamiento patrimonial, y el concreto tipo de actividad (cualificación de la actividad) nos sitúa dentro de él en un concreto ordenamiento especial.

Puede comprenderse por esta vía la aleatoriedad histórica del contenido de la categoría "ordenamientos privados patrimoniales especiales", enlazado al desarrollo de las diferentes actividades económicas. Si el desarrollo de estas diferentes actividades provoca una "especialización" de las mismas, y los sujetos o grupos que las encabezan necesitan de instrumentos jurídicos específicos y tienen el poder político, directo o mediatizado, suficiente para obtenerlos, irán apareciendo primero como necesidades de política legislativa y posteriormente como auténticos ordenamientos, conjuntos normativos que cristalicen desde el plano jurídico la "sectorialización" de la economía de un Estado. Esta es, a grandes rasgos, con la simplificación inherente, la pauta histórica común a los tres ordenamientos privados patrimoniales especiales de los que puede hablarse en nuestro ordenamiento. El que su número se estanque o, por contra, vayan apareciendo nuevos ordenamientos patrimoniales especiales en el futuro, depende del rumbo económico del porvenir y de los condicionamientos políticos-jurídicos reseñados.

3.3.2.- *Breve reseña de los ordenamientos privados patrimoniales especiales: mercantil, laboral y agrario*

Descendiendo a estos tres ordenamientos aludidos, sus contornos pueden señalarse con brevedad en estos términos (19):

A) Ordenamiento mercantil

El factor desencadenante de la atracción de éste sobre el patrimonial privado general (que es, digámoslo ya, el subordenamiento que sumado al privado no patrimonial, conforma el civil en su totalidad) o civil-patrimonial viene configurado legalmente como la realización de una ac-

(19) Por razón del método adoptado y por los límites materiales de lo que debe ser un artículo de revista, me he decidido por no reproducir en cada uno de los tres apartados que siguen y que corresponden a los ordenamientos privados patrimoniales especiales, la extensísima bibliografía sobre el origen y vicisitudes de cada uno de ellos.

tividad económica susceptible de ser catalogada como “acto de comercio”, ex art. 2 del Código de comercio. El ejemplo tópico de esa atracción (especial) - residualidad (civil-patrimonial) la exterioriza el contrato de compraventa, conceptuado en el art. 1445 C.c. como una actividad económica de intercambio de bienes por dinero, y que el art. 325 del C. de c. se encarga de reducir ostensiblemente al especificar con la exigencia de diversos requisitos (cosas muebles, reventa, ánimo de lucro...) el supuesto de hecho contenido en el C.c. Como resultado de esa mayor concreción, aquellas compraventas que sean reconducibles al art. 325 C. de c. serán atraídas por la regulación del ordenamiento mercantil (patrimonial-especial), dejando en posición residual el supuesto del ordenamiento civil-patrimonial, ya que —como dicho quedó al definir la residualidad— a pesar de que teóricamente sea subsumible en él el evento producido (compraventa), la norma es inaplicable porque exista otra que se ajusta con perfección al mismo.

B) Ordenamiento agrario

La realización de actividades económicas en ese sector de la producción constituye el factor determinante de la atracción. Actividad que es explícitamente calificada como “sectorial” (la agricultura como sector económico) en el art. 130,1 de la Constitución. Este artículo pone de manifiesto, en otro orden de ideas, que no toda actividad económica calificada, no todo sector económico, goza de un ordenamiento patrimonial especial ya que se citan en el mismo una serie de ellas huérfanas de normativa “especial” propia, como la pesca o la artesanía. Es un refrendo más de la aleatoriedad que afirmábamos de estos ordenamientos privados patrimoniales especiales.

Centrándonos en el agrario, las nociones de “aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal” (art. 1 Ley Arrendamientos Rústicos) son las llaves de paso, o, por decirlo en los mismos términos que hasta ahora hemos adoptado, son las cualificaciones requeridas a la actividad económica. Y el paradigma de la atracción-residualidad aparece también en ese art. 1. L.A.R. en contraste con el art. 1546 y ss. C.c. (arrendamiento rústico, frente al arrendamiento en general, o incluso frente al arrendamiento rústico que el C.c. contempla). Pero en este cuadro general, aparece en el art. 14,1 de la L.A.R. el concepto de “profesional de la agricultura” como exigencia necesaria para los arrendatarios y subarrendatarios rústicos. Concepto que, en una primera aproximación, enturbia la situación sistemática del ordenamiento agrario en el ámbito del ordenamiento privado. Podría sostenerse que estamos ante una calificación de la personalidad (“profesional de la agricultura”), y que en tal caso

resultaría que el ordenamiento agrario formaría parte del ordenamiento público, por cumplir con el factor desencadenante de la atracción reguladora. Empece tal razonamiento la circunstancia de que la "profesionalidad" agrícola requerida no puede entenderse que sea una cualificación de la personalidad. En efecto, si leemos el art. 15 de la L.A.R. nos apercibiremos de que en realidad no pasa de ser una fórmula para designar la actividad agraria personalizándola en quien la lleva a término: "...vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe...", dice el art. 15, a).

C) Ordenamiento laboral

El art. 1,1 del Estatuto de los Trabajadores define el factor determinante de la atracción, como una actividad económica cualificada por los datos de que se presten unos servicios "voluntariamente" y "retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominados empleador o empresario".

No podía faltar tampoco en este ordenamiento patrimonial especial, el paradigma de atracción-residualidad respecto del patrimonial-civil: la que se produce entre las normas reguladoras del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 1 a 60) y los arts. 1583 y ss. del C.c. reguladores del arrendamiento de servicios. Esta atracción reguladora sólo lo es del ordenamiento laboral en relación al privado patrimonial general (civil), nunca actúa —y con ello paso a referir el ejemplo que prometí en el epígrafe 3.3— en relación al ordenamiento público. Este último ordenamiento es el que atrae siempre la regulación dejando como residual al privado, ya sea éste general patrimonial (civil) o especial (en nuestro caso, laboral). Planteemos una hipótesis práctica: una relación subsumible en el citado art. 1,1 E.T., pero en la que al mismo tiempo uno de los sujetos intervinientes sea titular de una de las cualificaciones de la personalidad que actúan como factor determinante de la atracción del ordenamiento público, como es la de ser "funcionario" (art. 1 Ley de Funcionarios civiles del Estado de 7 febrero 1964). Puestas de este modo las cosas, el ordenamiento atrayente será siempre el público, y el residual en primer grado el laboral, mientras que el civil será residual en segundo grado (residual del residual). Es decir, la fuerza atractiva del ordenamiento laboral sólo actúa frente al patrimonial-civil permitiéndolo relegarlo (segundo grado), pero sucumbe ante la fuerza atractiva del ordenamiento público. Este mecanismo de atracción, ha sido puesto en evidencia sin titubeos por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de julio de 1982, declarando la nulidad del Decreto 83/1981 del

Gobierno vasco y separando —entre otras muchas argumentaciones, claro es— al funcionario como sujeto con estatuto de tal (cualificación de la personalidad) del simple trabajador, y haciendo primar la atracción reguladora de las normas relativas a tales funcionarios sobre las relativas a la actividad laboral (20). Por último, esta circunstancia nos corrobora la existencia, ya anunciada en el epígrafe 3.3, de una jerarquía entre los distintos factores determinantes de la atracción a cuya cabeza se sitúa el factor propio del público, relativizando todos los restantes.

3.4.- *La presión histórica de los ordenamientos privados patrimoniales especiales sobre el civil. Claves de interpretación*

Una vez hecha la presentación de los tres ordenamientos privados patrimoniales especiales que junto al patrimonial privado general (patrimonial-civil) conforman el total ordenamiento privado patrimonial, es casi obligado salirse —aunque con brevedad— de la línea metodológica seguida hasta este punto, con la finalidad de abordar la situación actual de la dicotomía civil-especiales y sus previsibles relaciones futuras.

Decía, que el que el número de esos ordenamientos especiales se mantenga o aumente depende de que la sectorialización de la economía precise o no de instrumentos jurídicos propios y diferenciados. Esta posible, e incluso previsible, expansión, lo mismo que la ya realizada históricamente con la aparición de los ordenamientos mercantil, laboral y agrario, ha provocado un efecto de presión sobre el residual ordenamiento patrimonial-civil. Este ordenamiento, ante el empuje de los especiales, ha ido cediendo áreas de regulación a aquellos. Es por esto, que no es descabellado mantener que el ordenamiento civil actual es un resto, un residuo de lo que fue antes de aparecer aquellos tres ordenamientos. Esta “residualidad” es absolutamente diferente de la hasta ahora descrita, pues carece de entidad técnica (no es el fruto del juego aplicativo de las normas), teniéndola sólo valorativa. Y además, valorativa en relación a lo que en un determinado momento histórico fue el ordenamiento civil. Esta “residualidad”, que a principios de este siglo —y a mediados— se calificó alarmistamente de “crisis del derecho civil” (21), para poder ser entendida debe enfocarse bajo dos claves interpretativas (dando por

(20) Cfr.: en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 18, págs. 821-833.

(21) Sitúan la crisis en sus justos linderos: JORDANO BAREA, J.B. “Concepto y valor del derecho civil” *Re. Der. Priv.* 1962, págs. 715-737, pág. 734: “Se trata de la crisis de un derecho histórico. La crisis, tanto la general como la del Derecho civil es un hecho histórico-cultural...”; Para DE CASTRO, F. *Derecho civil de España*, tomo I, pág. 125

sentado que el razonamiento va referido exclusivamente al ordenamiento español).

3.4.1.- *Relatividad y parcialidad del fenómeno*

La primera clave se centra en poner de relieve la relatividad y la parcialidad del fenómeno descrito antes. La presión de los ordenamientos privados patrimoniales especiales sólo se ejerce sobre una parte del civil, sobre uno de los dos subordenamientos que lo componen: el patrimonial-civil. El patrimonial civil, efectivamente, ha visto mermada su entidad en varios aspectos merced a las podas a que lo han ido sometiendo los especiales; pero el otro subordenamiento conformador del civil (el privado no patrimonial) no ha recibido presión alguna de aquellos.

Y esa poda parcial que ha sufrido el ordenamiento civil, implica un juicio histórico, puesto que el punto de referencia para poder hablar de uno u otro contenido hay que fijarlo en algún momento histórico. Y esa elección es, en todo caso, arbitraria. ¿Porqué tomar como punto de referencia el *Corpus* de Justiniano, o los Códigos civiles de finales del XVIII y del XIX?, ¿De verdad hay alguna razón abstracta que avale la afirmación de que el ordenamiento civil-tipo sea uno u otro?, ¿No será mas cierto que el único ordenamiento civil-tipo es el que en cada etapa de la evolución legislativa exista? Es por ello, que en lugar de enjuiciar la situación actual, desde esta perspectiva, como de "crisis" del ordenamiento civil, hay que decantarse por hablar de crisis de los contenidos normativos propios del ordenamiento civil en uno u otro momento histórico, o mejor aún, de mutabilidad histórica de los contenidos de cualquier ordenamiento jurídico (22). Posición que, aventurándose un paso

nota 6: "La crisis del Derecho civil es una manifestación refleja de la experimentada por el pensamiento europeo moderno y por el positivismo jurídico instaurado bajo su influjo"; HERNANDEZ-GIL, A. "Reflexiones sobre el futuro del derecho civil" *Rev. Der. Priv.* 1957, págs. 1175-1181, afirma (pág. 1179) que "La expresión *crisis del derecho civil* se ha generalizado peligrosamente; a mi juicio, infundadamente. Los que así piensan lo hacen en nombre de un relativismo histórico".

Una de las manifestaciones de la pretendida crisis, ha sido apreciada al margen de la presión de los ordenamientos privados patrimoniales especiales, y centrada en la presión del ordenamiento público sobre el civil, bajo el calificativo de "publicitación" del ordenamiento civil o en general del privado. Sobre el tema en España, cfr.: VILLAR Y ROMERO, J. M.^a "La transformación del derecho privado en derecho público" *Rev. Der. Priv.* 1943, págs. 411-431. Y en general sobre este fenómeno y el de la "socialización", vide: GIORGIANNI, Michele "Il diritto privato ed i suoi attuali confini" *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1961, (vol. XV), págs. 321-420; seguido en sus planteamientos por CASCIO, S. Orlando "Il nuovo volto del Diritto Privato" *Riv. Dir. Civile*, 1964, vol. II, págs. 65-76.

(22) Ya en el año 1921, Demófilo DE BUEN ("Sobre el concepto del derecho civil" *Rev. Der. Priv.* 1921, págs. 161-171), al referirse a la formación del derecho civil, señala-

más, acaba por concluir que el ordenamiento civil —como cualquier ordenamiento— carece de un contenido apriorístico tasado o, como afirma la doctrina española en contra de lo aquí dicho, que carece de unos valores inmutables y permanentes (23).

3.4.2.- Ampliación, en dos frentes, de la entidad del ordenamiento civil

La segunda clave, nos va a permitir constatar cómo, al lado de la merma descrita, ha tenido lugar una ampliación de la entidad del ordenamiento civil. Ampliación que tiene dos frentes: uno cuantitativo y otro cualitativo.

El cualitativo se produce en el subordenamiento patrimonial del ordenamiento civil. Junto a la existencia de no escasas normas patrimoniales-civiles no alteradas en su funcionamiento por presión alguna de los ordenamientos especiales patrimoniales, hay que juzgar como trascendental el que en los campos en que éstos son atrayentes el ordenamiento civil se mantenga como ordenamiento patrimonial básico. Traducción técnica de esta situación es la supletoriedad. O sea, frente

ba: "... se ha elaborado a la inversa; no es un producto de asimilación, sino un resto de desasimilación. Hoy no constituyen por ello su contenido un conjunto de problemas o de instituciones agrupadas en torno a ciertos principios con fuerza atractiva suficiente, sino todos aquellos problemas e instituciones de los que no han querido o no han sabido adueñarse las nuevas disciplinas desgajadas, con vida propia, del viejo tronco". A destacar la utilización de la palabra "resto" (residualidad, por ende) en el sentido histórico-relativo a que me refiero en el epígrafe 3.4 y no en el técnico. También habla de "fuerza atractiva" pero tampoco en sentido técnico, como es patente de la mera lectura del pedazo transcrito.

A destacar, a su vez, dos aportaciones sobre esa mutabilidad: HERNANDEZ-GIL, A. *El concepto del Derecho civil*. Madrid. 1949, pág. 9: "No puede abarcarse en una fórmula global, universalmente válida la definición del Derecho civil..."; y Antonio POLO "Las transformaciones del derecho privado" *Rev. Der. Priv.* 1934, págs. 356-368, en donde analiza los cambios operados desde el siglo XIX hasta aquellos turbulentos principios de siglo XX.

(23) En contra, o sea, afirmando la existencia de tales valores, citaremos a JORDANO BAREA, J.B. "Concepto y valor del derecho civil" *Iug. cit.*, pág. 719: "Sin embargo, por encima del plano histórico del concepto de Derecho civil, existe un plano apriorístico, suprahistórico, desde el cual es dable y hasta necesario contemplarlo en visión más alta para percatarse bien de su valor permanente, connatural a la misma existencia humana, y para comprender mejor el significado de las graves crisis que el viejo y perdurable *ius civile* —tan viejo y perdurable como la humanidad— ha atravesado a lo largo de su accidentada historia"; HERNANDEZ-GIL, A., voz "Derecho civil" en *Nueva Enc. Jur. Seix*, tomo I. Barcelona. 1950, pág. 159 y posteriormente en "Reflexiones sobre el futuro del derecho civil" *Rev. Der. Priv.* 1957, pág. 1179, niega la crisis de tal ordenamiento en base a la existencia de unos "valores permanentes" que encierra el mismo y que sistematiza en cinco apartados (págs. 1179-1181).

a la mayor concreción de los supuestos de hecho que figuran en las normas de los ordenamientos público, y privado patrimonial especial, el ordenamiento civil-patrimonial cubre con sus normas un mayor abanico de posibles supuestos de hecho a regular que cualquiera de los patrimoniales especiales (y en ocasiones, que el público), por lo que éstos se ven necesitados de llenar sus lagunas de normación acudiendo al civil. No sólo es el ordenamiento civil quien prevé esa su "expansión" hacia otros ordenamientos en el art. 4,3 C.c., sino que los propios ordenamientos patrimoniales especiales, y el público, toman en consideración y regulan esa posibilidad que desde su atalaya es una "incursión" o "invasión" de un ordenamiento ajeno en su ámbito. Para el público, basta con citar el art. 4 en sus números 1, 2 y 3 B) de la Ley de Contratos del Estado en el que la remisión se realiza al "Derecho privado" (24), y para los

(24) A resaltar que, sin embargo, en el campo del Derecho administrativo existe una corriente que tiende a negar al ordenamiento civil ese carácter. Así, estando vigente el derogado art. 16 del C.c. ("En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código"), GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 33, negaban la calidad de "especial" del Derecho administrativo a los efectos del mencionado precepto del C.c. Lo mismo hacía VILLAR PALASI; J.L. *Derecho Administrativo*. Madrid, 1968, pág. 65, pues no admite que el Derecho civil sea supletorio del administrativo. En parecidos términos, GARCIA TREVIJANO, J.A. *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid, 1964, tomo I, pág. 329: "El relleno de un vacío no procede siempre, como se cree, del derecho civil"; y aboga por la integración de las lagunas del derecho administrativo "por normas de ramas jurídicas similares a las que se trate".

Tras la reforma del Título Preliminar del C.c., los citados GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, en la edición de su *Curso...* Madrid, 1982, pág. 33, no varían su criterio a pesar de que el nuevo art. 4,3 C.c. suprimiera la coletilla "especiales", ciñéndose a "otras leyes"; Dicen aquellos autores: "En contra de la opinión tradicional de los civilistas, hay que decir que el artículo citado se refiere sólo a las leyes especiales del ordenamiento civil, pero no a las leyes especiales del ordenamiento administrativo, que es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus mismos principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados en el Derecho civil". Es decir, por un lado siguen entendiendo que el art. 4,3 C.c. habla de "leyes especiales" como el derogado art. 16, cuando ya no lo hace, y por el otro parecen olvidar que mal puede referirse el art. 4,3 a las leyes especiales "civiles" porque éstas tienen (todas ellas) en el C.c. un precepto de remisión que las sitúa en el mismo plano que el Código y hace innecesaria esa pretendida alusión en el art. 4,3 C.c. Es lo que sucede con la Ley del Registro civil (arts. 325-332 C.c.), con la Ley Hipotecaria (arts. 605-608 C.c.), con la Ley de Propiedad intelectual (arts. 428-429), etc. etc. En el art. 4,3 "otras leyes" no pueden ser, por lo tanto, "otras leyes civiles", deben ser aquellas que estén al margen del ordenamiento civil, de entre las que las administrativas forman parte. En este sentido, cfr. LALAGUNA, E. "Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes", *Rev. Der. Priv.* 1976, págs. 598-622, concretamente pág. 608. Léase también la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 reformador del Título Preliminar: "El otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que, siguiendo la línea del anterior art. 16, corresponde al Código civil, exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del Título preliminar".

privados especiales basta con traer a colación el ordenamiento mercantil y la remisión que al "Derecho común" lleva a cabo el art. 310 C. de c. en materia de depósito mercantil.

La conclusión derivada de esta situación, entiendo que es franca: el ordenamiento civil, mantiene una posición cualitativamente superior a los restantes ya que mientras que éstos deben recurrir a él para llenar sus lagunas, él es autosuficiente.

El frente cuantitativo de la ampliación de la entidad del ordenamiento civil, va referido al subordenamiento no patrimonial del civil. En este campo —y siempre desde la perspectiva de "lo que fue"— se aprecia una notabilísimo ensanchamiento normativo: son muchas las conductas que antes eran ajenas a la regulación civil, no eran contempladas por los supuestos de hecho de las normas de ese ordenamiento, y que hoy han sido acogidas en la órbita civil. Particularmente paladino es el fenómeno tras la aparición de la Constitución española de 1978.

No es el momento de pormenorizar, pero piénsese simplemente en dos grupos de normas. Ante todo, en la enorme trascendencia que ha tenido la reforma del Título IV del Libro I del Código civil por la ley de 7 de julio de 1981. Por lo que aquí nos concierne, esa reforma ha supuesto que el ordenamiento civil sea a partir de ella el único que regule el matrimonio. Al existir un único tipo o clase de matrimonio (25), desaparece la concurrencia que anteriormente se daba entre el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico. Ordenamiento, éste último, que a pesar de no ser estatal había históricamente hurtado —salvo breves paréntesis en 1870 y 1932— al ordenamiento civil, la normación de ese negocio jurídico básico del ordenamiento familiar. La expansión cuantitativa del ordenamiento civil es en este caso muy importante. Otro tanto podemos decir de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de "protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" que al desarrollar el art. 18,1 de la Constitución introduce en el ordenamiento civil unos específicos contenidos normativos cuya normación tradicionalmente había sido coto exclusivo del ordenamiento público y particularmente del penal.

A modo de resumen, diría que ni siquiera abandonando el plano

(25) No hay discrepancias entre la doctrina más autorizada sobre el carácter del Sistema matrimonial español, que es calificado casi unánimemente como de "matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración". *Vide* por todos: JORDANO BAREA, J.B. "El nuevo sistema matrimonial español" *Anuario Der. Civ.* 1981, pág. 912.

técnico y descendiendo a los contenidos históricos y actuales del ordenamiento civil, puede hablarse de crisis del ordenamiento o derecho civil. En todo caso, como ha quedado reflejado en las líneas anteriores, hay que hacerlo de "mutación de algunos contenidos", como particularidad no exclusiva del ordenamiento civil sino común a cualquier subordenamiento.

4.- EL CONCEPTO TECNICO DEL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL

Hecho el paréntesis anterior, y retomando el discurso lógico de construcción del concepto técnico de ordenamiento civil, puede resumirse diciendo que el mismo está compuesto por dos subordenamientos básicos: el privado no patrimonial y el privado patrimonial general. Y esa composición dual no sólo se justifica por razón de una dualidad de actividades objeto de regulación (no económicas de sujetos con personalidad jurídica no cualificada, y económicas no cualificadas de sujetos con personalidad jurídica no cualificada, respectivamente), además de esta razón, se aprecia una diferente potencialidad de atracción reguladora, una mayor energía reguladora en el ordenamiento privado no patrimonial que en el privado patrimonial general. Porque como ya dije, este último cede, es residual, frente a cualquier ordenamiento privado patrimonial especial y frente al público, mientras que el otro subordenamiento civil (privado no patrimonial) sólo es residual frente al público.

Ahora, se está en disposición de ensayar el buscado concepto técnico del ordenamiento civil. Puede definirse como aquel sector del ordenamiento jurídico, que regula en forma atrayente las relaciones no económicas y las económicas no cualificadas siempre que en ellas intervengan sujetos dotados de personalidad jurídica no cualificada, y en forma residual las económicas cualificadas y las económicas o no en que intervengan sujetos en razón de la existencia de una cualificación en su personalidad.

5.- NOTAS EN TORNO A LA SUBDIVISION DEL ORDENAMIENTO CIVIL EN ORDENAMIENTOS ESPECIALES O FORALES

Obtenido el concepto técnico del ordenamiento civil español y antes de cerrar este trabajo hay que apuntar, siquiera en forma de notas, ha-

cia una característica insólita de nuestro ordenamiento civil en relación a los restantes europeos: su subdivisión en ordenamientos civiles especiales o forales (El único caso citable es el de Yugoslavia, pero no olvidemos que se trata de una Federación de Repúblicas). Esta subdivisión nada que ver tiene con las analizadas hasta ahora, quedando al margen —por ende— de los criterios y factores señalados. Y, a vuelta pluma, presenta dos problemas técnicos fundamentales.

El problema inicial es el de cuál es el criterio de división y consiguientemente el factor determinante del mismo. El criterio es el de la atracción reguladora, pero con un sentido harto diferente al visto, porque es una atracción heterogénea: no tiene un funcionamiento igual en todo caso. Me explicaré. En las divisiones estudiadas hasta ahora el criterio de la atracción permitía una partición en dos bloques (público-privado, etc...), pero en la división del ordenamiento patrimonial privado en general y especial, he advertido que la dualidad no se enunciaba entre dos ordenamientos (*vide*: epígrafe 3.3 al principio), sino entre un ordenamiento y una categoría que recogía indistintamente a varios. Aquí, sucede algo parecido. La división contrapone por un lado al ordenamiento civil-común y por otro a la categoría de ordenamientos civiles especiales. Pero la atracción reguladora actúa entre todos ellos en su faceta atractiva, pero no en su faceta residual. Por ejemplo, cuando el ordenamiento civil balear entra en aplicación porque atrae la regulación para sí, no puede decirse que el ordenamiento civil navarro o el aragonés queden como residuales. No hay residualidad entre los especiales (como tampoco la hay entre los ordenamientos privados patrimoniales especiales). Pero tampoco hay residualidad cuando quien atrae la regulación sea el civil-común. Cuando, pongamos por caso, se aplican las reglas sobre régimen de gananciales del C.c. a un matrimonio sujeto a estas normas, no se provoca la residualidad de ningún ordenamiento civil especial, las normas sobre régimen económico matrimonial de los ordenamientos civiles catalán o balear no son residuales sino radicalmente inaplicables. La atracción que media entre los ordenamientos civiles especiales y entre el civil-común y cualquiera especial es una atracción de las que catalogué (epígrafe 2.2.1) como impropias.

Pero, ¿y la atracción que media, en su caso, entre un ordenamiento civil especial y el civil-común? Cuando se aplica una norma de un ordenamiento civil especial, ¿el ordenamiento civil-común actúa como residual? Tengamos en cuenta que la hipótesis que planteo ahora es inversa a la anterior, pues no me refiero a la atracción en dirección común-especial, sino en dirección especial-común (quien atrae es el civil-especial). El art. 13,2 del C.c. al establecer la supletoriedad del civil-común res-

pecto de los especiales parece dar a entender que sí hay residualidad, porque —como decíamos en el epígrafe 2.2.2 al final— la supletoriedad es la fórmula técnico-legal a través de la que se articula la residualidad. Lo que sucede es que tras el reconocimiento constitucional y estatutario de los ordenamientos civiles especiales, la cuestión admite otros planteamientos en contra de esa supletoriedad. Quede momentáneamente en suspenso esta vía, con objeto de proseguir el *iter* trazado.

Sabido cual es el criterio de división común-especiales y el alcance que tiene, hay que preguntarse por el factor determinante de ese criterio, el factor determinante de la atracción reguladora. No puede consistir en una cualificación de la personalidad porque nos adentraríamos en el ordenamiento público. Consiste en un estado civil: la vecindad civil. El art. 14,1 del C.c. y los arts. 5 de la Compilación de Vizcaya y Alava, 3 de la de Cataluña, 2 de la Balear... etc. (en tanto se remitan al C.c.) así lo establecen. A primera vista, la cuestión del factor determinante de la atracción tiene una fácil solución. Y digo "a primera vista" por cuanto es así en relación a los seis ordenamientos civiles especiales existentes antes de la entrada en vigor de la Constitución. Estos seis ordenamientos (aragonés, balear, catalán, gallego, navarro y vizcaíno-alavés) civiles, tienen su apoyo en el reconocimiento constitucional del art. 149,1,8ª, sumado a los respectivos preceptos estatutarios (26) y a la existencia de un texto legal-base de los mismos. Pero, junto a ello, existe algún Estatuto de Autonomía que habla de ordenamiento civil propio, en regiones o nacionalidades que carecen de un previo texto legal-base (Compilación, para entendernos), como ocurre con el art. 31,2 del Estatuto valenciano al referirse al "Derecho Civil Valenciano". Aún admitiendo la constitucionalidad de esa norma, (porque siempre puede alegarse que aunque Valencia carezca de Compilación posee un derecho civil consuetudinario..., o que el término "allí donde existan" del art. 149,1,8ª Constitución no exige necesariamente la vigencia del ordenamiento civil propio en el momento de entrada en vigor de la misma, tesis ambas poco convincentes, en principio) existe un obstáculo prácticamente insalvable cual es la falta del factor determinante de la atracción de ese sedicente ordenamiento civil valenciano: no existe la vecindad civil valenciana. Y si tratando de soslayar esta dificultad concluyéramos aplicando el art. 4,1 del mencionado Estatuto, resultaría aún más absurdo el resultado: el ordenamiento civil valenciano sería el único cuyo factor determinante de la atrac-

(26) *Vide* sobre el particular: arts. 35,1,4ª y 29,1 Estatuto de Aragón; 7, 10,22, 16,1 a, 47,2 y 49,1 a, Estatuto de Baleares; 7,1 9,2 y 20,1 a, Estatuto de Cataluña; 10,5 y 14,1 a, Estatuto de Euzkadi; 27,4º y 22,1 a, Estuto de Galicia; 48,1 y 2 61,1 Amejoramiento Navarro.

ción sería la vecindad administrativa, frente a los restantes en que lo es la vecindad civil (27).

El segundo y último problema lo inicié dejándolo en vía muerta, en líneas anteriores. Se trata de la cuestión de las relaciones de los ordenamientos civiles especiales entre sí y con el civil-común, lo que equivale a preguntarse por la composición del ordenamiento civil español desde esta perspectiva territorial. El planteamiento admite dos soluciones: o concluimos que el ordenamiento civil español está compuesto por unos subconjuntos de ordenamientos civiles en situación paritaria, o bien que existiendo un ordenamiento común que sirve de marco de referencia general coexisten a su vera otros subordenamientos civiles especiales, conectados a aquel por la vía de la supletoriedad tal como parece deducirse del citado art. 13,2 del C.c. Solucionar esta disyuntiva es algo que requiere como mínimo tantas palabras como las hasta este instante empleadas, por lo que en esta ocasión renuncio a intentarlo. No se vea en esta renuncia un deseo de no comprometerme en un sentido u otro, sino el reconocimiento de que el problema excede el cuadro de este trabajo, aunque al mismo tiempo su mención es precisa para cerrarlo. Parece evidente que estamos ante una cuestión de interpretación constitucional en la que se conjugan junto a aspectos rigurosamente técnicos otros ideológicos tradicionalmente irreconciliables, y en la que con frecuencia los análisis jurídicos están apriorísticamente encauzados por convicciones políticas, por lo que no es raro que se confundan los deseos con las realida-

(27) Y todo ello, sin entrar en los problemas que plantea la conexión entre estas dos vecindades (civil y administrativa) en tanto determinantes de estatutos diferentes, en ocasiones, en un mismo sujeto. Al respecto, me remito a lo que dije en: "Vecindad administrativa y vecindad civil: génesis de un concepto legal", *Rev. Jur. Catal.* 1981, págs. 133-178; Y en "Le istituzioni e il diritto civile spagnolo" *Sindacati e istituzioni: il caso spagnolo*. Bologna. 1981, págs. 131-144. Sobre este tema en particular, así como en general sobre las cuestiones de Derecho interregional postconstitucional, es indispensable el trabajo de Luis GARAU JUANEDA "Comunidades Autónomas y Derecho interregional" en *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Interregional*. Santiago de Compostela. 1982, págs. 111-166.

des jurídico-positivas. El Tribunal Constitucional, también en esta tesitura, tiene la última palabra (28).

(28) Las posiciones antagonicas al respecto hallan su paradigma en las tesis de Carlos LASARTE y de Encarna ROCA.

Para el primero, *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución española*. Madrid. 1980, el ordenamiento privado patrimonial es único, y por ende el ordenamiento patrimonial civil es constitucionalmente único para todo el Estado, con lo que los ordenamientos forales civiles tendrán como exclusivo contenido el no patrimonial o familiar-sucesorio (cfr. págs. 104-106 y 154-156). En resumen, dentro del ordenamiento civil, diferencia un macroordenamiento civil patrimonial de ámbito estatal, y unos microordenamientos civiles familiar-sucesorios de ámbito autonómico conectados, a su vez, a un macroordenamiento familiar-sucesorio.

Para Encarna ROCA, en su interesante y extensa incursión por el campo de la lógica formal "L'estructura de l'ordenament civil espanyol" *Rev. Jur. Catal.* 1983, págs. 125-180, la síntesis de la cuestión es ésta: "La Constitució espanyola configura l'ordenament jurídic civil con un conjunt format per diversos ordenaments (aquells creats per les Comunitats autònomes amb dret civil propi al moment d'entrada en vigor de la Constitució), ordenaments que formaran els subconjunts del marc ordenament espanyol". (pág. 129).

A esta última posición se adhiere, matizadamente, FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F. en "La materia civil desde el punto de vista competencial: algunas precisiones" *Rev. Jur. Cat.* 1983, págs. 181-194.

**CONSIDERACIONES EN TORNO
AL PLANTEAMIENTO DE LA
DENOMINADA "CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD"**
*(Comentario de la sentencia del
Tribunal Constitucional de 1 de
junio de 1981)*

ABELARDO RODRIGUEZ MERINO
Doctor en Derecho
Universidad de Valladolid

**1. INTRODUCCION. BREVE DELIMITACION DEL CONCEPTO
"CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD"**

El objeto de este pequeño trabajo se centra en el análisis de lo que podríamos denominar "actuación" o "comportamiento" de los órganos judiciales ante el planteamiento de "cuestiones de inconstitucionalidad" ante el Tribunal Constitucional.

Este tema nos ha parecido interesante desde su conformación en nuestro derecho, y en estos momentos consideramos que debe ser objeto de reflexiones por muy diversas razones, pero fundamentalmente quizá sea la de que a la doctrina española, ante la evidente e importante novedad de la andadura jurisprudencial del Tribunal Constitucional, le ha llamado primordialmente la atención el tema del "recurso de amparo" y también, aunque en menor medida, el del "recurso de inconstitucionalidad", olvidándose un poco de la denominada "cuestión de inconstitu-

cionalidad" (1); y también porque, curiosamente, son pocas las "cuestiones" que acceden al Tribunal Constitucional, quizá precisamente porque éstas suponen el "principal" mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, y los jueces y Tribunales se muestran en un principio un poco cautelosos respecto al Tribunal Constitucional.

El art. 163 de nuestra Constitución contempla lo que, con posterioridad, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) ha venido a denominar "cuestión de inconstitucionalidad", configurándose este instituto en dicha Ley, como luego veremos, como un proceso autónomo para la declaración de inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley.

Dicho precepto constitucional dice literalmente lo siguiente: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

Es interesante señalar, por otra parte, que este precepto fue uno de los más polémicos en la elaboración del tema del control de la constitucionalidad de las leyes en el proceso constituyente. El art. 154 del Anteproyecto constitucional (2), que contenía la regulación de la "cuestión de inconstitucionalidad" que, salvo algunas matizaciones se ha conservado en el actual texto, si bien durante los sucesivos trámites seguidos para la génesis del citado precepto se sucedieron ciertos cambios sustanciales en el texto, fundamentalmente se pretendió evitar que cualquier

(1) Como excepción, y a título de ejemplo, señalamos los trabajos de J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, págs. 151 a 173; J. GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, págs. 261 a 267, y del mismo autor *La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad*, en el volumen colectivo "El Tribunal Constitucional", II, Madrid, 1981, págs. 1219 a 1238; A. PEREZ GORDO, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982, págs. 109 a 287, y del mismo autor *Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad*, en el volumen colectivo "El Tribunal Constitucional", III, Madrid, 1981, págs. 2119 a 2168.

(2) El art. 154 del citado Anteproyecto decía: "Cuando algún juez o tribunal de oficio considere en algún proceso que una norma legal invocada puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que decida sobre la constitucionalidad de aquélla". Se puede ver el texto íntegro del Anteproyecto en el volumen "Constitución Española. Trabajos Parlamentarios", I, Madrid, 1980, ed. por el servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, ed. preparada por F. SAINZ MORENO, págs. 7 a 36.

órgano judicial pudiese plantear “cuestiones de inconstitucionalidad”, y a este respecto se propugnaba que sólo pudiese ser planteado el “incidente” por órganos colegiados en la tramitación de recursos de apelación o de casación, intento que resultó infructuoso, como se puede deducir de la lectura del art. 163 de nuestra Constitución (3).

El ya citado art. 163 de nuestro Texto fundamental contiene una serie de notas que se pueden concretar de la siguiente forma:

- la “cuestión de inconstitucionalidad” debe plantearse en ocasión de algún proceso seguido ante un órgano jurisdiccional;
- debe ser planteada por ese mismo órgano; y
- debe afectar a una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo del órgano jurisdiccional.

Es evidente, aunque no aparezca claro de la lectura del Título IX de nuestra Constitución y menos aún de la del art. 161.1 del texto constitucional (4), que la “cuestión de inconstitucionalidad” viene a ser una “segunda vía” o cauce procesal para la declaración de inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley, que podemos denominar “incidental”, cuya característica fundamental es la de la concreción, y a este respecto hay que delimitarlo o diferenciarlo nítidamente del llamado “recurso de inconstitucionalidad”. Este instituto viene a ser el “cauce principal” o “vía de acción”, auténtico proceso jurisdiccional específico y autónomo, a través del cual se ejercita la acción de inconstitucionalidad por los órganos legitimados a tenor del art. 162.1 a) de la Constitución, en cuanto

(3) A este respecto, vid. el Informe de la Ponencia publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el 17 de abril de 1978, el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el 1 de julio de 1978, el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión de 20 de julio de 1978 recogido en el “Diario de Sesiones del Congreso de Diputados”, nº 115, año 1978, esp. págs. 4515 a 4532, el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el 6 de octubre de 1978, las “Modificaciones al Texto del Proyecto de Constitución remitido por el Congreso de los Diputados”, publicadas en el “Boletín Oficial de las Cortes” el día 13 de octubre de 1978, y el Dictamen de la Comisión mixta publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el día 28 de octubre de 1978. Este tema ha sido tratado más extensamente en mi trabajo *Aspectos procesales de la actividad de declaración de inconstitucionalidad*, tesis doctoral inédita, Valladolid, 1982, págs. 319 a 352.

(4) Si bien la LOTC se ha preocupado de precisar que existen dos cauces perfectamente diferenciados para declarar inconstitucionales las leyes y las normas con fuerza de ley. El Título II de dicha ley, que se refiere al “recurso de inconstitucionalidad” y a la “cuestión de inconstitucionalidad”, viene encabezado por la frase “De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad” y el art. 29.1 LOTC dice expresamente que: “la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante a) el recurso de inconstitucionalidad; b) la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”.

pretensión impugnativa "en abstracto referida a una ley o norma con fuerza de ley (5).

Por el contrario, la "cuestión de inconstitucionalidad" tal como está planteada en nuestro derecho surge como un incidente en un proceso jurisdiccional concreto, en el que se plantea una cuestión prejudicial que paraliza el procedimiento, como luego veremos, si bien se configura como un proceso formalmente autónomo, que se desarrolla con independencia del proceso que podemos denominar principal (6).

La función de la "cuestión de inconstitucionalidad" es pues fundamentalmente la de impedir que se produzcan efectos inconstitucionales concretos e inmediatos respecto de situaciones subjetivas litigiosas en un proceso pendiente de resolución.

Los arts. 35 a 37 de la LOTC han venido a desarrollar el art. 163 de la Constitución y han completado, en consecuencia, la regulación de la "cuestión de inconstitucionalidad". De dichos preceptos, y en cuanto como indicábamos anteriormente el objeto de nuestro trabajo es analizar la "actuación" o "comportamiento" de los órganos judiciales ordinarios en el planteamiento de "cuestiones de inconstitucionalidad" ante el Tribunal Constitucional, nos interesa, como veremos, analizar especialmente el art. 35.

Dicho precepto, un tanto extenso y dividido en dos apartados, dice literalmente:

"1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley".

(5) La denominación del "recurso de inconstitucionalidad" como "control abstracto" de normas se deriva del influjo del modelo alemán (el *abstrakte Normenkontrolle* alemán aparece como equivalente a nuestro recurso de inconstitucionalidad), en cuanto para instar dicha vía de acción por los órganos legitimados para ello sólo basta alegar y justificar la divergencia entre ley y Constitución, no precisándose como requisito de legitimación invocar agravio o perjuicio por la aplicación de la norma presuntamente inconstitucional. Vid. J. ALMAGRO NOSETE. *El Derecho procesal en la nueva Constitución*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1978, n° 4, pág. 890.

(6) Vid. A. PEREZ GORDO, *Problemática procesal de la promoción por los Organos Judiciales...* op. cit., pág. 2128.

“2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”.

De la lectura de este precepto se pueden hacer una serie de matizaciones que consideramos interesantes.

En primer lugar, hay que hacer una brevísima referencia del término “*considerare*” que el legislador ha recogido en el art. 35.1 LOTC. Creemos al respecto que el término “considerar” implica un juicio de valor que ha de realizar el órgano jurisdiccional al que se le plantea la posible inconstitucionalidad de una norma a aplicar en un proceso, y no de un simple interrogante respecto a la posible inconstitucionalidad de dicha norma, es decir, que el juez que plantea el tema debe llegar a justificar su convencimiento o duda razonable de que la norma a aplicar no es constitucional, y no se debe limitar a plantear una mera duda no razonada.

En segundo lugar, se observa del mismo art. 35.1 LOTC que el órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto en el que surge el incidente de inconstitucionalidad puede considerar el planteamiento de la “cuestión” *de oficio o a instancia de parte*. Es criticable la utilización del término “a instancia de parte” en cuanto puede resultar equívoco a los efectos de la determinación de quién pueda iniciar esta vía indirecta de declaración de inconstitucionalidad (7). Es evidente que la inclusión de dicho término por el legislador viene a recoger la posibilidad de que las partes del proceso donde surja la “cuestión” puedan alegar, como fundamento de su pretensión, la supuesta inconstitucionalidad de la ley

(7) En este sentido A. PEREZ GORDO, *Problemática procesal de la promoción por los Organos Judiciales...* op. cit., págs. 2131 y 2132; y el mismo autor en *Prejudicialidad penal y constitucional...*, op. cit., págs. 126 y 127.

aplicable al caso (8). Pero es también evidente que esta instancia concedida a las partes para "sugerir" la presunta inconstitucionalidad de la ley aplicable no se puede considerar como "legitimación para el ejercicio del derecho a la jurisdicción constitucional, pues esta facultad está vedada a las partes" (9). No es, pues, mas que una posibilidad que se les concede dentro de la jurisdicción ordinaria, posibilidad que se puede agotar en el momento en que el órgano jurisdiccional considere infundada la "cuestión" sugerida.

En tercer lugar, hay que indicar que el postulado inicial del art. 35.2 LOTC ha tratado de desarrollar la idea contenida en el art. 163 de la Constitución, en el sentido de que la "cuestión de inconstitucionalidad" no se configurase como un instrumento dilatorio, y a este respecto hemos visto que establece que "el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia". Ahora bien, antes de decidirse a plantear el tema ante el Tribunal Constitucional, el juez debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que estimen conveniente sobre la pertinencia del planteamiento de dicha "cuestión" en un trámite que podríamos denominar como "incidente previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad", y, una vez proveído dicho trámite, decidirá el juez definitivamente sobre la procedencia del planteamiento de dicha "cuestión" mediante "auto", y en el caso de que resuelva a favor del planteamiento de la "cuestión"; en dicha resolución, que lógicamente debe ser motivada, deben de contenerse tres cuestiones que indica el citado art. 35.2 LOTC:

- la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona;
- el precepto constitucional concreto que se supone infringido; y
- la justificación de que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

Pero, además, como indicábamos anteriormente, en dicho "auto", el juez no debe limitarse a transmitir las dudas de constitucionalidad de una norma que le hayan podido sugerir las partes, debe considerar como presumible la inconstitucionalidad de una norma, si bien hay que entender a este respecto que los preceptos que regulan la "cuestión de inconstitucionalidad" no imponen necesariamente al órgano judicial una radical afirmación de inconstitucionalidad y consideramos que permiten que

(8) Vid. F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGON REYES, *La jurisdicción constitucional*, en el volumen "La Constitución española de 1978", Madrid, 1978, pág. 833.

(9) Cfr. J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional...*, op. cit., pág. 158.

el planteamiento se haga en los casos de duda e indeterminación entre dos juicios contradictorios, si bien el juez debe exteriorizar dichos razonamientos.

II. LA INFLUENCIA DE LOS MODELOS ITALIANO Y ALEMÁN EN LA CONFIGURACION EN NUESTRO DERECHO DE LA "CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD"

En materia de "justicia constitucional" y, en concreto, en lo relativo al control de la constitucionalidad de las leyes, nuestra Constitución y la LOTC han seguido fundamentalmente los modelos italiano y alemán (10).

En estos sistemas también se combinan un procedimiento directo o "vía de acción" y un procedimiento incidental o "vía de excepción", similares a nuestra "cuestión de inconstitucionalidad", con el objeto de declarar inconstitucionales las normas con fuerza de ley (11).

En el derecho italiano, esta vía incidental no aparece expresamente prevista en su Constitución de 22 de diciembre de 1947, si bien es posteriormente introducida en el art. 1 de la ley constitucional n° 1, de 9 de febrero de 1948, de la siguiente forma:

"La *pregiudizialità costituzionale* (cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial de constitucionalidad) de una ley o de un acto con fuerza de ley de la República, elevada de oficio o planteada por una de las partes con ocasión de un proceso y no considerada por el juez manifiestamente infundada, será remitida a la *Corte costituzionale* para su decisión".

En el derecho alemán, la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 contempla el sistema incidental de declaración de inconstitucionalidad de leyes en su artículo 100.1:

(10) Sobre la influencia de estos modelos en nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, he tratado ampliamente en mi trabajo antes citado *Aspectos procesales de la actividad...*, págs. 374 y ss.

(11) En el derecho alemán el denominado *konkrete Normenkontrolle* y en el derecho italiano la denominada *pregiudizialità costituzionale*. Por otra parte, en el derecho alemán también se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley por medio de la *Verfassungsbeschwerde* (queja constitucional o recurso de queja constitucional), en cierto modo similar a nuestro "recurso de amparo".

“En el caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspender el proceso y si se trata de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal”.

Como se puede observar, tanto en el modelo alemán como en el italiano se dan los presupuestos que han sido recogidos por el art. 163 de la Constitución española, es decir, planteamiento de la presunta inconstitucionalidad de una norma con rango de ley en un proceso ante un órgano jurisdiccional, y trascendencia de dicha norma para la solución del proceso. Ahora bien, hay ciertos matices en cada uno de los dos sistemas señalados que hacen que tenga en cada uno de ellos una configuración distinta el papel del juez en el planteamiento de dichas “cuestiones”.

En el modelo italiano, a este respecto, hay que hacer mención del art. 23 de la ley nº 87, de 11 de marzo de 1953, reguladora de las normas sobre constitución y funcionamiento de la *Corte Costituzionale*, pues este precepto desarrolla, en parte, el citado art. 1 de la ley constitucional de 9 de febrero de 1948, disponiendo lo siguiente:

“En el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional, una de las partes o el Ministerio Público pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad mediante instancia expresa indicando:

- a) Las disposiciones de la ley o del acto con fuerza de ley del Estado o de una Región, viciados de inconstitucionalidad.
- b) Las disposiciones de la Constitución o de las leyes constitucionales que se consideren violadas.

La autoridad jurisdiccional, cuando el juicio no pueda ser resuelto con independencia de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad o no considere que la cuestión planteada sea manifiestamente infundada, emitirá ‘auto’ por medio del cual, expresados los términos y motivos de la instancia ante la cual fue planteada la cuestión, dispondrá la inmediata transmisión de lo actuado a la *Corte Costituzionale* y suspenderá el juicio en curso.

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada, de oficio,

por la autoridad jurisdiccional ante la cual está pendiente el juicio por medio de 'auto' en el que se contengan las indicaciones previstas en las letras a) y b) del primer párrafo y las disposiciones al respecto del párrafo precedente...".

De estas normas se desprenden una serie de notas que vamos a destacar.

Por un lado, la "cuestión" puede ser planteada en el curso de un proceso, bien de oficio por la autoridad jurisdiccional, bien por las partes o el Ministerio Fiscal, en base a dos condiciones fundamentales:

— que la "cuestión" tenga trascendencia, en el sentido de que la sentencia a dictar en el proceso venga determinada por la solución de dicha "cuestión"; y

— que la "cuestión" no sea considerada manifiestamente infundada por la autoridad judicial.

Las partes, el Ministerio Fiscal y el Juez, en su caso, tienen la iniciativa en el planteamiento de dichas cuestiones, si bien, en el supuesto de que sea planteada por las partes o el Ministerio Fiscal, el juez debe analizar si el tema tiene trascendencia en cuanto al resultado del proceso pendiente y si la "cuestión" no resulta "manifiestamente infundada", actuando, en cierta manera, como una especie de "filtro" a la iniciativa de las partes, con el objeto de impedir el acceso a la *Corte Costituzionale* de "cuestiones" carentes de fundamento, planteadas con el objeto de dilatar la marcha del proceso principal (12).

En el modelo alemán, los párrafos 80 a 82 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) (13) de 12 de marzo de 1951 (14) contemplan el desarrollo legislativo del artículo 100.1 de la Constitución alemana antes citado.

Desde la perspectiva que nos hemos planteado en este trabajo, nos interesa, en este momento, transcribir los tres primeros números del párrafo 80 BVerfGG:

(12) Vid. S. GALEOTTI y B. ROSSI, *El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar*, en "Revista de Estudios Políticos", n.º 7, enero-febrero 1979, págs. 131 y 132. También G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1977, pág. 95.

(13) En adelante BVerfGG.

(14) La versión actualizada de la BVerfGG es de 3 de febrero de 1971.

“1. Cuando se den los presupuestos indicados en el art. 100.1 de la Constitución, la decisión del Tribunal Constitucional Federal debe ser solicitada de forma inmediata por los Tribunales”.

“2. La decisión motivada debe indicar los límites dentro de los cuales la resolución del Tribunal *a quo* depende de la validez de la disposición normativa impugnada, así como con que norma de rango superior sea la misma incompatible. Deberán remitirse los autos”.

“3. La demanda del Tribunal no presupone que la nulidad de la norma haya sido hecha valer por una parte del proceso *a quo*”.

Como se puede observar, a diferencia del modelo italiano, el juez alemán al plantearse la “cuestión de inconstitucionalidad” no examina si la “cuestión” es fundada o manifiestamente infundada, sino que tiene que llegar al pleno convencimiento de que la ley a aplicar en el litigio concreto es nula (15). La “cuestión de inconstitucionalidad”, como se puede observar del párrafo 80.3 BVerfGG, se inicia en el modelo alemán mediante demanda (*Antrag*) del Tribunal jurisdiccional, y dicho acto es independiente de las posibles alegaciones al respecto por las partes en el proceso. Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe de motivar su planteamiento en el sentido de que la resolución que vaya a dictar en el proceso depende de la validez de la norma aplicable y, además, la incompatibilidad de dicha norma con la norma fundamental (párrafo 80.2 BVerfGG).

La doctrina alemana considera que la característica fundamental del control de constitucionalidad en “vía incidental” radica en la consideración, en estos supuestos, de una auténtica “*Richterklage*” (“acción de los jueces”), y la diferencia del *konkrete Normenkontrolle* respecto del *abstrakte Normenkontrolle* radica en que en las “cuestiones de inconstitucionalidad” el tema se plantea a instancia de los jueces en un litigio concreto (16).

En el modelo italiano, en cambio, los jueces propiamente no plantean la *pregiudizialità costituzionale* —salvo en el supuesto de que lo estimen de oficio— actuando mas bien como una especie de “filtro entre la iniciativa de la parte y el acceso a la *Corte Costituzionale*” (17),

(15) Vid. E. FRIESENHAHN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Milán, 1965, pág. 69.

(16) Vid., por ejemplo, W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12 März 1951 Kommentar*, Berlín-Frankfurt, 1952, pág. 254.

(17) Vid. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., págs. 95 y 96.

siendo el papel del juez en dicho modelo menos relevante, dado que sólo debe analizar —sin entrar en otras consideraciones— si el pleito puede o no ser resuelto con independencia de la “cuestión de inconstitucionalidad”, o bien si dicha cuestión que les ha sido planteada de forma manifiesta.

La iniciativa de la parte presenta en el modelo italiano una relevancia especial que no se contempla en el modelo alemán y que aparece bastante debilitada en el modelo español. Sin embargo, la doctrina italiana tampoco habla en estos supuestos de legitimación de las partes para plantear la *pregiudizialità costituzionale*. Se habla más bien de “denuncia” (18), o de “denuncia *pro populo*” (19) y también de “controversia entre las partes” (20).

Por el contrario, como hemos visto antes, en el sistema alemán la intervención del órgano judicial en el planteamiento del *konkrete Normenkontrolle* es fundamental desde el momento en que la posible intervención de las partes del proceso que origina la “cuestión” aparece deliberadamente minimizada por el mismo legislador.

Podemos decir que el modelo español quizá, aparte de la evidente influencia de ambos sistemas, muestra una mayor similitud con el alemán, en cuanto el juez que plantea la “cuestión de inconstitucionalidad” debe *considerar* que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución; y creemos que el término “*considerar*” implica un juicio de valor que ha de realizar el órgano jurisdiccional, y no un simple análisis respecto a si la “cuestión” es manifiestamente fundada o no.

Ahora bien, por otro lado, y según Almagro, no se puede hablar de legitimación de los órganos judiciales para promover la “cuestión de inconstitucionalidad”, dicha potestad hay que situarla en un área diferente a la de la legitimación: “el juez no es parte, ni puede decirse que vincula al Tribunal Constitucional a dictar sentencia sobre la cuestión

(18) Así P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, en sus “*Opere Giuridiche*”, III, Nápoles, 1968, pág. 383. Este trabajo fue publicado en Padua en 1950, si bien hemos utilizado la edición recogida en el volumen reseñado. Existe de este trabajo una traducción al castellano de S. SENTIS MELENDO en el volumen P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, págs. 21 a 120.

(19) Vid. E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Milán, 1957.

(20) Vid. G. AZARITI, *Gli effetti delle pronuncie sulla costituzionalità delle leggi*, en “*Rivista di Diritto Processuale Civile*”, 1950, pág. 185 y ss.

propuesta... esta facultad-deber significa, formalmente, una limitación a la regla 'iura novit curia' en tanto que el juez como aplicador del derecho al caso concreto debe abstenerse de resolver cuando duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable" (21). A este respecto, por otra parte, Pérez Gordo indica que el órgano judicial que está conociendo de un asunto en un proceso jurisdiccional "lleva a cabo un conjunto de actos que constituyen una denuncia pública, que va a servir, en este caso, de presupuesto, de vehículo introductorio de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional" (22).

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1981, N° 17/1981

El Tribunal Constitucional dictó el 1 de junio de 1981 sentencia (23) en la que este órgano resolvía por segunda vez una "cuestión de inconstitucionalidad" planteada por un órgano jurisdiccional.

La cuestión le había sido promovida por el Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, quien planteaba la posible contradicción del art. 252, núms. 2 y 3 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña respecto al art. 39.2 de la Constitución. La presunta inconstitucionalidad de dicha norma había sido sugerida en un juicio declarativo de mayor cuantía por la parte demandada una vez terminada la fase de conclusiones, y el Magistrado-Juez del Juzgado núm. 7 de Barcelona, oídas a las partes y al Ministerio Fiscal acordó el planteamiento de la "cuestión".

Independientemente del interés del problema de fondo, dicha sentencia tiene para nosotros un especial interés en cuanto, por vez primera, se plantea el Tribunal Constitucional la función que el juez realiza al plantear la "cuestión de inconstitucionalidad". De dicha sentencia vamos a analizar y comentar el apartado 1° de los "Fundamentos Jurídicos", que es donde, fundamentalmente, se desarrolla el tema que nos habíamos planteado.

Vamos a entresacar algunos párrafos de dicha sentencia:

(21) Cfr. J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, op. cit., págs. 155 y 156.

(22) Cfr. A. PEREZ GORDO, *Problemática procesal de la promoción por los Organos Judiciales...*, op. cit., pág. 2133.

(23) Publicada en el 'Boletín Oficial del Estado' de 16 de junio de 1981. Ponente de esta sentencia es el Magistrado Francisco RUBIO LLORENTE.

“La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada... La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras, un alto grado de inseguridad jurídica... La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas...”.

“La regulación constitucional (art. 163 de la Constitución) y legal (art. 35.1 de la LOTC) de la cuestión de inconstitucionalidad no requiere como condición necesaria y suficiente para su planteamiento, como ocurre en algún otro sistema, la de que el juez o tribunal no considere como manifiestamente infundada una cuestión suscitada por alguna de las partes del proceso. Los preceptos indicados condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el art. 35.2 de la LOTC. No puede el juez, ni remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones

que la abonan, pues ni las partes de un proceso están legitimadas para proponer la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de ley...”.

“Por último, la doble exigencia de que la cuestión haya de plantearse una vez concluso el procedimiento y de que el planteamiento haya de especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, obligan al órgano competente a exponer ante este Tribunal la situación procesal y, sobre todo, el esquema argumental en razón del cual el contenido de su fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona...”.

La primera de las cuestiones que vamos a reseñar en el comentario de esta sentencia es la de que se consagra, en primer lugar la consideración de la “cuestión de inconstitucionalidad” como un cauce procesal, distinto del “recurso de inconstitucionalidad”, pero con la misma pretensión de declarar la inconstitucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley con el objeto de preservar el orden constitucional. Ahora bien, aún cuando a través de la “cuestión de inconstitucionalidad” se pretende como en el “recurso de inconstitucionalidad” la preservación de la constitucionalidad de las leyes, hay que tener en cuenta que en la “cuestión”, y como diferencia respecto a la “vía directa”, en ningún caso se puede hablar de acción de los jueces, sino, como aclara el Tribunal Constitucional, de un “instrumento” necesario puesto a disposición de los tribunales ordinarios en su función de aplicación del derecho al caso concreto, y en cuanto les está vedada la posibilidad de declarar inconstitucionales normas con fuerza de ley en aras del principio de “seguridad jurídica”. Por otro lado, es interesante señalar que en la sentencia que comentamos se indica que la “cuestión de inconstitucionalidad” debe ser un “instrumento” que asegure la colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional con el fin de promover de forma dinámica la adecuación de las normas a la realidad social de cada momento.

En este texto, además, se deja perfectamente claro que la “cuestión de inconstitucionalidad” no es un mero instrumento de transmisión de dudas sugeridas. En primer lugar, la sentencia que comentamos sale al paso del contenido que el término “considere” del art. 35.1 LOTC debe tener. Aparece claro del texto el rechazo del modelo italiano, el juez, en nuestro modelo, no debe ser un mero “filtro” entre las sugerencias de las partes y el Tribunal Constitucional, y el planteamiento de la “cues-

ción" está condicionado por el hecho de que el juez *estime o juzgue* que una norma a aplicar en un proceso sea inconstitucional, lo haya estimado de oficio o como consecuencia de la sugerencia de alguna de las partes, o, en todo caso, dude razonablemente de su constitucionalidad, y a este respecto debe exponer sus razonamientos. En segundo lugar, dicha sentencia, por otro lado, establece claramente que en ningún caso las partes están legitimadas para interponer las "cuestiones de inconstitucionalidad", interpretando adecuadamente el art. 35.1 LOTC de acuerdo con el espíritu del art. 163 de la Constitución. Las partes pueden alegar la presunta inconstitucionalidad de una norma a aplicar en un proceso concreto, y ante cualquier instancia de dicho proceso seguido ante órganos de la jurisdicción ordinaria o especial, pero en todo caso corresponde al juez o tribunal que esté conociendo del asunto plantear la "cuestión", quien, como dijimos anteriormente, debe hacer al respecto un juicio valorativo en torno a la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Y, por último, y al igual que en los modelos italiano y alemán que en este aspecto se muestran totalmente coincidentes, el juez al plantear la "cuestión" debe justificar en qué medida depende la resolución del proceso de la norma cuestionada y a este respecto el Tribunal Constitucional ha determinado que es necesario que el juez exponga la situación procesal del juicio *a quo* y las razones de que su fallo vaya a depender de la aplicación al caso concreto de la norma presuntamente inconstitucional.

EL CONCEPTO DE OMISION Y LA NEGLIGENCIA*

WOLFGANG SCHÖNE
Universidad de Bonn

A

Con respecto al concepto de omisión existe actualmente acuerdo en que uno de sus criterios es la no realización de una determinada acción. Omitir no significa "no hacer nada", sino "no hacer algo" (1). También existe un acuerdo casi total en el sentido de que la acción no realizada tiene que haber sido posible para quien no actuó. Tan sólo Baumann (2) y Jescheck (3) parecen ser los únicos que desean renunciar a este elemento. Pero en lo demás, las opiniones divergen. Por una parte, se discute cómo han de ser determinados los presupuestos de la posibilidad de la acción. Por otra, hay controversia acerca de si la acción no realizada pero posible tiene que ser "esperada" u "ordenada" a fin de que se pueda hablar de una omisión.

I. De las cuestiones controvertidas aquí mencionadas, será considerada sólo brevemente aquélla vinculada con la pertenencia de una expectativa de acción al concepto de omisión; pues una nueva discusión de la "teoría de la expectati-

*La primera versión de este trabajo fue publicada en la *Juristenzeitung*, Tubinga 1977, pág. 150 ss. En este trabajo utilizo las expresiones "acción final" o "actividad final" como equivalentes de las expresiones alemanas "finale Handlung" o "finale Tätigkeit".

(1) Cfr. ya von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª edición, Berlín y Leipzig 1884, pág. 116; además, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga 1959, pág. 25, con bibliografía en la nota 6.

(2) Baumann (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª edición, Bielefeld 1975, pág. 203) está por cierto dispuesto a hacer concesiones a la opinión dominante, por lo que respecta a la "praxis jurídica", pero desea que la imposibilidad de actuar sea tratada *teóricamente* sólo al considerar la antijuridicidad.

(3) Jescheck (*Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Berlín 1972, pág. 170) considera como suficiente una capacidad "general" de acción; según él, "omite" también quien en concreto es incapaz de actuar en la medida en que una hipotética persona normal en su lugar pudiera haber realizado la acción.

va" (4) implicaría en lo esencial repetir los argumentos que ya en 1959 Armin Kaufmann adujera contra esta teoría (5). En todo caso, cabe agregar lo siguiente: La vitalidad de la teoría de la expectativa está manifiestamente vinculada con la vaguedad que presenta el concepto de omisión, "no realización de una acción posible", en la medida en que la posibilidad de la acción es entendida únicamente en un sentido "físico-real"; si se reconocen también los componentes síquicos de la posibilidad de la acción, ya no hay necesidad de una delimitación más precisa a través de la característica de la "expectativa" (6). Sobre todo, parece no

(4) Cfr. por ejemplo, Blei, *Strafrecht, I. Allgemeiner Teil*, 16 edición, Munich 1975, pág. 69 y s.; Bockelmann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Munich 1975, pág. 129; Dreher, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 36 edición, Munich 1976, Nota 4 antes del § 1; Gallas, *ZStW 67 (1955)*, pág. 8 y s. y nota 28; Hardwig, *ZStW 74 (1962)*, pág. 29 y s.; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª edición, Karlsruhe 1971, pág. 586; Rudolphi en Rodolphi-Horn-Samsón-Schreiber, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Parte general, Francfort 1975, nota 4 antes del § 13 y ss.; Stree en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 18 edición, Munich 1976, nota 139 antes de § 13 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición; Tubinga 1975, 16/8, pág. 654; Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª edición, Karlsruhe y Heidelberg 1976, pág. 133.

(5) *Dogmatik*, pág. 50 y ss.; del mismo autor "Unterlassung und Vorsatz" en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn 1963, págs. 207 y ss., 216. Cfr. además Grandérath, *Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Tesis doctoral, Friburgo de Brisgovia 1961, pág. 29; Grünwald, *Das unechte Unterlassungsdelikt*. Tesis doctoral, Gotinga 1956, pág. 16 y ss.; Rödiger, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlín-Heidelberg-Nueva York 1969, pág. 49 y s.; Schaffstein, "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum" en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, Gotinga 1961, pág. 175 y ss., 201 y s.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 edición, Berlín 1969, pág. 201 y s.

(6) Naturalmente, "no tiene ningún sentido decir de un huésped en una reunión que transcurre en plena armonía que 'omitió' dar una bofetada al anfitrión" pero no como Gallas piensa (*ZStW 67 -1955-*, pág. 9 nota 28) porque la bofetada "no era de esperar desde ningún punto de vista" sino porque el huésped satisfecho ni remotamente pensaba en la posibilidad de una acción de este tipo y por tanto —en contra de la opinión de Gallas— no era capaz de realizar la acción de abofetear. También es equivoco, como lo hace Stree (Schönke-Schröder, nota 139 antes de los §§ 13 y ss.) decir que "en una determinada situación uno podría hacer millones de cosas"; pues referida a una determinada situación, el número de representaciones que pueden proporcionar fines de acción es extraordinariamente limitado. Lo que es evidente con respecto a la acción, es decir, que la persona no puede hacer muchas cosas simultáneamente, vale también con toda razón para la omisión: una persona concreta en una situación concreta puede omitir muy poco, es decir, sólo lo poco que en ese momento llega a su conciencia como (posible) fin de acción. El que los contenidos de conciencia (recíprocamente excluyentes) puedan ser millones, es otro asunto.

Mientras que las objeciones en contra del concepto de omisión de Armin Kaufmann apuntan más bien al hecho de que la capacidad de acción es concebida de manera demasiado estrecha y en cierto modo demasiado perfilada, parece —en la medida en que ello puede apreciarse— que sólo Engisch formula objeciones que se mueven en dirección contraria: "La delimitación del momento de la capacidad de acción como característica de la omisión no me parece estar libre de arbitrariedad. Por ejemplo, ¿un médico que no ha inyectado suero a un niño enfermo de difteria 'no ha omitido' esta medida curativa porque no había reconocido la enfermedad y por lo tanto tampoco el fin de la acción? ¿O

tener mucho sentido postular un concepto jurídico de omisión y luego incorporarle elementos que, desde el punto de vista jurídico, carecen de toda función independiente (7).

II. La segunda de las cuestiones controvertidas mencionadas al comienzo se refiere a los presupuestos bajo los cuales puede hablarse de la "posibilidad"

quiere Armin Kaufmann en un caso como éste incluir el diagnóstico correcto como medio para la realización del (abstractamente pensado) fin de la acción (curación del niño), con respecto a lo cual sólo se requiere *cognoscibilidad*? ¿Cómo deben ser delimitados recíprocamente el fin de la acción y los medios para su realización?" Cfr. JZ 1962, pág. 190.

La respuesta resulta de lo siguiente: Lo que se ha omitido se decide desde el fin reconocido de la acción, desde el cual han de averiguarse los medios de la acción; en el ámbito jurídico-penal, el Código Penal nos dice *cuáles* son las omisiones que deben averiguarse. Así, efectivamente, el médico no ha omitido inyectar el suero anti-diftérico; pues no había pensado en este fin de acción. Pero —y esto, y no la punibilidad de la omisión de una cierta inyección, es importante en cuanto se examina la punibilidad de acuerdo con los §§ 13, 212 del Código Penal— no ha realizado el fin de la acción conocido de evitar la muerte qua omisión cuando no ha emprendido *nada* a pesar de que eran cognoscibles el diagnóstico "difteria" y la terapia "inyección". Si en cambio el médico ha tomado otra medida, objetivamente falsa, la existencia de una omisión de la acción *salvar la vida* fracasa debido a la realización de la voluntad de salvar. Naturalmente, esto no excluye de ninguna manera otra cuestión de subsunción con respecto a los §§ 13, 222 del Código Penal y por tanto con respecto a *otras* omisiones. Cfr. infra C II.

(7) Para indicar aquello que puede ser objeto de la evaluación como injusto y en caso de la promulgación de la norma y de la ley penal es incluido en la descripción del tipo, no es necesario el recurso previo a un punto de vista "de la moral, de la costumbre, del derecho" (Arthur Kaufmann, "Die ontologische Struktur der Handlung" en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin 1966, págs. 79 y ss, 104, nota 81) y por tanto a un sistema normativo de otro tipo (Vogt, *ZStW* 63 -1951-, págs. 381 y ss., 383); ¿debe realmente ser accesible a la evaluación y descripción jurídicas sólo lo "evaluado previamente"?

La *antijuricidad* es constituida mediante la contradicción de la no realización de una acción posible con respecto al ordenamiento jurídico y por cierto sólo con respecto a él; pues también de acuerdo con la opinión de los partidarios de la teoría de la expectativa, la omisión habrá de ser significativa desde el punto de vista jurídico-penal sólo cuando contradiga una expectativa *jurídica* de acción (Maurach, *Strafrecht, AT*, pág. 586; Rudolphi, SK, nota 4 antes del § 13; Sax, JZ 1975, 179). Si en este sentido se quiere hablar de una expectativa del ordenamiento jurídico habría que hacerlo en la misma forma que cuando se trata de la realización de una acción que contradice el ordenamiento jurídico. Expectativa no es entonces nada más que una metáfora para la pretensión de validez de toda norma jurídica de comportamiento, sin que importe que se trate de un mandato o de una prohibición; y la frustración de esta expectativa no es también nada más que una metáfora para la existencia de una contradicción con respecto a esta pretensión de validez, es decir, para la antijuricidad misma (cfr. Armin Kaufmann, *Dogmatik*, pág. 55 y s.). Por lo tanto, con la expectativa no se proporciona un criterio adicional sólo para los delitos de omisión (cfr. también Grünwald, *Unterlassungsdelikt*, pág. 16 y ss.).

El que pueda *reprocharse* a quien no actuó la no realización de una acción posible es una cuestión de su capacidad para motivarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico; alguna otra expectativa no tiene aquí relevancia. Por lo tanto, el conocimiento de que la no realización de la acción contradice las expectativas de la moral o la costumbre puede en un caso particular proporcionar el fundamento *efectivo* para la evitabilidad de un error de mandato; pero en general no necesita de este fundamento.

de la acción no realizada. Aquí los acentos de la discusión se han desplazado en los últimos tiempos. Hoy ya no se trata tanto de *si* entre estos presupuestos se cuentan también elementos físicos (8), sino más bien de *cuáles* son estos elementos.

a) Prescindiendo de los conocimientos y capacidades *intelectuales* (9), se enfrentan aquí dos opiniones. Según Armin Kaufmann (10) y Welzel (11), es elemento constitutivo de la omisión la capacidad concreta para realizar una determinada acción final y su no realización. La "posibilidad" de acción es la capacidad para llevar a cabo una acción final; esta posibilidad existe cuando quien no actúa: 1) Tiene la representación de la existencia segura o posible de un fin de la acción. 2) Conoce o puede conocer los medios para la obtención de este fin. 3) Físicamente está en condiciones de realizar el plan que puede elaborar, sobre la base del conocimiento del fin de la acción y de la cognoscibilidad de los medios de la acción (12).

Según la opinión opuesta, las aquí esbozadas exigencias a la base de conocimiento de la capacidad individual de la acción van "demasiado lejos". Según ella, la omisión, a más de la posibilidad física (objetiva) de realizar una determinada acción, presupone "tan sólo la posibilidad de conocer tanto el fin de la acción como los medios de la acción" (13).

(8) De manera diferente también: Blei, *Strafrecht* I, pág. 276; Geilen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bochum 1976, pág. 233 con pág. 229; Granderath, *Rechtspflicht*, pág. 27; Heimann-Trosien Wolff en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo 1, 9ª edición, Berlín-Nueva York 1974. Introducción nota 128 y ss., especialmente 131; Maurach, *Strafrecht AT*, pág. 587; Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota 143 antes de los §§ 13 y ss.

Sin una clara toma de posición con respecto a los presupuestos síquicos de la posibilidad, por ejemplo, Bockelmann, *Strafrecht*, pág. 129; Dreher, *StGB*, nota 4 antes del § 1; Engisch; "Tun und Unterlassen" en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlín 1973, págs. 163 y ss., 175; Lackner, *StGB*, nota 2 a, c al § 13; Naucke, *Strafrecht, Eine Einführung*, Francfort 1975, pág. 288; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín-Nueva York 1976, pág. 165.

(9) Cfr. por ejemplo Lampe *ZStW* 79 (1967), págs. 476 y ss, 483; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 16/66, pág. 680 y s.; Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga 1971, pág. 30 y s; Wessels, *Strafrecht*, pág. 133.

(10) Dogmatik, pág. 35 y ss. especialmente pág. 40 y ss.

(11) *Strafrecht*, pág. 201.

(12) Así también Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires 1974, pág. 153; Horn, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín 1969, págs. 94 y ss.; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973, pág. 170. Cfr. además Hellmuth Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart 1967, pág. 75 nota 3 y Bärwinkel (*Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1968, pág. 32) para quien la falta o la existencia de una *voluntad de realización efectiva* es decisiva.

(13) Rudolphi, *SK*, nota 3 antes del § 13; además, Gallas *ZStW* 67 (1955) págs. 40 y ss.; Hertzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlín 1972, págs. 200 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* I, 2ª edición, Munich 1976, pág. 283, nota 1031. Grünwald quien en un primer momento (*Unterlassungsdelikt*, pág. 9 y ss) había referido la posibilidad de la acción a la realización de una decisión *pensada*, parece

b) Esto significa, por una parte: En la medida en que con respecto a la posibilidad de la acción se presuponen componentes síquicos, el acuerdo acerca del *concepto* de omisión ya es muy amplio. Lo único que se discute es si el conocimiento o la cognoscibilidad del fin de la acción forma parte de él (14). Pero, por otra parte, la divergencia que aún resta de ninguna manera es irrelevante. Si bien es cierto que no tiene consecuencia alguna en el ámbito de los delitos de omisión (cuasi) dolosos (15), conduce precisamente al centro de la cuestión acerca de la amplitud y de los presupuestos de la omisión culposa punible.

Esto requiere una explicación: si puede constituir una omisión sólo la no realización de una acción cuyo fin quien no actuó conocía, entonces —al menos a primera vista— parecería como si en todos los casos en los que amenaza producirse una lesión de un bien jurídico, que quien no actuó no ha conocido, tendría que quedar excluida la punibilidad por el no impedimento culposo, aun cuando la persona en cuestión podría perfectamente haber conocido la posibilidad de lesión del bien jurídico. En realidad, Armin Kaufmann parece sustentar esta opinión pues, de acuerdo con su concepción, “el delito culposo de omisión presupone que quien tenía la obligación de realizar la acción estaba dispuesto a cumplir el mandato, es decir, lograr el objetivo que le imponía el orden jurídico” (16). Por tanto, fuera del fracasado intento de cumplir con el mandato, no debería haber ninguna penalidad de la negligencia: ni en el caso en que no es realizada una acción que en cierto modo automáticamente hubiera tenido la consecuencia no final de evitar la reconocible lesión a un bien jurídico, ni en el otro caso, en el que no se realiza una acción, que proporciona al que no actúa conocimiento de la reconocible lesión al bien jurídico y, por tanto, lo hubiera puesto en condiciones de tomar y realizar una decisión de evitarlo (17). En cambio, la opinión opuesta, no sólo en el caso del fracasado intento de cumplimiento del mandato sino también en los otros dos grupos de casos mencionados al final, no tiene ninguna dificultad en armonizar un castigo a causa de un delito de omisión negligente con su concepto de omisión. Pues, según esta posición, “omite” también aquél a quien le era cognoscible tan sólo el objetivo de la acción no realizada.

ahora, por lo menos, exigir la cognoscibilidad de la finalidad de la acción (“Der Vorsatz des Unterlassungsdeliktts” en *Mayer-Festschrift*, pág. 281 y ss., 301).

(14) Según ambas posiciones, con respecto al *medio* de la acción basta la cognoscibilidad. La cuestión controvertida acerca de si en el caso de la cognoscibilidad del medio de la acción se trata de un *delito* (cuasi) doloso de omisión, como afirma Armin Kaufmann, o si, de acuerdo con la tesis contraria, puede estar dado sólo un delito culposo de omisión, no afecta el concepto de la omisión.

(15) El delito (cuasi) doloso de omisión presupone de acuerdo con toda concepción, la concepción (de la posibilidad) de la existencia de la finalidad de la acción.

(16) *Dogmatik*, pág. 170.

(17) Con respecto a este grupo de casos, ver la investigación paralela de Stuenkel en *JZ* 1977, págs. 217 y ss.

B

El intento de asumir una posición ante esta problemática puede tomar por lo pronto como punto de partida la consideración de los *resultados* de estas divergentes concepciones. Si fuera de los casos del fracasado intento de cumplimiento del mandato —el intencionado salvamento de quien se está ahogando— fracasa porque no se arrojó a la debida distancia el salvavidas— no existiera ninguna necesidad de punibilidad, no sería difícil entonces decidirse de inmediato por el concepto más estrecho de omisión sustentado por Amin Kaufmann.

¿Qué podría decirse en esta dirección? Por lo pronto, ¿que en una serie de fallos, la concepción de la negligencia como “omisión del debido cuidado” (18) conduce a que una gran cantidad de formas de comportamiento sean tratadas como delitos de omisión, cuando en realidad se trata de la realización de acciones negligentes, es decir, de delitos por comisión (19)? Además, ¿que en un complejo de estados de cosas a menudo juegan un papel acciones y omisiones y que entonces puede lograrse un castigo adecuado ya a través de la aplicación de las disposiciones sobre delitos culposos por comisión, tanto más cuanto que éstas, según la opinión dominante (20), tienen prioridad en virtud de las reglas sobre concurso de delitos? Y además, ¿que con el castigo de delitos culposos de comi-

(18) Así, por ejemplo, Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tubinga 1951, pág. 62; Lange *ZStW* 63 (1951), pág. 505; cfr. también Henkel, “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip” en *Festschrift für Edmund Mezger* Munich 1954, págs. 249 y ss., 382; Herzberg, *Unterlassung*, págs. 237 y ss; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, pág. 160; Meyer-Bahlburg, *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral, Hamburgo 1962, págs. 4, 17; Kantorowicz, *Unechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt*, tesis doctoral, Heidelberg 1931, págs. 45 y ss.; Krauss, *ZStW* 76 (1964), págs. 44 y s.; Pfander, *Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral, Basilea 1967, 1; Röwer, *NJW* 1958, pág. 1528 y s.; Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 62, nota marginal 148. Ver además los esfuerzos de Radbruch (*ZStW* 24 -1904- pág. 346) y de Goldschmidt (*ÖZfStR* 1913, pág. 153) para aprehender la esencia de la negligencia con la ayuda de un recurso a las omisiones.

(19) Al respecto, Nowakowski *JZ*, pág. 335 y ss., 337; Armin Kaufmann, *ZfR* 1964, págs. 41 y ss., 46; Oehler, “Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit” en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Gotinga 1961, pág. 232 y ss., 241; cfr. también Engisch, *Gallas-Festschrift*, pág. 163 y ss., 184 y ss.; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín 1972, pág. 61 y s.; Roxin, *ZStW* 74 (1962), págs. 411 y ss., 413 y ss., 419; Schünemann, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?” en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Gotinga 1975, págs. 159 y ss., 162 nota 23; Spindel, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen” en *Schmidt-Festschrift*, pág. 183 y ss., 193 y s.; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, págs. 154 y ss., 172 y ss.; Kantorowicz (*Unterlassungsdelikt*, pág. 42 y ss.) sostiene, desde luego, que injustamente muchas omisiones negligentes serían consideradas y tratadas como casos de comisión.

(20) Cfr. por ejemplo, *BGH* St 3, 65 y ss., 68 = *JZ* 52, pág. 595; Furtner *NJW* 1961, pág. 1196; Grünwald, *Unterlassungsdelikt*, pág. 22; Kaun, *Die Beteiligung am Selbstmord als strafrechtliches Problem*, tesis doctoral, Hamburgo 1960, pág. 89; Mösl, *LK*, nota 25 al § 330 c; Roxin *ZStW* 74 (1962), pág. 417 nota 24; por lo que respecta al asunto mismo, también Kantorowicz, *Unterlassungsdelikt*, pág. 45 infra.

sión por omisión no auténticos se acumula la desazón jurídico-constitucional que resulta del hecho de que los criterios del debido cuidado no están formulados por escrito (21) y la indeterminación —que subsiste no obstante el § 13 del Código Penal— de los presupuestos de garantía (22)? Y, por último, ¿que en caso de la omisión de una serie de determinadas acciones existen responsabilidades penales o al menos disciplinarias que, si bien es cierto que no están vinculadas a la lesión de un bien jurídico, tienen un cierto efecto de amortiguamiento?

Cada uno de estos argumentos —considerado en sí mismo— es correcto.

(21) Cfr. también Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pág. 172.

(22) En mi investigación *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz* (Colonia 1974), con respecto a la situación jurídica antes de que entrara en vigencia la 2ª Ley de reforma del derecho penal, había sostenido la concepción de que el castigo de la omisión del evitamiento del resultado es anticonstitucional si del análisis particular de las disposiciones penales de la parte especial no resulta su aplicabilidad inmediata (págs. 277 y s., 354). Con respecto a la —entonces tan sólo proyectada— nueva regulación de la materia en el § 13 del Código Penal, admití que la praxis del castigo de la omisión del evitamiento del resultado fuera del mencionado marco, por primera vez tendría un fundamento legal (pág. 340), pero también frente a la mejorada situación legal expresé —aunque menos decididamente— mis “dudas desde el punto de vista jurídico-constitucional” (págs. 341, 357 y s.; cfr. también la cautelosa toma de posición de Lackner, *StGB*, nota 7 con respecto al § 13, Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 272, nota al margen 968; además, Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota 5, 6 al § 13). No obstante algunas opiniones en contrario, sigo manteniendo la opinión entonces expresada y agrego complementariamente:

Sería incorrecto creer que la aceptación de la anticonstitucionalidad pondría fin al análisis científico y práctico de la punibilidad de la omisión del evitamiento del resultado, tal como parece creer Wagner (GA 1975, págs. 380 y s.); pues en vista de indiscutibles necesidades político-criminales, sigue existiendo la tarea de “a través de análisis particulares de tipos y grupos de tipos de la Parte Especial, distinguir de una manera que satisfaga el mandato de “*nullum crimen sine lege*”, “la omisión impropia punible de la no punible” (Wagner, loc. cit.). Sólo la perspectiva sería diferente: En lugar de “justificar” una praxis, con respecto a la cual nadie puede negar una cierta sensación de insatisfacción, la ciencia prestaría su ayuda a la legislación.

La convicción de que “a una regulación en tipos particulares se oponen obstáculos insuperables” (Dreher, *StGB*, nota 1 al § 13; con una limitación esencial —“en todo caso actualmente todavía hoy”— coincidente también Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota 6 al § 13), se basa, según mi opinión, en una sobrevaloración de las necesidades político-criminales que no exigen en absoluto y sobre todo no en el derecho penal accesorio para cada tipo de comisión, un tipo paralelo de omisión, y en una subvaloración de las posibilidades de punición ya existentes y fácilmente ampliables, por ejemplo en el ámbito de los §§ 138, 323 c del Código Penal. Precisamente la comparación con las disposiciones penales de la negligencia pone claramente de manifiesto que en todo caso en los (cuasi) dolosas omisiones de evitamiento del resultado, la tensión entre el mandato del *nullum crimen* y las necesidades político-criminales puede ser solucionada en beneficio de una regulación puntual de prioridades que posiblemente deje pendientes algunos deseos de punibilidad pero que —y esto debe ser preferido— sea plenamente acorde con la Constitución, mientras que en los hechos mismos de negligencia el eludir la cuestión en una “regulación de puntos prioritarios” supera plenamente las (actuales) posibilidades legislativas. Aquí quedará expresamente abierta la cuestión acerca de si este hecho tiene o no influencia en la constitucionalidad del delito de negligencia.

Pero, ¿ha de considerarse realmente como suficiente el castigar disciplinariamente al funcionario policial que omite realizar la ronda prescrita, que le hubiera permitido escuchar la petición de socorro de la víctima del asesinato y, sin necesidad de estar permanentemente al “acecho” de situaciones de peligro, intervenir y salvarla? Y, ¿no se consideraría necesario un castigo por homicidio culposo por omisión en el caso del guardabarreras que, sin pensar en la posibilidad de un accidente, deja abierta las barreras cuyo cierre hubiera evitado el choque mortal? Naturalmente, con el sentimiento jurídico no es posible argumentar estrictamente. Pero, por lo menos, puede decirse lo siguiente: Si sólo los *resultados* de punibilidad fueran los que tienen que decidir acerca del concepto “estrecho” o “amplio” de la omisión, habría entonces algunos argumentos en favor del concepto que también en casos como los últimamente mencionados dejan abierta la posibilidad de un castigo (23).

C

Sin embargo, no son sólo los resultados de punibilidad los que deciden acerca de la corrección del concepto de omisión. Más bien, y en primer lugar, hay que examinar las *fundamentaciones* que se dan para las posiciones opuestas. Para ello, hay dos puntos de partida: El fenómeno de la capacidad de actuar (I) y la concepción de la negligencia (II).

I. a) Que la capacidad de actuar tiene como presupuesto el conocimiento del fin de la acción se infiere, según Amrin Kaufmann, de la consideración de la realización y el transcurso de la determinación final de la acción. Como la actividad final es un actuar conscientemente guiado desde el fin, sin la aprehensión del fin no puede llevarse a cabo el proceso de la planificación y la realización de la acción. Quien no sabe o no piensa que es posible que haya sucedido un accidente no puede prestar ninguna ayuda a los heridos. No omite ayudar (24).

Este análisis es aceptado también en un punto importante por la opinión opuesta, en el sentido de que tiene que haber conocimiento del fin de la acción antes de que pueda aprehenderse la acción no realizada (25). La controversia re-

(23) Véase la acentuación de las necesidades político-criminales en Granderath, *Rechtspflicht*, pág. 28; Grünwald, *Mayer-Festschrift*, pág. 300; Haffke *ZStW* 87 (1975), págs. 44 y ss., 59; Herzberg, *Unterrassung*, pág. 202; Maurach, *Strafrecht* AT, pág. 587; Schünemann, *Grund*, pág. 42.

(24) *Dogmatik*, pág. 40 y ss.

(25) Cfr. por ejemplo, Grünwald (*Mayer-Festschrift*, pág. 301) para quien —aunque no siempre— la capacidad para actuar se infiere de la capacidad para llegar al conocimiento de la situación tipificada; así también Haffke *ZStW* 87 (1975), pág. 63 y s.

Ver además Lampe *ZStW* 79 (1965), págs. 476 y ss., 483: El que aquel que en la oscuridad se encuentra con su enemigo mortal, a pesar de ser superior en habilidad y armamento (es decir, a pesar de la “libertad de acción”), sea “capaz de actuar” con respecto al matar dependería de que haya reconocido al enemigo. En esta posición hay naturalmente que tener en cuenta que Lampe tiene aquí en mira una capacidad de acción que está orientada hacia la *libertad de la voluntad de realización*, es decir, que la persona “puede querer

side en que, ya *antes* del estadio en el que quien no actúa tiene la concepción del fin, se habla de capacidad de actuar.

b) ¿Y qué pasa con las fundamentaciones que son esgrimidas para esta tesis opuesta?

1) De los argumentos en contra de la dependencia de la capacidad de acción con respecto a la representación del fin de la acción, hay uno que puede ser rechazado de antemano. Es el que sostiene que de la existencia de los delitos de omisión se infiere que el conocimiento de la situación no es necesario para el concepto de la omisión (26). Sin embargo el que existan, y en qué medida, *delitos* de omisión por negligencia depende de lo que se entienda por omisión. El peligro de un círculo vicioso es aquí notorio.

2) Tampoco es convincente la objeción de Maurach contra la tesis de Armin Kaufmann: "Una madre que por indiferencia no se preocupa por su hijo que juega con fuego omite la acción debida de evitar el peligro de la misma manera que si la situación de peligro le fuera conocida positivamente" (27). Puede ser que la madre merezca castigo y puede ser, además, que la deficiente atención sea una omisión que ofrezca para ello un punto de apoyo. Pero que la madre que no sabe nada en absoluto acerca del peligro que corre su hijo omite *salvar la vida* es algo que Maurach puede sostener sólo porque la omisión postula una voluntad que no tiene que estar dirigida a la pasividad sino que sólo tiene que excluir la acción debida (28). Pero, ¿debe "no haber duda" que la voluntad de zurrir medias, acción que se lleva a cabo en lugar de salvar al hijo que se está quemando sin que lo note, transforma la falta de la acción de salvamento en omisión de salvar una vida? ¿No comete acaso Maurach con sus premisas una falacia similar a la de Luden cuando quería apoyar la causalidad de la omisión en la acción que *simultáneamente* se realiza?

3) Según Baumann, el conocimiento de la situación "ciertamente" tampoco puede pertenecer al concepto de omisión. En caso contrario, "no sería posible omitir la corrección de errores no percibidos" (29). Efectivamente, mientras

lo que está en su poder realizar". Independientemente de cuestiones de terminología, aquí están objetivamente vinculadas dos cosas que hay que separar: la libertad de querer o no querer algo que se encuentra en el ámbito de posibilidad de realización y el poder de realización presupuesto para esta posibilidad de decisión, que no es concebible sin el conocimiento del fin de la acción, tal como lo testimonia de manera bien clara el ejemplo de Lampe. Con otras palabras: el conocimiento del fin de la acción es por cierto *también* un presupuesto de la decisión entre el querer y el no querer, pero no es sólo esencial para esta decisión.

De manera similar a Lampe también ya Wolff (*Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg 1965, pág. 46) quien por cierto no quiere eliminar la "parte subjetiva" del concepto de omisión, pero luego se ve obligado a tomar en cuenta toda la motivación.

(26) Blei, *Strafrecht I*, pág. 276.

(27) *Strafrecht AT*, pág. 587; de acuerdo Granderath, *Rechtspflicht*, pág. 27.

(28) *Strafrecht AT*, pág. 587.

(29) *Strafrecht*, pág. 203.

no se note el error, no es posible una acción de *corrección* y no se omite la corrección. Pero, ¿es ésta una objeción en contra del tomar en cuenta el conocimiento del fin en el concepto de omisión? En la medida en que Baumann quisiera ver como injustamente excluidas las posibilidades de responsabilidad por la corrección no realizada de un error, habría que señalar que, al menos allí donde son posibles *controles* de errores, o bien estos conducen al conocimiento del error —y entonces, al interrumpir la actividad, a la omisión de la *corrección*— o bien son omitidos y entonces, como omisión de los *controles*, pueden ser convertidos en fundamento de la responsabilidad.

4) Gallas sostiene que del omitente se espera un “comportamiento de contenido final” y que “sólo una finalidad pensada y sólo su no realización” determinan el juicio de desvalor (30). Esto parece conducir también a la posición de Armin Kaufmann. Pues según ella para la existencia de la finalidad es esencial el conocimiento del fin de la acción; y en el caso de la finalidad “esperada” o “pensada”, la situación no puede ser diferente. Sin embargo, Gallas ve las cosas de otra manera, es decir, que antijurídico “puede ser sólo la no realización de un hacer, cuya realización era objeto *posible* de una actividad de la *voluntad* del omitente” (31). La consecuencia de esto: Al omitente le tiene “que haber sido posible la *decisión* de actuar, es decir, tiene que o bien hacerse representado la acción debida como fin posible de su voluntad, o bien haber podido imaginarlo mediante la tensión debida de sus fuerzas síquicas (atención, memoria, etc.)” (32).

Frente a esto ya Armin Kaufmann había objetado que la cuestión acerca de si alguien es capaz de realizar la acción *a* tiene que ser separada de la cuestión acerca de si este alguien, a través de una acción *b* podría haber logrado su capacidad para la acción *a* (33). Y efectivamente: Mientras no se preste atención, mientras no se esfuerce la memoria, la actividad de la voluntad no tiene ningún objeto: la acción es imposible (y por lo tanto no puede ser omitida). Cuando Gallas habla aquí de un “objeto posible de la actividad de la voluntad” y de la posibilidad de la decisión, la palabra “posible” es usada en otro sentido que posiblemente está vinculado con la —equivoca— concepción de la omisión como juicio de un determinado observador (34). En la medida en que por cierto el fin de la voluntad no es conocido pero es cognoscible, un observador puede decir que la acción es “posible”, en el sentido de que puede llegarse a la acción si el proceso de esforzar la memoria, etc. efectivamente conduce a la representación del fin de la acción. Pero si esta condición no se cumple, y así sucede en los casos de la “cognoscibilidad”, es también entonces *seguro* que *esta* posibilidad *no* se da.

5) La ambigüedad del concepto de posibilidad juega también un papel en

(30) ZStW 67 (1955), pág. 40.

(31) ZStW 67 (1955), pág. 40.

(32) ZStW 67 (1955), pág. 41.

(33) *Dogmatik*, pág. 41.

(34) ZStW 67 (1955), pág. 9; al respecto Welzel, *Strafrecht*, pág. 201 y s.; Wolff, *Kausalität*, pág. 46, nota 26.

la posición de Stratenwerth. Según su opinión, el delito doloso y culposo de omisión presupone la capacidad "individual" de realizar una acción determinada (la acción debida) (35). En la discusión acerca de las exigencias individuales de la capacidad de acción debe valer: "Como en el exámen de la tipicidad debe determinarse sólo la acción cuya realización le era *posible* al actor, aquí tiene que bastar también la posibilidad del conocimiento, la cognoscibilidad. Todo lo demás es una cuestión de dolo y negligencia" (36). Por tanto, la cognoscibilidad del fin de la acción no es, según Stratenwerth, ningún presupuesto sólo del *delito* de omisión sino ya del *concepto* de omisión.

Esta presentación del concepto de omisión tiene que sorprender porque su derivación no se distingue en absoluto de la que lleva a cabo Armin Kaufmann: "Es una acción cuya no realización constituye el núcleo del delito de omisión y esta acción debida no puede tener otras características como no sean precisamente las de una acción" (37). Y: "El que alguien pudiera haber intervenido actuando se juzga de acuerdo con la peculiaridad de la acción humana" (38). Si a pesar de esto se llega a conclusiones divergentes, ello se debe, en mi opinión, a la siguiente frase: "Las acciones reales y posibles no se distinguen por su estructura, sino por su modo de ser" (39). Si en una acción final concreta se modifica el modo de ser de la "realidad", resulta entonces: O bien se llega a la irrealidad, es decir, a la negación de la acción inclusive todos sus presupuestos y por lo tanto no se llega a la "posibilidad", o bien la modificación se refiere a la realidad de la realización de sus presupuestos y entonces queda la exigencia del conocimiento de la finalidad de la acción, ya que la estructura de la acción, a la que pertenece este conocimiento, no ha de quedar afectada por el cambio en el modo de ser. Pero como Stratenwerth designa a la cognoscibilidad del fin de la acción como presupuesto de la posibilidad, queda sólo la explicación de que él—sin quererlo— modifica las *estructuras* de aquello a lo que se refiere el enunciado "real" o "posible". Se trata pues de *otra* posibilidad diferente a aquella de la acción no realizada: la posibilidad de *hacer* posible la realización de la hasta ese momento imposible acción final.

6) La falacia según la cual la posibilidad de la acción, con respecto al fin de la acción, tiene como presupuesto también sólo la posibilidad del conocimiento, puede estar vinculada al concepto de "finalidad potencial". Quizás tiene razón Schünemann cuando afirma que la asociación "finalidad potencial - conocimiento potencial" está más próxima (40) que el pensamiento de Armin Kaufmann con

(35) *Strafrecht*, pág. 316, nota al margen 1168. Con razón señala Stratenwerth (*Strafrecht*, pág. 283, nota al margen 1031) que "capacidad de acción" no significa una propiedad general de la persona, sino la capacidad para realizar una acción bien concreta en una situación dada.

(36) *Strafrecht*, pág. 283, nota al margen 1031.

(37) *Strafrecht*, pág. 61, nota al margen 144.

(38) *Strafrecht*, pág. 61, nota al margen 144.

(39) *Strafrecht*, pág. 61, nota al margen 144.

(40) *Grund*, pág. 41 y s.

respecto a la finalidad “irreal” y la potencialidad “real” (41). Pero esta referencia vale sólo para una fuente posible de equivocación y no para el asunto mismo.

Schünemann tampoco piensa de manera diferente: Aquí —en el asunto mismo— existe una diferencia ontológica según que no se persiga una finalidad *conocida* o una finalidad *no conocida* y que sólo se encuentra dentro del “campo de alcance fáctico”. Pero la “relevancia lógico-objetiva” de esta diferencia no resultaría de su existencia sino de la *relación de correspondencia* con un principio normativo. El valor de referencia adecuado para la lógica objetiva del estado de cosas ontológico “cognoscibilidad del fin de la acción” sería no la punibilidad, sino la violación del cuidado debido. Dentro del marco de esta relación se mostraría que el conocimiento del fin de la acción constituye negligencia consciente y la cognoscibilidad negligencia inconsciente y que por ello, cada vez que se castiga la negligencia en tanto tal, basta la mera cognoscibilidad del fin de la acción. Se mostraría, además, que el verdadero problema residiría en la cuestión de saber cuando en concreto existe el deber de prestar atención a fines reconocibles de acción (42).

Ahora bien, por cierto que habrá de lograrse acuerdo en el sentido de que existen deberes de prestar atención a la existencia de determinados fines de acción y que la determinación de sus presupuestos es sumamente problemática. Ya hace años, Armin Kaufmann señaló la posibilidad de que existan normas que impongan el deber de adquirir capacidad para una determinada acción (43).

La cuestión es sólo saber qué se sigue de allí para el *concepto* de omisión. La respuesta reza: nada. Pues el reconocimiento de deberes de prestar atención a los fines de la acción conduce inmediatamente, una vez más, al punto de partida: ¿Se produce la violación de un deber, que en el caso de un mandato de acción sólo puede consistir en una omisión, sólo cuando quien no actúa ha pensado en el fin de la acción “buscar fines de acción”, como diría Armin Kaufmann, o basta que la idea de utilizar las dotes de observación para la averiguación de fines de la acción, y que quedara fuera de la representación actual, se encontrara “en el alcance fáctico”, como tendría que decir coherentemente Schünemann?

No hay forma de evitarlo: El que por ejemplo el bañero sea capaz de salvar a quien se está ahogando y a quien no ha visto no puede depender del deber de mirar a su alrededor para si hay personas que se están ahogando; pues en este caso —en contra de lo que sostiene Schünemann— la “cognoscibilidad” no sería un “estado de cosas ontológico”. Y si no se quisiera destacar el deber sino

(41) Con esto se muestra que la omisión es una forma de comportamiento humano y que posee un sustrato real. En verdad, la existencia de la acción es negada pero la capacidad para esta acción necesita de una constatación positiva; está sometida a un juicio existencial. Así pues, en el caso de la finalidad potencial —para decirlo puntualmente— la ‘finalidad’ es irreal, es un mero elemento de referencia; sin embargo la ‘potencialidad’ tiene realidad” (*Dogmatik*, pág. 49).

(42) Schünemann, *Grund*, págs. 41 y ss.

(43) *Dogmatik*, pág. 41, nota 88.

el sustrato óntico de la violación del deber, ya no resulta una “definitivo” de la capacidad sino un “regressus ad infinitum”: La salvación omitida de una vida es la no realización de una acción de salvamento, no obstante poseerse la capacidad para ella. Referida al fin de la acción “salvar”, la capacidad está dada cuando quien no actúa ve al que se está ahogando u omite mirar a su alrededor para ver si hay personas que se estén ahogando. Quien no mira es capaz de realizar la acción de mirar a su alrededor para ver si hay alguien que se está ahogando cuando, o bien hace de este mirar el fin de su acción u omite una acción que le haría pensar en el mirar a su alrededor. Para la realización de esta acción no realizada es capaz. Aquí se ve al mismo tiempo que “conocimiento” y “cognoscibilidad” no son de ninguna manera estados de cosas ónticamente similares. Ambos se diferencian no sólo en virtud de la —fácilmente perceptible— negación del conocimiento, sino también y precisamente por el grado de descriptibilidad que en la “cognoscibilidad”, a diferencia de “conocimiento” —dicho con suma cautela— es extraordinariamente bajo. Pero más aún: Si se *supone* que un “principio normativo” es el que decide acerca de la relevancia lógico-objetiva de las diferencias ontológicas y se *supone* además que este principio normativo es la “falta del cuidado, es decir, el injusto culposo”, no “se muestra” en absoluto que el conocimiento del fin de la acción constituye negligencia consciente y cognoscibilidad negligencia inconsciente; y esto es lo que Schünemann tendría que haber mostrado en primer lugar. Pues el resultado no es de ninguna manera tan evidente y tan poco discutido como para que pueda renunciarse a una justificación al respecto. Pero todo intento de proporcionar esta fundamentación plantea más cuestiones de las que responde: ¿Cómo es que el conocimiento del fin de la acción corresponde a la negligencia consciente si luego Schünemann coincide con Armin Kaufmann y también con Welzel en el sentido de que su concepto de omisión orientado al conocimiento reproduce el presupuesto mínimo de la omisión dolosa? (44) ¿Existe la diferenciación de negligencia consciente e inconsciente en el ámbito de las omisiones? ¿Cómo puede súbitamente la “cognoscibilidad” convertirse en presupuesto del injusto, si según la propia opinión de Schünemann no constituye ningún elemento de la omisión (45), es decir, ningún elemento del objeto de prueba, sin cuya existencia, según la opinión del *mismo* autor, no puede ser examinada la tipicidad, la antijuridicidad y la culpa en el caso particular? (46).

El catálogo de cuestiones podría ampliarse aún más y extenderse a las premisas según las cuales la violación del cuidado es un “principio normativo” y que en la lógica objetiva lo decisivo son los principios normativos. Pero en la medida en que queda pendiente la derivación de la crítica a la tesis de Schünemann, parece más adecuado examinar la tesis contraria de Armin Kaufmann. Según Schünemann, Armin Kaufmann desea aparentemente obtener su concepto de capacidad de acción a partir de los presupuestos lógico-objetivos de la punibilidad y, con ello, extiende demasiado el alcance de la correspondencia entre

(44) *Grund*, pág. 43.

(45) *Grund*, pág. 30 y s.

(46) *Grund*, pág. 32.

punibilidad y finalidad potencial. Pero así como es seguro que sólo puede ser castigada la omisión de acciones posibles individuales, también es seguro que “el legislador puede amenazar la imposición de una pena para el caso en que alguien no realice la acción que se encuentra dentro de su alcance fáctico, por no tener conciencia del fin evidente. Si, por ejemplo, un bañero no presta atención y por ello no escucha el grito de socorro; notoriamente no se ve que “exista ninguna razón para que no deba ser castigado... por homicidio culposo”. Aun cuando al bañero sólo le sea cognoscible la existencia del niño, es posible hablar, sin violar la lógica lingüística y la lógica objetiva, de su capacidad para realizar la acción de salvamento (47).

Por lo que respecta al aspecto lingüístico, ya se ha indicado que el estado de cosas al que Schönemann desea aplicar la designación “*capacidad de acción*” se distingue, en su estructura y descriptibilidad, del estado de cosas que — abreviadamente— es descrito como conocimiento del fin de la acción. Ahora bien, puede perfectamente suceder que en el primer caso se *hable* de “capacidad”; pero la extensión del concepto a este estado de cosas no debe inducirnos a error y dejar de tener en cuenta que posiblemente ya no valgan todas las consecuencias que normalmente son vinculadas al concepto de negligencia. La argumentación a partir de los conceptos —“porque (igualmente) capacidad de acción, también omisión”— no reemplaza la demostración objetiva.

Por lo que respecta a las cosas mismas hay que admitir con Schönemann “que el legislador puede amenazar con la pena para el caso de que alguien no realice la acción que se encuentra a su alcance fáctico por no tener conciencia de la finalidad evidente” (48). ¿Qué podría impedir al Parlamento Federal sancionar un texto de este tenor? Pero el legislador *no lo ha hecho*. En la ley aparecen sólo las palabras “por negligencia” o “negligentemente”, que no dicen lo más mínimo acerca de la cognoscibilidad de la finalidad de la acción. Y aun cuando el legislador quisiera utilizar las palabras de Schönemann para el establecimiento de una pena, quedaría siempre abierta la cuestión de saber si esta regulación sería la correcta. Si para esta decisión ha de ser relevante la *lógica objetiva*, entonces, para una respuesta positiva, habría que aportar más que la referencia a la existencia del texto legal o la observación de que “simplemente no se ve que haya ninguna razón” (49) para que no deba castigarse.

Esta observación y finalmente la objeción de que Kaufmann habría extendido demasiado el alcance de la correspondencia entre punibilidad y finalidad potencial (50) permiten ver claramente qué es lo que mueve en realidad a Schönemann a sostener que argumenta desde el punto de vista de las estructuras lógico-objetivas: el temor de que si la “punibilidad” se orienta por la finalidad poten-

(47) *Grund*, pág. 42.

(48) *Grund*, pág. 42. El subrayado es mío.

(49) *Grund*, pág. 42.

(50) *Grund*, pág. 42.

cial, en el sentido de Armin Kaufmann, conduzca a resultado que no son aceptables para el sentimiento jurídico.

En este punto coincide la argumentación de Schönemann con las de Rudolphi (51), Herzberg (52) y también de Granderath: Con la opinión de que el representarse a la orientación posible de la acción sería necesario como base del conocimiento de la determinación final, "se limitaría demasiado estrechamente desde el comienzo el concepto de omisión y la omisión negligente inconsciente de una intervención debida no podría ser incluida sin dificultades" (53). Pero justamente esto es lo que todavía tiene que ser investigado.

7) Pero antes, algunas observaciones con respecto a las consideraciones de Herzberg. Este autor pide con razón que se tome en serio la exigencia de la capacidad de acción a fin de que el concepto de omisión no se amplie ilimitadamente (54). El que tome como criterio de la omisión no el "conocimiento" sino la "cognoscibilidad" se debe, por una parte, al temor de que a algunas personas que no hayan actuado "no se les podría pedir que rindieran cuentas debido a la falta de un comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal" y, por otra, tomando en cuenta "la comparación con el hacer positivo posibilitada por el concepto negativo de acción". Cuando alguien que caminando pisa sin darse cuenta y destroza una lente de contacto que yacía en la calle, hay aquí una acción causal con respecto a la destrucción de la cosa. Pero sería sistemáticamente incoherente en casos de no realización de una acción hacer de la percepción de la situación típica el criterio del concepto de acción (55).

No habrá de analizarse aquí una vez más (56) el concepto negativo de acción de Herzberg (57). Por ello, basta lo siguiente: Si Herzberg en su ejemplo quisiera tomar en serio la fórmula "acción causal con respecto a la destrucción de la cosa" (58), coincidiría con el principio de los finalistas que niegan aquí una acción de *destrucción de una cosa* y aceptarían una acción final de caminar con la consecuencia causal, no final, de destrucción de una cosa. Pero esto significaría: Así como en caso de no conocimiento de la existencia de la lente existe una acción de destrucción de una cosa, así también, en caso de que este conocimiento falte, no puede hablarse de una omisión de la conservación de la cosa (por ejemplo, desviando los pasos). El que el resultado de Herzberg sea diferente se debe a lo siguiente: En contra de su propia formulación, también en el caso en

(51) SK, nota 3 antes del § 13.

(52) *Unterlassung*, pág. 202.

(53) Granderath, *Rechtsflicht*, pág. 28.

(54) *Unterlassung*, pág. 203

(55) *Unterlassung*, pág. 202; igualmente Haffke ZStW 87 (1975), pág. 63.

(56) Cfr. Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, págs. 258 y ss., 266 y ss.

(57) Cfr. al respecto también Engisch, *Gallas-Festschrift*, págs. 193 y ss.; Samson NJW, 1973, pág. 1313; Stratenwerth, "Unbewusste Finalität" en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlín 1974, págs. 289 y ss., 296 y s.

(58) *Unterlassung*, pág. 202.

que falta una representación del objeto en el que se actúa, Herzberg supone una *acción de destrucción de una cosa* y utiliza este concepto del hacer activo en la comparación con la omisión. Con ello, la polémica acerca del contenido del delito de omisión remite directamente, una vez más, a las discusiones acerca del concepto de acción. En mi opinión, aquí hay que dar preferencia al concepto finalista de la acción, sin que esto haya de ser aquí fundamentado especialmente.

En cambio habré de entrar a analizar las consideraciones de Herzberg acerca de la cognoscibilidad (59) que posiblemente ofrecen un punto de apoyo para acercar recíprocamente las diferentes concepciones. En efecto, Herzberg concibe el descubrimiento del fin de la acción como un rendimiento que puede ser llevado a cabo sólo cuando haya un *motivo* para investigar la existencia de la situación tipificada. Este motivo presupone “también y sobre todo” una norma de deber ser —aunque no necesariamente jurídica— que tiene que estar previamente dada o haber sido creada por la situación concreta. Por lo tanto, el que A haya omitido en sentido jurídico salvar a B depende de que se hayan o no presentado algunos indicios de que alguien podía estar en peligro.

Llama por lo pronto la atención el que se hable de una omisión en “sentido jurídico” como si hubiera otra omisión, por ejemplo, en “sentido natural”, para la cual serían decisivos *otros* presupuestos. Queda sin embargo abierta la cuestión de si Herzberg realmente quiere hacer una distinción de este tipo y, en caso afirmativo, por qué otorga a uno de los dos conceptos de omisión preferencia para el ámbito del derecho.

Pero, sea como sea, la discusión del concepto de omisión en “sentido jurídico” conduce a la otra cuestión de saber qué papel juega al respecto el “motivo” en particular. Así como Herzberg hace depender la omisión, por una parte, de los indicios que se presentan y, por otra, vincula el motivo “también y sobre todo” con una norma de deber ser, *dos* principios parecen tener importancia acumulativa: Por una parte, el motivo para descubrir el fin de la acción podría ser que sin la correspondiente norma de deber ser no existe “ninguna razón”, ninguna necesidad de averiguación, y por otra, que tienen que ser *conocidos* determinados síntomas, indicios, para la existencia de la situación tipificada a fin de que pueda llevarse a cabo la tarea de descubrir un fin de acción.

Con respecto a las normas de deber ser, que han de constituir un presupuesto de este motivo, hay que partir del hecho de que su objeto no es la realización de un determinado fin de acción (por ejemplo, evitar una muerte) sino el descubrimiento de un fin desconocido de acción. De otra manera, no puede entenderse la referencia al que reside en el descubrimiento de una finalidad de acción. Por lo que respecta a la existencia de tales normas, cabe por lo pronto formular ciertas dudas acerca de que una “situación concreta” pueda crear normas de deber ser; y, además, no es nada claro que normas *extrajurídicas*, cuyos criterios permanecen abiertos, deben tener el efecto de constituir omisiones en sentido *ju-*

(59) *Unterlassung*, pág. 202 y s.

ridico. Naturalmente, Herzberg podría aquí responder que estas dudas sólo afectan a una parte de las normas de deber ser por él supuestas. Pero, aun cuando se conceda la existencia de determinadas normas jurídicas que ordenan prestar atención en situaciones tipificadas, no queda demostrado con ello de manera alguna su relevancia para la capacidad de actuar y, por tanto, para el concepto de omisión.

En efecto, no puede haber ninguna duda acerca de que es imposible una inferencia directa desde el “deber de prestar atención” al “poder-salvar”. Más bien lo que se muestra es que, tanto el cumplimiento como el no cumplimiento del deber de prestar atención, son irrelevantes para la capacidad de salvamento cuando, no obstante haber prestado atención, no se llega a la representación (de la posibilidad) de la existencia de un fin de salvamento. En cambio, si la acción de observación condujera a la representación (de la posibilidad) de un fin de salvamento, entonces por cierto que con el cumplimiento del deber de observación estaría dado el conocimiento de la finalidad de la acción (y la inactividad subsiguiente sería una omisión del salvamento); pero, precisamente cuando no se realiza la observación no existe aquel conocimiento sin el cual no es posible trazar un puente desde el “prestar atención” al “salvar”. Como esta falta de conocimiento no puede ser sustituida a su vez por el deber de observación, habría que averiguar una vez más si el observador que no actuó “era capaz de realizar la acción de observación...”. Sigue pues en pie lo que ya había que decir con respecto a razonamientos similares de Schünemann: Para que alguien sea capaz de realizar una acción cuyo fin se encuentra fuera de su representación, la existencia de una norma de deber ser que prescribe prestar atención al correspondiente fin de la acción, no ofrece ningún criterio utilizable.

Naturalmente, con esto no se ha dicho nada acerca del otro principio “fáctico”, es decir, que no se trata de una omisión cuando quien no actúa conoce positivamente el fin de la acción sino ya cuando hay síntomas que, en cierto modo, imponen la representación del fin de la acción. Aquí, por lo pronto, es correcto que la posibilidad “físico-real” de llevar a cabo un determinado proyecto de acción no alcanza por sí misma para constituir la capacidad para la realización de una determinada acción cuando se la amplía con las fuerzas intelectual-espirituales de la respectiva persona; pues estas fuerzas necesitan un punto de apoyo para poder desarrollarse en concreto. Además, puede ser correcto que haya casos en los cuales el conocimiento de indicios provoca un proceso de reflexión y de análisis que concluye con la representación de un fin de acción —por ejemplo, “salvar”— y permite luego la planificación y realización del salvamento propiamente dicho. Pero sería erróneo creer que el conacimiento de “indicios” desencadena, en cierto modo automáticamente, un proceso de este tipo; ya por ello no es posible hablar de capacidad de acción (con respecto al salvamento) sólo sobre la base de un “conocimiento de indicio”. Pero, sobre todo, se carece de todo criterio que permita hablar de un “motivo”; pues el “motivo” —a diferencia del conocimiento de un determinado fin de acción— no está delimitado a partir de sí mismo. En los casos de mera cognoscibilidad, en los cuales se queda en el desconocimiento del fin de la acción, más bien lo único que en realidad puede decirse es que las circunstancias conocidas *no* eran suficientes para la ob-

tención del conocimiento. Con ello, en un punto decisivo, el concepto de omisión carecería de un perfil claro y quedaría el peligro de que, a más de a quien es capaz de actuar, se atribuya una "omisión" a quien es *incapaz* de actuar y hasta quizás le sea imputada. Así pues, si para la capacidad de acción hay que presuponer una base de conocimiento —y en esto estamos de acuerdo con Herzberg— entonces esta base de conocimiento sólo puede ser la (posibilidad de) representación del fin de la acción.

Y este resultado no puede evitarse tampoco compensando la falta de conocimiento, que falta en la mera "cognoscibilidad" de la representación del fin de la acción, a través de la obligación de averiguar los conocidos puntos de apoyo. Naturalmente puede suceder que, a su vez, los síntomas constituyan la situación típica en el sentido de (otro) tipo de omisión, que resulte de un "mandato de observar". Pero la capacidad de observar no sería todavía ninguna capacidad de realizar sobre la base del resultado de la observación de otra acción porque la observación *no* tiene que tener *necesariamente* un conocimiento como consecuencia. Dicho con otras palabras: Por cierto que se habría *omitido* el observar (hasta violando un deber), pero no estaríamos frente a la omisión de un salvamento. Este simplemente no habría tenido lugar.

Si se supone que el motivo en el sentido de "conocimiento de los indicios" es fácticamente suficiente para inferir el fin de la acción, sería entonces incoherente hablar de una omisión del salvador sólo en el caso de la existencia de un "deber de averiguación" y con respecto a quien no está afectado por un deber de este tipo concederle que no ha omitido el salvamento a pesar de que, en virtud de los indicios conocidos, podría haber estado perfectamente en condiciones fácticas de haber conocido la finalidad de la acción. ¿O se quiere decir que *efectivamente* los indicios no pueden ser examinados en absoluto cuando no se produce una motivación a través de una norma de deber ser? Pero, ¿qué sucede cuando la norma de deber ser no era conocida? Y, ¿no hay acaso otros motivos para procurarse conocimiento, que no sean normas de deber ser? ¡Basta tan sólo pensar en los curiosos crónicos!

Y esto significa: Ni el conocimiento de indicios, ni la existencia de deberes de observación, ni una combinación de ambos, proporcionan presupuestos que, cuando se dan, permitan decir *siempre y sin excepción* que existe la capacidad para realizar una acción final. Por ello, no pueden ser tampoco el criterio del concepto de omisión.

8) De manera similar a Herzberg, y antes que él, había argumentado Grünwald: como puede mostrarse con ejemplos, también en los casos en los que quien no actuó no había reconocido la situación tipificada, puede constatarse que "le era posible tomar la decisión de intervenir y realizarla". Por tanto, se dice a continuación, "hay que reprocharle (la no intervención) porque sobre la base de su conocimiento, podía y debía llegar a tener conciencia del peligro". En verdad, afirma, es correcta la opinión de Armin Kaufmann en el sentido de que la capacidad de llegar al conocimiento de la situación tipificada no es todavía la capaci-

dad de actuar; pero de una de estas capacidades se infiere la otra. Así pues, también en el caso de la cognoscibilidad de una situación tipificada puede darse un delito de omisión (negligente) (60).

En esta posición se nota también claramente hasta qué punto la preocupación de que la tesis de Armin Kaufmann puede conducir “a una reducción del ámbito de lo punible” (61), trae consigo una confusión del “nivel del comportamiento” con el “nivel del delito”. Puede perfectamente reprocharse si “quien no actuó, sobre la base de su conocimiento, podía y debía llegar a tener conciencia del peligro” (62). Pero, ¿puede el reproche tener por objeto la *no intervención* si el deber ser se refiere a la *adquisición de la conciencia del peligro*? Y, sobre todo: ¿Bajo qué presupuestos *puede* quien no actuó obtener la conciencia del peligro, que no obstante la base de conocimiento no posee? Esto no resulta de los citados ejemplos y hay que señalar que también en este ámbito de la obtención del conocimiento tiene que valer lo que dice Grünwald con respecto a la prevención del peligro: no obstante la representación del fin, falta la capacidad de acción cuando los medios no son cognoscibles (63).

Al final queda todavía la tesis de que la capacidad para actuar se infiere de la capacidad para adquirir el conocimiento. Grünwald tendría razón con su comprensión de la capacidad de acción si esto fuera *siempre* así; pero esta conexión tampoco existe para él “naturalmente en cada caso” (64). Y por cierto falta —como hay que agregar inmediatamente— no sólo cuando, no obstante el conocimiento de la finalidad de la acción, no fueran cognoscibles los medios de la acción. La razón puede también ser otra: La capacidad para llegar al conocimiento de una situación es en verdad sólo la capacidad para llevar a cabo una acción dirigida a la obtención del conocimiento, cuyo éxito no se encuentra totalmente en el poder del actor.

c) Con esto se puede ya trazar un balance provisorio: Ni la existencia de delitos negligentes de omisión, ni la dirección de la voluntad del que no actúa ni la preocupación por la exclusión de la corrección de errores, logran atestiguar que la cognoscibilidad de la finalidad de la acción sea irrenunciable para el concepto de omisión. La inferencia desde la exigencia de finalidad potencial a la suficiencia de conocimiento potencial se basa en una utilización diferente del concepto de potencialidad y resulta ser un malentendido. Y allí donde deban existir *deberes* de “observación”, “averiguación”, etc., no son ellos los que pueden ofrecer una base de sustentación para la *capacidad* de acción porque con su mera existencia no están en condiciones de compensar una falta de conocimiento.

En gran parte debido a esta razón, gana terreno la concepción de que los

(60) *Mayer-Festschrift*, pág. 300 y s.

(61) *Mayer-Festschrift*, pág. 300.

(62) *Mayer-Festschrift*, pág. 301.

(63) *Mayer-Festschrift*, pág. 301, nota 63.

(64) *Mayer-Festschrift*, pág. 301, nota 63.

presupuestos de la capacidad de acción tienen que obtenerse sólo de la intelección en el proceso de la producción de una acción y de que en caso del desconocimiento del fin de la acción, la "cognoscibilidad" que debe constituir la capacidad de actuar, necesita de una "base de conocimiento", de un "motivo" a fin de que pueda ser llevado a cabo el aporte que consiste en la obtención del conocimiento faltante. Sin embargo, este paso en la dirección correcta no va lo suficientemente lejos. Sigue faltando el criterio para saber a partir de qué nivel de conocimiento y bajo qué otras condiciones existe la *seguridad* de que efectivamente ha de llegarse a la representación del fin de la acción. Y como este criterio, sin el cual siempre podría hablarse sólo de una capacidad de acción *posiblemente* existente, no es cognoscible, la "cognoscibilidad" del fin de la acción no basta para afirmar la capacidad de actuar y, por tanto, no es suficiente para la definición del concepto de omisión.

II. Esta confirmación de la opinión de Armin Kaufmann parece en realidad conducir a que tiene que aceptarse un concepto de omisión cuyas consecuencias para la punibilidad contradicen el ya unánime sentimiento jurídico. Pero precisamente esta tesis, de que la orientación del concepto de omisión según la exigencia de la representación del fin de la acción abriría lagunas en el ámbito de la punibilidad, requiere a su vez ser examinada.

Tal como ya se ha citado, según Armin Kaufmann, "el delito negligente de omisión presupone que quien estaba obligado a realizar la acción estuviera dispuesto a cumplir el mandato, es decir, lograr el fin impuesto por el ordenamiento jurídico" (65). Con otras palabras, según Armin Kaufmann la omisión negligente es "mal cumplimiento" de un mandato. Y, naturalmente, sólo puede hablarse de "mal cumplimiento" siempre que esté dado el deseo de cumplimiento y, con ello, el conocimiento del fin de la acción. Por cierto que esto no excluye que el mal cumplimiento también pueda realizarse dentro del marco de la evaluación del fin de la acción, es decir, cuando se abandona apresuradamente, sin mayor examen, una representación de la posible existencia de un fin de acción (66); pero si no se ha tenido en absoluto la conciencia del fin de la acción, queda excluida la punibilidad a causa de un delito de negligencia (67).

Armin Kaufmann apoya su explicación de la omisión negligente en el por él desarrollado y denominado "principio de inversión" (68), no sin, desde luego, haber llamado antes la atención acerca del hecho de que el estado actual de la dogmática de la negligencia todavía puede constituir una fuente de errores (69). Efectivamente, desde el año 1959 ha avanzado considerablemente el desarrollo en este campo. Y últimamente Struensee ha mostrado que el principio de inversión no se opone de manera alguna a la aceptación de delitos negligentes de omi-

(65) *Dogmatik*, pág. 170.

(66) Cfr. Armin Kaufmann, *Dogmatik*, pág. 173.

(67) Cfr. también *Dogmatik*, pág. 41, nota 88.

(68) *Dogmatik*, págs. 87 y ss.

(69) *Dogmatik*, págs. 166 y ss.

sión, también fuera de los casos del fracasado intento de cumplimiento de un mandato (70).

Y a esto hay que referirse. Lo que Struensee pone de manifiesto bajo el aspecto de la relación del principio de inversión y la negligencia puede también ser mostrado desde otro punto de partida. En el ámbito de la comisión, un mismo concepto finalista de la acción permite vincular a los fenómenos por ella captados, tanto delitos dolosos como culposos. No otra es la situación en el ámbito de la omisión. Lo que describe el concepto de omisión de Armin Kaufmann puede ser una base no sólo para delitos (cuasi) dolosos sino también culposos, sin que fueran trazados límites desde el *concepto* de omisión. La diferencia entre delitos dolosos y culposos no se basa precisamente en apartamientos estructurales dentro de la respectiva forma de comportamiento "acción" u "omisión", sino que se sigue más bien de la vinculación con respectivamente otros *contenidos* de la finalidad realizada (acciones) o (en el caso de las omisiones) no realizada pero posible.

Algo más detalladamente. En el año 1959, según Armin Kaufmann, el delito negligente de comisión estaba "caracterizado, en todo caso en los tipos de causación, por la causación de un resultado que no está abarcado por la voluntad de realización" (71). De acuerdo con nuevos conocimientos (72), la comisión negligente si bien es cierto que no es falsamente caracterizada por esta referencia a la causación no final de un resultado, sí lo es incompletamente. En efecto, lo decisivo es la realización de una acción final cuya consecuencia (potencialmente) *no final* del perjuicio de un bien jurídico constituye el *motivo* para que esta acción *en tanto tal* y en toda su finalidad sea clasificada como contraria al cuidado, se la haga objeto de una norma de prohibición, que no es idéntica con la prohibición de producción de un resultado y se castigue su realización como "delito negligente de comisión"; y desde luego, según la posición de *lex lata*, respecto a la negligencia sin consecuencia sólo cuando a la antinormatividad antijurídica y reprochable se agregue la aparición del resultado. Esta estructura del delito negligente de comisión es encubierta simplemente por la circunstancia de que las violaciones de las correspondientes normas de prohibición, debido a su elevado número, no (pueden) ser tipificadas en leyes penales a tal efecto y por ello los presupuestos del tipo de la violación del debido cuidado tienen en cierto modo que ser formulados por la jurisprudencia y la ciencia con la ayuda de reflexiones cuasi-legislativas y a menudo en cierto modo a posteriori.

Consecuentemente, en los delitos negligentes de omisión, no es decisivo que no se realice el evitamiento del *resultado*. Lo esencial es más bien que se omita una acción *final* cuya consecuencia (potencialmente) *no final* de la evitación del resultado la hace aparecer como acorde al cuidado y por tanto contraria al cuidado a su no realización. Y aquí puede tratarse —algo que interesa en primera

(70) Cfr. JZ 1977, págs. 217 y ss.

(71) *Dogmatik*, pág. 169.

(72) Cfr. por ejemplo, ya Armin Kaufmann *ZfR* 1964, págs. 41 y ss.

línea— de un acto de examen o de obtención de conocimiento con respecto a la existencia de una situación tipificada de un delito doloso. Además, entran en consideración también otros actos como, por ejemplo, el cerrar una barrera de ferrocarril, etc., cuya realización por “sí misma” hace desaparecer la violación de un bien jurídico. Y, finalmente, juegan también un papel —problemático por cierto— aquellos actos que podrían haber provocado la conservación del bien jurídico si hubieran sido realizados en lugar de otras acciones con esta misma finalidad (73). Así como en el ámbito del hacer activo la acción final que está prohibida y tipificada por ser contraria al cuidado tiene que tener como fin de la acción el resultado —la violación o la puesta en peligro del bien jurídico—, así tampoco en el ámbito de la pasividad la acción que está ordenada como acorde al cuidado y cuya no realización satisface el tipo de la omisión, puede tener como fin el resultado (la conservación del bien jurídico). Lo único que se requiere es que quien no actúa conozca el fin *de la* acción que le impone la norma del cuidado y *que* con respecto a *esta* acción también estén dados los otros presupuestos de la capacidad de acción (74).

La producción del resultado —al igual que en los delitos culposos de comisión— juega el papel de una condición objetiva de punibilidad (75); la no realización de la acción final acorde al cuidado es castigada —al menos de acuerdo con el derecho vigente— no obstante la antijuridicidad y la reprochabilidad, sólo cuando no se ha producido el fin de evitar un resultado perseguido por la nor-

(73) Cfr. al respecto Struensee, loc. cit.

(74) Aquí se ve la relativa justificación de la opinión contraria: Para la solución jurídicopenal del estado de cosas, para la cual la “cognoscibilidad de la finalidad de la acción” es sólo una fórmula abreviada, las “normas de deber ser”, bajo la forma de mandatos de observación, de explicación, de indagación, como así también los “motivos”, las “situaciones tipificadas” que corresponden a estos mandatos y su conocimiento, juegan un papel decisivo. El malentendido comienza cuando el delito negligente de omisión es vinculado con el mandato de evitamiento del resultado que subyace al delito de omisión (cuasi) doloso. Cfr. al respecto también Struensee, loc. cit.

(75) La clasificación del resultado como condición objetiva de punibilidad pone de manifiesto que el *tipo* del delito negligente es formado a partir de las características de la realización de una acción final prohibida como contraria al cuidado o de la no realización de una acción final ordenada como acorde al cuidado, a pesar de la capacidad de acción y, en esta *medida*, no se puede partir de la causación del resultado o del no evitamiento, aplicando el principio de inversión. Con este criterio coincide también la observación de Welzel (*Strafrecht*, pág. 207), que quizás debido a su brevedad no es fácilmente comprensible, en el sentido de que Kaufmann, en el delito negligente tiene un concepto estrecho de tipo, que deja sin efecto las objeciones de Frünwald (*Mayer-Festschrift*, págs. 300 y ss.). Esta respuesta puede darse también a Haffke (*ZStW* 87 --1975-, págs. 59 y ss., especialmente pág. 61, nota 57). Cfr. al respecto, más detalladamente Struensee, loc. cit.

Naturalmente, no sólo con respecto a la tipicidad sino también con relación a la *punibilidad* puede pensarse en una inversión: Mientras que la violación reprochable de la prohibición de una acción contraria al cuidado es sólo punible si se produce el resultado (el daño al bien jurídico) que debía ser evitado, la violación reprochable del mandato de una acción acorde con el cuidado es sólo punible si no se ha producido el resultado de la conservación del bien jurídico, que debía tener lugar.

ma y se ha producido una lesión del bien jurídico (76). Y tampoco la cognoscibilidad del resultado no deja de tener importancia. Ella es un presupuesto real, fáctico, para que quien no actuó haya tenido conciencia de la antijuridicidad de su omisión y pueda serle reprochada su inactividad (77).

Esto significa: La —necesaria— adecuación de la concepción esbozada por Armin Kaufmann para la omisión negligente al modelo que *el mismo* autor desarrollara para la comisión negligente vuelve innecesaria una corrección del *concepto* de omisión en el sentido de la opinión contraria y posibilita el castigo en los casos cuyo tratamiento correcto puede reclamar para sí esta opinión. El problema que sigue quedando por resolver (desde ambas posiciones) se encuentra en otro ámbito: hay que determinar las normas de cuidado y cuyo cumplimiento traería consigo también la conservación del bien jurídico.

D

La concepción del delito negligente de omisión que se acaba de esbozar permite, finalmente, una toma de posición con respecto a un argumento que hasta ahora no había sido tratado y que juega un gran papel en la opinión opuesta. El concepto de omisión debería —en todo caso— abarcar la cognoscibilidad del fin de la acción ya que en caso contrario se carecería de una base sistemática común para el delito doloso y para el delito negligente de omisión (78). La tendencia básica de todas las correspondientes manifestaciones (79) puede ser muy bien reproducida con las palabras que Schönemann utiliza para su concepto de la posibilidad individual de acción: “En tanto el concepto básico general, tiene que ser mantenido libre de los elementos que sólo aparecen en el delito doloso de omisión o sólo en el delito de omisión negligente” (80).

(76) Las manifestaciones críticas de Schönemann (*Schaffstein-Festschrift*, págs. 169 y ss.) en contra de la inclusión del resultado en las condiciones objetivas de la punibilidad, merecen una discusión más prolija que la que aquí puede llevarse a cabo. Por ello, provisoriamente puede tan sólo formularse la objeción de que los argumentos de Schönemann *quizás* podría ser aducidos para una punibilidad general de la negligencia sin resultado, pero *ciertamente* no pueden fundamentar por qué la producción del resultado, en tanto tal, constituye un *injusto*. El que la lesión del bien jurídico constituye el motivo para el dictado de normas que imponen el cuidado y *en esta medida* es importante para el injusto, es otro asunto; y lo mismo sucede con el hecho de que el resultado que realmente se produce confirma como correcta esta motivación legislativa.

(77) Cfr. Armin Kaufmann, *ZfR* 1964, pág. 52; al respecto, Horn, *Verbotsirrtum*, págs. 74 y ss.

(78) Cfr., por ejemplo, Rudolphi, *SK*, nota al margen 3 antes del § 13; Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota al margen 143 antes de los §§ 13 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 283 y s., nota al margen 1031.

(79) El conocimiento o la cognoscibilidad de la finalidad de la acción sería, se dice, tan sólo una cuestión del dolo o de la negligencia.

(80) *Grund*, pág. 30.

Ahora ya no resulta difícil aceptar esta exigencia: La no realización de una acción final, no obstante la correspondiente capacidad de acción que depende de la representación del fin de la acción es, por ser *el* concepto de omisión, el denominador común de *todo* delito de omisión (tanto del “doloso” como del “culposo”).

EL RECURSO DE SUPLICA EN LA LEC Y EN LA JURISPRUDENCIA

ISABEL TAPIA FERNANDEZ

Profesora titular interina de Derecho Procesal

SUMARIO: I. Recurso de súplica y recurso de reposición. II. Las resoluciones judiciales y su impugnabilidad. III. El ámbito del recurso de súplica. IV. El recurso de súplica como requisito para interponer el de casación. V. Contenido y naturaleza del recurso de súplica. VI. Sustanciación del recurso.

1. RECURSO DE SUPLICA Y RECURSO DE REPOSICION

El de súplica es un recurso ordinario (se admite sin limitación de casos, por cualquier vicio de la resolución que se impugna) de carácter no devolutivo (esto es, se interpone y conoce de él el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada) que procede contra determinadas resoluciones dictadas por las Audiencias o por el Tribunal Supremo.

La resolución que se pretende reformar mediante este recurso es una resolución de las que, conforme a la técnica del proceso común, se denominan "interlocutorias" (1), es decir, una resolución incidental (2), que no implica pronunciamiento sobre las cuestiones de fondo planteadas en el proceso.

(1) El aforismo "iudex ab interlocutorio semper discedere potest" fue recogido en la Partidas (Leyes 2, Tít. 22; y 13, Tít. 23 de la Partida 3^a). Y posteriormente, la Novísima Recopilación de las Leyes de España lo concretó en la Ley 23, Tít. 20 del Libro II.

(2) Entendemos por incidental "todo lo que de su curso ordinario se separe". Véase, MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Madrid, 1955, pág. 282. En este mismo sentido amplio del término incidente se refiere la LEC, en el art. 369,3, cuando habla de "incidentes o puntos" para referirse a cuestiones no de fondo; esto es,

La Doctrina (3) y la Jurisprudencia trata el recurso de súplica con referencia al de reposición, llegándose a decir que “súplica se denomina la reposición cuando de ella conocen los Tribunales colegiados” (4).

Verdaderamente, lo característico de ambos recursos es que se solicita del Juez o Tribunal que conoce del proceso que enmiende su propia resolución y en su lugar dicte otra más ajustada a Derecho. Y por ello el régimen jurídico del recurso de súplica se rige en sus líneas generales de acuerdo con lo establecido para el recurso de reposición.

Ahora bien, entendemos nosotros que, no obstante la similitud de procedimiento de ambos, dichos recursos difieren sustancialmente en su ámbito de aplicación, como se verá a continuación.

La LEC se refiere al recurso de súplica, de modo confuso e incompleto, en las Secciones Segunda y Tercera, del Tit. IX de su Libro I (arts. 401 a 405); y se remite expresamente al recurso de reposición a efectos de sustanciación (art. 402, 2º).

Esta vaguedad e inconcreción de la LEC; la propia remisión al recurso de reposición; y el apoyo doctrinal y jurisprudencial a la confusión entre ambos recursos, han propiciado una serie de dudas que hacen que la práctica del foro sea ambigua y vacilante; y que el propio recurso de súplica aparezca, a la rémora del de reposición, como un recurso que difiere de éste sólo en cuanto al nombre, pero que en su naturaleza, estructura y contenido son análogos.

en la idea de contraponer el tema no de fondo al tema de fondo. Por lo tanto, emplea un sentido lato y no técnico, es decir, no como cuestiones que originan un procedimiento de características especiales y a este procedimiento mismo.

(3) Véase, DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, II, Madrid 1943, pág. 763, donde afirma que ni el contenido ni la estructura del recurso de súplica difieren, sustancialmente, del recurso de reposición; se trata —dice— sólo de una cuestión de nombre. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1948, pág. 1082, opina que son dos recursos de análoga naturaleza y similar operatividad, cuya diferencia radica en la composición y jerarquía del órgano jurisdiccional que conoce de ellos. BELLON GOMEZ, *Derecho Procesal*, I, Madrid, 1941, pág. 149, califica al de súplica de “equivalente” al de reposición. Por su parte, MANRESA, op. cit., II, pág. 283, dice que el recurso de súplica tiene “el mismo objeto que el de reposición”, y... “se llama de súplica... sin duda por la consideración y respeto a los Tribunales Superiores y al Supremo... y con ella (denominación) se distingue de igual recurso, cuando se interpone contra resoluciones de Jueces inferiores”.

(4) DE LA PLAZA, op. cit., pág. 763. En este sentido, véase, por todas, la reciente sentencia del T.S. de 18 de Marzo de 1983 (Ref. Ar. 1586), donde se alude expresamente a “la similitud finalista que se da entre el recurso de reposición... y el recurso de súplica...”

De los escasos preceptos legales al respecto (arts 376 a 381 inclusive referentes al recurso de reposición; y 401 a 405 inclusive referentes al recurso de súplica) se pueden extraer una serie de consideraciones que, en definitiva, desembocan en dos conclusiones:

a) la diferente aplicación que la Ley impone en los dos tipos de recursos no devolutivos que comentamos.

b) la equivocada sistematización de las resoluciones judiciales en aras de su impugnabilidad.

Vamos a analizar, en primer lugar, brevemente, esta segunda cuestión, porque nos parece esencial para poder establecer con claridad el ámbito de aplicación del recurso de súplica.

II. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y SU IMPUGNABILIDAD

Las resoluciones judiciales —como declaraciones de voluntad producidas por el órgano Jurisdiccional que tienden a ejercer en el proceso una influencia directa e inmediata (5)— se clasifican, según el art. 369 de la LEC, en providencias, autos y sentencias (6). De la dicción legal se desprende con claridad que las providencias son resoluciones de tramitación (art. 369,2); y los autos y las sentencias son resoluciones de decisión, diferenciándose ambas (arts. 369,3 y 4) por el objeto sobre el que recae dicha decisión: si es un “incidente o punto” (art. 369,3) (7), cuya decisión no ponga término a lo principal, objeto del pleito, la resolución judicial adoptará la forma de auto. Si tal decisión pone término a lo principal, adoptará la forma de sentencia.

Sin embargo, este sencillo esquema legal, establecido con carácter general en el citado art. 369 de la LEC, se complica extraordinariamente, porque de cada una de estas categorías la propia Ley predica conceptos que impiden fijar con claridad sus límites y confunden su propia naturaleza.

En efecto, los arts. 376 y 377 LEC establecen una distinción dentro de las resoluciones de tramitación, regulando, por una parte, las que llama “providencias de mera tramitación”; y, por otra, las denominadas “demás providencias” (esto es, las que no son de mera tramitación).

(5) GUASP, *Comentarios a la LEC*, cit., I, pág. 978.

(6) Para esto, véase con amplitud GUASP, op. cit., comentario al art. 369 de la LEC, I, págs. 978 y ss.

(7) Véase, al respecto, la nota dos.

A su vez, distingue la LEC entre “autos resolutorios de incidentes” (art. 402); “autos que pongan término al juicio” (arts. 403; 384,2); “autos que tengan el carácter de sentencias definitivas” (art. 404); “autos”, sin más (art. 377, en donde se contraponen estos simples autos con los “autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes” del art. 382).

Y, por otra parte, se contraponen también aquellas resoluciones que por decidir “definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia, o en un recurso extraordinario”, son propiamente sentencias de fondo; y aquéllas que resuelven cuestiones no de fondo, o sentencias denominadas “interlocutorias”.

Con toda esta ramificación de las resoluciones judiciales, se llega a una difuminación absoluta de los perfiles de tales resoluciones, hasta el punto de poder concluirse que aquella primitiva y esencial distinción entre resoluciones de tramitación y de decisión ya no es posible tenerla en cuenta. Porque hay providencias que no son actos de tramitación, sino de decisión; hay autos que no son actos de decisión, sino meros autos (?); y hay sentencias que no resuelven o deciden el fondo del asunto.

El tema no tendría graves consecuencias si sólo se tratase de una cuestión de forma o denominación. Pero, al estar fundamentado todo el sistema de recursos (auténticas garantías procesales para las partes) sobre la base del contenido de la resolución que se pretende revocar, el problema de la falta de claridad y sistemática de la LEC se presenta gravísimo.

La Jurisprudencia ya ha advertido la importancia de esta cuestión; y tiene decidido (8) que la forma de una resolución judicial, “siquiera no sea la prevenida por la Ley, en relación con su contenido, no priva a la parte interesada en ninguno de los recursos concedidos contra la misma, según la materia a que afecta”.

Sin embargo, y no obstante esta flexibilidad jurisprudencial — encomiable, sin duda—, la inseguridad jurídica subsiste en tema de recursos; máxime si se tiene en cuenta que “los recursos extraordinarios como el de casación sólo pueden utilizarse después de agotados, sin resultado, los recursos ordinarios” (9). Y puesto que los recursos ordina-

(8) *S. de 16 de Febrero de 1950* (Ref. Ar. 349).

(9) En esto es unánime e inflexible la abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase, por todas, la *S. de 25 de Junio de 1953* (Ref. Ar. 1995). Y la nota nº 47, donde se expone con detalle las declaraciones jurisprudenciales al respecto.

rios y las resoluciones impugnables están tan faltas de sistematización a estos efectos, se hace necesaria una ordenación positiva clara y precisa.

La LEC alude a las diversas resoluciones judiciales en unos términos que permiten extraer los siguientes supuestos legales:

- providencias de mera tramitación.
- providencias de no mera tramitación.
- providencias que “pongan término al juicio, haciendo imposible su continuación” y providencias “que causen perjuicio irreparable”.
- meros autos.
- autos no resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes.
- autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes.
- autos que ponen término al juicio.
- autos que tienen el carácter de sentencias definitivas.
- sentencias no definitivas o interlocutorias.
- sentencias definitivas.

En este esquema se observa la triple distinción regulada en el art. 369 LEC, pero con unos matices y unas categorías intermedias que desvirtúan la naturaleza propia de cada resolución.

De todo este abanico de posibilidades, se puede inferir, con una dosis de imaginación no despreciable, que:

a) Providencias de mera tramitación son resoluciones de simple ordenación, que tienen por objeto impulsar el procedimiento, dar a los autos el curso ordenado por la Ley (10). Son aquéllas “de sencillo curso; en suma, de una función automática y subalterna, que no implica, en realidad, la subsunción de un hecho en una norma legal mediante un completo proceso discursivo” (11).

Este sería el sentido originario de estas resoluciones, en bloque e indistintamente, puesto que la propia LEC, en el referido art. 369,2, describe las resoluciones judiciales que son providencias “cuando sean de tramitación”.

(10) PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Navarra, 1982, pág. 764. Y cita como ejemplos: la providencia que admite la demanda a trámite, disponiendo la incoación del proceso; la que manda conferir traslado de los escritos a la otra parte; la que ordena que se unan a los autos las pruebas practicadas... etc.

(11) DE LA PLAZA, op. cit., pág. 172.

b) Providencias de no mera tramitación (o “las demás providencias”). Su propio enunciado negativo nos muestra ya su conceptualización residual y extraordinaria. ¿Qué son providencias de no mera tramitación? Desde luego, nos parece tautológico definir las como “todas las que se dictan durante la sustanciación de un juicio o negocio, que no estén comprendidas en el caso anterior (sic. las de mera tramitación) aunque afecten al procedimiento” (12). Por exclusión, han de ser aquellas providencias que realizan en el proceso una función superior a la simple tramitación o impulso. Son todas aquellas “en que se resuelve una cuestión, aunque no sea de fondo, y aunque la cuestión no se plantee formalmente entre las partes, sino que la suscite el mismo Juez” (13). En este orden de cosas, pertenecerán a esta categoría: la providencia que admite indebidamente una demanda (14); la que, en autos de suspensión de pagos, declara que una proposición de convenio no ha sido presentada en tiempo (15); la que despacha una ejecución (?) (16); la providencia que abre una segunda instancia improcedente (17); la que declara en rebeldía a un litigante (18)... etc. (18 bis).

c) Providencias que “pongan término al juicio, haciendo imposible su continuación” y las que “causen perjuicio irreparable en definitiva”.

La confusión es enorme. Sin duda alguna, se trata de un tipo de resoluciones que, aunque adopten forma de providencia, son “verdaderos autos disfrazados” (19), y, además, son autos de una cualificación significada en la escala que hemos apuntado “supra”. ¿Por qué la LEC las recoge como tales providencias en su art. 384,2 y 3? Creemos que la razón no es otra que la de, consciente la LEC de la confusión reinante en la práctica, otorgarles mayores garantías. Por ello las encuadra en el segundo grupo de providencias (esto es, de no mera tramitación), y les concede (como a ellas) la posibilidad de apelación en ambos efectos (art.

(12) MANRESA, *Comentarios*, cit., II, pág. 93

(13) GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 979.

(14) S. de 2 de Marzo de 1887.

(15) S. de 10 de Diciembre de 1892.

(16) S. de 11 de Enero de 1884.

(17) SS. de 9 de Julio de 1887; y 19 de Mayo de 1883.

(18) S. de 31 de Marzo de 1882.

(18 bis) La más reciente doctrina jurisprudencial se ha pronunciado al respecto; y tiene decidido, en Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (Ref. Ar. 1568) que “en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil es de distinguir... entre providencias de mero trámite, que son aquellas resoluciones que tienden solamente al impulso del procedimiento, esto es, a dar a éste el curso mandado por la Ley, y providencias que se propongan una finalidad más importante, consistente en disponer, mediante un acto de dirección, el establecimiento de algún elemento que no encaje en dicho ámbito estricto de impulso”.

(19) GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 979.

384) como excepción al principio general de apelación en un solo efecto (art. 383,2).

d) Meros autos. También, por exclusión, se puede decir que pertenecen a este grupo aquéllos que no resuelven incidentes ni excepciones dilatorias (art. 377 en relación con el 382), ni ponen término al juicio (arts. 403, y 384,2) haciendo imposible su continuación; ni tienen el carácter de sentencias definitivas (art. 404).

Por "autos que no resuelven incidentes" hemos de entender no el supuesto riguroso y técnico del término "incidente" como un tipo específico de procedimiento (20) —en contra de lo que pueda dar a entender el contexto legal que establece estos autos no resolutorios de incidentes, ligados en conexión técnica con el de "... excepciones dilatorias"— sino como resolución que decide "puntos" (art. 369,3) o cuestiones referentes a la repulsión de una demanda, inadmisión de la reconvencción, denegación del recibimiento del pleito a prueba o cualquier diligencia de ella, la admisión del recibimiento del pleito a prueba en el juicio de mayor cuantía... etc. Es decir, se trata de simples autos que por no resolver incidentes ni excepciones dilatorias, ni poner término al juicio, ni tener carácter de sentencias definitivas, están contrapuestos por la Ley a aquellos autos que, por resolver incidentes o excepciones dilatorias, o poner término al juicio haciendo imposible su continuación, o tener carácter de sentencias definitivas, son autos más cualificados, susceptibles de mayores garantías procesales. Y esto es de suma importancia a efectos de recurribilidad de la resolución y a efectos de inadmisión del recurso de casación.

La línea divisoria entre estos autos y las providencias de no mera tramitación es bien confusa.

e) Autos no resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes. Creemos que se trata de una especificación innecesaria de la categoría anterior. Si los autos resuelven excepciones dilatorias, la decisión que recaiga sobre ellas ha de tener el carácter de verdadera sentencia. Porque en nada se distinguen por su naturaleza esas excepciones dilatorias que se resuelven por auto (art. 538, in fine) de los incidentes regulados en los arts. 741 y ss.

f) Autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes (21). Es-

(20) Puesto que la resolución que "ex lege" debe resolver estos incidentes ha de adoptar la forma de sentencia y no la de auto, a tenor de lo previsto en el art. 763 de la LEC.

(21) Valga la misma crítica que para el caso anterior, letra e).

tos sí que son autos de los que hemos adjetivado cualificados, pues al resolver cuestiones que puedan poner término al juicio haciendo imposible su continuación tienen perfiles idénticos a las sentencias no definitivas o interlocutorias.

g) Autos que ponen término al juicio: se trata de resoluciones de naturaleza similar a la de las sentencias definitivas, y por ello queda abierta la vía de casación contra ellos (22), una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios (art. 403). Tienen, por tanto, el carácter de sentencias definitivas (art. 404).

h) Sentencias no definitivas: las que no deciden la contienda entre las partes (23). Son resoluciones que no deciden definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia, o en un recurso extraordinario ("a contrario", art. 369,4). No deciden, pues, cuestiones de fondo. Por lo tanto, son sentencias no definitivas aquéllas que recayendo sobre un incidente pongan término a lo principal, objeto del pleito, haciendo imposible su continuación. Porque incidente es, precisamente, aquella cuestión no de fondo que surge durante la tramitación de un proceso. Asimismo, son sentencias no definitivas las que resuelven cuestiones de competencia; las que declaran haber o no lugar a oír a un litigante condenado en rebeldía; y las que conceden o niegan la defensa por pobre (24).

(22) No reviste el carácter de definitivo, ni pone término al juicio impidiendo su continuación el auto que ordenó dar al expediente de que se trata (sic. declaración de incapacidad) la tramitación de los incidentes: *S. de 29 de Noviembre de 1922*.

No tiene el concepto de definitivo y contra el mismo no cabe el recurso de casación el auto que pone término al expediente de incapacidad, ya que contra ellos el interesado puede deducir demanda en juicio ordinario: *A. de 6 de Febrero de 1928* (que recoge la doctrina de las SS. de 3 de Octubre de 1921 y 11 de Junio de 1907). Ni tienen la condición de definitivos "todos los acuerdos judiciales que constituyen medidas precautorias y de aseguramiento de los bienes y derechos litigiosos": *A. de 31 de Marzo de 1928*.

No pone fin al litigio el auto que pone término a un incidente en un litigio sobre rescisión de contrato de sociedad, pues no tiene otra finalidad que el aseguramiento de los fondos de la sociedad litigiosa... Ni puede afirmarse que haga imposible la continuación del pleito principal, pues lejos de ello pudiera en su caso asegurar la ejecución de la sentencia que le ponga fin: *S. de 11 de Enero de 1929*.

No es definitiva a efectos del recurso de casación la resolución que recae en las excepciones dilatorias (y entre ellas la primera del art. 533 de la LEC)... por cuanto lejos de poner término al pleito en que fue demandada determina precisamente la posibilidad de su seguimiento: *S. de 21 de Abril de 1932*.

(23) GOMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1979, págs. 414 y 415.

(24) No tiene el carácter de definitiva (a efectos de su impugnación en casación) la sentencia que resuelve un incidente de nulidad de actuaciones durante el curso del pleito principal: *AA. de 2 de Enero de 1898, 14 de Noviembre de 1927, 30 de Enero de 1934; y SS. de 9 de Enero de 1935 y 30 de Marzo de 1935*. Ni el auto que ordenó dar al expediente

i) Sentencias definitivas: las que recayendo sobre el fondo, ponen término al juicio en una instancia. A ellas se equiparan, a efectos de impugnación, los autos resolutorios del recurso de súplica cuando tengan el carácter de sentencias definitivas (art. 404), esto es, cuando pongan término al juicio por decidir definitivamente la cuestión (25).

III. EL AMBITO DEL RECURSO DE SUPLICA

Establecida esta diferenciación entre las diversas resoluciones, vamos a examinar ahora el tratamiento que la LEC aplica cuando se pretende que el mismo órgano que dictó la resolución se pronuncie de nuevo sobre el tema.

En contra de lo que se ha dicho (26), creemos nosotros que el ámbito de aplicación del recurso de reposición difiere sustancialmente del ámbito de aplicación del recurso de súplica, a tenor de lo preceptuado por la LEC.

de que se trata (sic. declaración de incapacidad) la tramitación de los incidentes: *A. de 29 de Noviembre de 1922*. Ni el auto que pone término al expediente de incapacidad (puesto que cabe deducir demanda de juicio ordinario): *A. de 6 de Febrero de 1892*. Ni la resolución dictada en incidente de oposición al embargo preventivo: *AA. de 6 de Junio de 1927, 31 de Marzo de 1928 y 25 de Abril de 1929*. Ni son definitivos todos los acuerdos judiciales que constituyen medidas precautorias y de aseguramiento de los bienes y derechos litigiosos: *S. de 30 de Marzo de 1928*. Ni pone fin al litigio el auto dictado sobre rescisión de contrato de sociedad, pues no tiene otra finalidad que el aseguramiento de los fondos de la sociedad litigiosa... ni puede afirmarse que haga imposible la continuación del pleito principal, pues, lejos de ello pudiera, en su caso, asegurar la ejecución de la sentencia que le ponga fin: *S. de 11 de Enero de 1929*. Ni son definitivos a estos efectos las sentencias dictadas en juicios que después de terminados permiten, no obstante, a las partes promover otro sobre el mismo objeto: *S. de 14 de Junio de 1932*. Ni aquéllas en que se otorga el beneficio de pobreza: *A. de 7 de Julio de 1932*.

(25) *A. de 28 de Junio de 1906*. Para que un auto resolutorio de otro recurso de súplica sea susceptible de casación es preciso que tenga el carácter de sentencia definitiva, y es evidente que no lo tiene el auto recurrido (: resolución en que se tiene por parte a un litigante), pues no pone término al juicio haciendo imposible su continuación: *S. de 7 de Diciembre de 1949*.

En el mismo sentido, véase la *S. de 22 de Marzo de 1971* (Ref. Ar. 1658), donde se establece que "conforme a los arts. 402 y 404 de la LEC, se da el recurso de casación (o, en su caso, el de injusticia notoria) contra el auto que resuelve el recurso de súplica, cuando tenga el carácter de sentencia definitiva, pero no contra el auto que fue o debió ser suplicado... (se trataba de un auto dictado en segunda instancia por la Audiencia declarando nuladas todas las actuaciones. Interpuesto recurso de injusticia notoria, el T.S. declaró no haber lugar, por ser preceptiva la súplica previa).

(26) Véase las notas tres y cuatro.

En efecto, según los arts. 376 y 377 de la LEC, se dará el recurso de reposición contra las siguientes resoluciones de los Jueces de primera instancia:

- a) contra las providencias de mera tramitación (art. 376).
- b) contra las providencias de no mera tramitación (art. 377) (27).
- c) contra los meros autos (art. 377).
- d) contra los autos no resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes (art. 377) (28).

Por el contrario, la LEC prevé el recurso de súplica contra determinadas resoluciones que dicten las Audiencias y el Tribunal Supremo (arts. 401 a 405), en los siguientes casos:

- a) contra los autos resolutorios de incidentes (art. 402,1).
- b) contra las sentencias no definitivas o interlocutorias (art. 402,1).

Comparando ambos esquemas se observa una reducción considerable del ámbito de aplicación del recurso de súplica respecto al de reposición, amén de que el recurso está previsto para resoluciones conceptualmente distintas.

— Ello se aprecia por cuanto: no cabe recurso de súplica contra las providencias de mera tramitación (según el art. 401).

— ni cabe, en nuestra opinión, contra las “demás” providencias o providencias de no mera tramitación (según lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 403).

— ni cabe, en nuestra opinión, contra las “demás” providencias o providencias de no mera tramitación (según lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 403) (29).

En definitiva, si es correcto nuestro razonamiento, y según la escala

(27) Siempre que no sean providencias que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación (art. 384,2), contra las que cabe directamente apelación en ambos efectos, o providencias que causen perjuicio irreparable a la parte (art. 384,3), recurribles con los mismos medios que las anteriores.

(28) Siempre que no sean autos —o providencias— que denieguen la admisión de la apelación, para lo que ya existe el específico recurso de queja ante el Tribunal superior.

(29) Incluso lo niega expresamente la LEC, contra determinados autos que se podrían considerar como resolutorios de incidentes —en el sentido visto para el término incidentes—. Véase la nota treinta y tres.

que se estableció, sólo tiene cabida este recurso de súplica en un número escaso de resoluciones dictadas por órganos colegiados, y que supone una graduación intermedia dentro del esquema general establecido (letras f, g, y h).

Esta reducción considerable del ámbito de aplicación del recurso de súplica respecto al de reposición es, a nuestro juicio, lógica, por la sencillez de trámites que preside la segunda instancia, la mayor garantía en los proveimientos (ya que son dictados por tres Magistrados) y para cortar los abusos de los litigantes de mala fe que sólo pretenden retrasar el procedimiento (30).

Por otra parte, también nos parece lógico el límite opuesto, esto es, que no sea posible suplicar los autos que pongan término al juicio (contra los cuales cabe directamente recurso de casación, a tenor del art. 403,1) por la especial significación de dichos autos, equiparables a las sentencias definitivas.

Además de esta nota señalada (esto es, la reducción del ámbito de aplicación del recurso de súplica) aún es necesario establecer una serie de precisiones:

1º) Que la LEC permite el recurso de súplica sólo contra las sentencias (interlocutorias) o autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia (art. 402,1). Ello quiere decir que el incidente ha de surgir precisamente con el procedimiento que pende ante la Audiencia; pues "la resolución en la segunda instancia de un incidente planteado en la primera es normalmente para la Audiencia una cuestión de fondo y no una cuestión interlocutoria" (31).

Por otra parte, con la expresión 'incidentes' este precepto alude a

(30) Estos motivos son los que apunta MANRESA, *Comentarios*, cit. II, págs. 279 y ss. Pero el autor los establece relacionados con la diferencia tan radical a efectos de impugnación que existe entre las providencias de mera tramitación que dictan los Jueces de primera instancia (a la que la LEC otorga el recurso de reposición: art. 376) y las mismas providencias cuando son dictadas por las Audiencias (art. 401). Sin embargo, como se verá "infra", Manresa opina que el recurso de súplica procede contra cualquier resolución, que no sea una providencia de mera tramitación, dictada por las Audiencias. Y en este sentido, GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 1084, apunta que es lógico que no sea recurrible una providencia de mera tramitación en la segunda instancia, por la "inconveniencia que supone admitir una impugnabilidad aislada de resoluciones interlocutorias mediante un recurso que embaraza extraordinariamente el curso rápido del proceso sin que tampoco pueda esperarse de él una gran eficacia a los efectos de la eliminación de los vicios en que una resolución puede haber incurrido o de su improcedencia por otra causa".

(31) GUASP, op. cit. I, nota dos a la pág. 1082.

cualquier cuestión que pueda producirse durante la segunda instancia. Es decir, que se entiende dicho vocablo en su sentido más amplio como "todo lo que de su curso ordinario se separe" (32).

2º) Que aunque la LEC sólo contempla el supuesto de los incidentes que "se promuevan durante la segunda instancia", es evidente que cuando la resolución susceptible de recurso sea dictada por la Audiencia en los asuntos que conoce en primera y única instancia (impugnación de acuerdos de sociedades anónimas, o procesos de nulidad de patentes y registros de la propiedad industrial), dicha resolución será también suplicable ante la misma Audiencia, puesto que no sería posible contra ella el recurso de reposición previsto para las resoluciones que dicten los Jueces de primera instancia.

3º) Que el campo de actuación del recurso de súplica se limita exclusivamente (33) a los autos resolutorios de incidentes y a las sentencias interlocutorias. Y la razón legal es simple; cualquier aplicación analógica queda prohibida expresamente por la LEC en su art. 403,2 que establece que "contra las demás resoluciones que dicten (las Audiencias) en apelación no se dará recurso alguno, salvo el de responsabilidad". Y "las demás resoluciones" se refieren a las que no son: ni providencias de mera tramitación (art. 401), ni sentencias o autos resolutorios de incidentes (art. 402), ni sentencias definitivas o autos que pongan término al juicio (art. 403,1) (34).

Por ello, no estamos de acuerdo con quienes (35) opinan que tanto

(32) Como se vió "supra", nota dos.

(33) Ya se ha advertido, "supra", el por qué de tal limitación. Por lo demás, amparan nuestra teoría los preceptos relativos al tema respecto a la segunda instancia. Véase los arts. 882, que expresamente determina que no se dará recurso alguno contra determinadas providencias que dicten las Audiencias (y que se trata, evidentemente, de las que la Ley denomina "las demás" providencias), y 867 que incluso niega el recurso de súplica (y cualquier otro) para el auto de la Audiencia en que se otorgue el recibimiento a prueba. El que lo deniegue, por el contrario, sí que será suplicable. Y en el mismo sentido, el art. 237 prevé recurso de súplica contra el auto de la Audiencia (o Tribunal Supremo) que declare no haber lugar a la recusación, pero no contra el que la estime y el art. 416 que autoriza suplicar ante la Audiencia o el Tribunal Supremo el auto que tiene por caducada la instancia y por firme la sentencia apelada o recurrida.

(34) Nos parece artificiosa y contraria a la clara dicción de este párrafo 2º del art. 403, la interpretación que del mismo hace GUASP, *Comentarios*, cit., I, pág. 1087, al decir que el art. 403,2 está redactado para la hipótesis siguiente: aquellas decisiones de la Audiencia "que dirimen una cuestión de fondo, pero interlocutoria con respecto a la totalidad del proceso, es decir, una cuestión que no resuelve el problema de fondo planteado en este proceso ni constituye, por otra parte, una resolución que ponga término al juicio".

(35) Así, DE LA PLAZA, op. cit., pág. 763, después de analizar el recurso de reposición y establecer su ámbito, dice que este mismo esquema se da para el recurso de súplica.

las providencias de no mera tramitación, como las sentencias y autos no resolutorios de incidentes que dicten las Audiencias (o el T.S.) son recurribles en súplica (35 bis).

La confusión reinante tiene su origen, quizá, en la anterior LEC de 1855, que al establecer el sistema de recursos no devolutivos contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales, declaraba en su art. 65 que “de las providencias interlocutorias pronunciadas por los Jueces de primera instancia puede pedirse reposición dentro de tres días improrrogables. Si no se estimare, podrá apelarse en un término igual al anterior”. Y en su art. 66: “De las providencias interlocutorias pronunciadas por los Tribunales Supremo y Superiores podrá suplicarse dentro del término señalado en el artículo anterior...”. Por su parte, el art. 67 de dicha Ley establecía que “las sentencias definitivas y las interlocutorias que deciden un artículo, serán apelables dentro de cinco días”.

Según este contexto legal, parece evidente que la LEC de 1855, al referirse a “las providencias interlocutorias” pronunciadas por los Jueces de primera instancia (contra las que cabe reposición) y por los Tribunales (que podrán suplicarse), está aludiendo con el término “providencias” a la acción y al efecto de proveer, esto es, a cualquier resolución judicial (o proveído) que no sean sentencias (a las que hace referencia

ca, pero con la salvedad de que no cabe (el recurso de súplica) contra las resoluciones de mero trámite que dicten las Salas.

En el mismo sentido, MANRESA, *Comentarios*, cit., II, pág. 282, dice que procede este recurso ordinario de súplica contra todas las resoluciones que no sean de mera tramitación dictadas por las Audiencias en segunda instancia sobre cuestiones, puntos o incidentes que ante ellas se promuevan, y no de los incidentes promovidos ante el Juez inferior que sean objeto de apelación, pues éstos se rigen por el art. siguiente (403). Y en el mismo sentido, GUASP, op. cit., I, págs. 1082 y 1083, opina que, pese a no mencionarse (respecto al recurso de súplica) ese grupo intermedio de resoluciones (providencias de no mera tramitación y autos no resolutorios de incidentes) “no es dudoso que en tales casos debe considerarse procedente el recurso, pero la Ley nada dice en tal sentido y la interpretación a sensu contrario del art. 401 no puede servir para resolver el problema, porque si en vez de él nos fijamos en el art. 402 y lo interpretamos igualmente a sensu contrario, llegamos a un resultado opuesto al que se desea obtener”. Y así, en la nota dos a la página 1083, dice el autor que contra las providencias de no mera tramitación y contra los autos no resolutorios de incidentes es procedente el recurso de súplica aunque esté omitido por la LEC.

Al respecto, PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., I, pág. 785, dice que contra las providencias de no mera tramitación la Ley no se pronuncia; pero que por analogía con el art. 402 se debe entender que cabe recurso de súplica “si tal vez (añade el autor) no están incluidas en el art. 403, II”.

(35 bis) En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otros, en Sentencias de 26 de Febrero de 1976 (Ref. Ar. 886) y 18 de Marzo de 1983 (Ref. Ar. 1568).

expresa en el art. 67) en sus dos modalidades de definitivas y resolutorias de incidentes.

Lo cierto es que la Ley de 1855 concedía el recurso de súplica contra todas las providencias interlocutorias sin distinción (36) que dictasen los Tribunales; lo cual producía dilaciones injustificadas y abusos de los litigantes malintencionados.

Para obviar esto, la nueva Ley, rompiendo con el paralelismo existente entre los recursos de reposición y de súplica, establece tajantemente que contra las providencias de mera tramitación que dicten las Audiencias no se dará recurso alguno (art. 401). Que este recurso se da contra las sentencias o autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia (art. 402), y que contra las demás resoluciones (37) que dicten las Audiencias en apelación no se dará recurso alguno.

La vigente Ley, en este concreto punto, es, a nuestro juicio, clara. El arrastre histórico ha confundido la materia; una materia ya confusa, como se dijo "supra", por la poca precisión conceptual y terminológica que se emplea en tema de resoluciones.

La Ley, cuando impone un tipo u otro de resolución, renuncia a guiarse por criterios funcionales y se acoge a criterios puramente formales. La práctica del foro, ante esta falta de funcionalidad y sistemática legal en esta materia, se hace vacilante. Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ve indecisa en el sentido de declarar, por un parte, que la "forma" de una resolución judicial, *siquiera no sea la prevenida por la Ley*, en relación con su contenido, no priva a la parte interesada en ninguno de los recursos concedidos por la misma (38); y, por otra, que, por no utilizarse el oportuno recurso concedido por la Ley contra determi-

(36) Ello daba lugar a que, contra su intención, acaso, pudiera creerse que era aplicable a toda clase de providencias: MANRESA, op. cit., II, pág. 297, el cual añade, comentando el art. 401 de la LEC vigente que "ahora (con ese artículo) se manda clara y explícitamente que no cabe recurso alguno contra las de mera tramitación que dicten las Audiencias".

(37) Véase lo dicho en la página 118.

(38) S. de 16 de Febrero de 1950 (Ref. Ar. 349), cit.

En este sentido, véase la S. de 26 de Febrero de 1976 (Ref. AR. 886). En segunda instancia y recibidos los autos a prueba, no compareció el testigo. Se señaló nuevo día para la comparecencia, y al no hacerlo tampoco, se solicitó el término extraordinario de prueba, que la Audiencia denegó, mediante providencia (en contra de lo establecido en el art. 560 LEC, que previene expresamente que la resolución que otorgue o deniegue el término extraordinario de prueba revestirá la forma de auto). Contra esa providencia se interpuso recurso de súplica, y la Audiencia declaró no haber lugar a enmendar dicha providencia.

nada resolución, es inadmisibile el recurso extraordinario de casación (39).

La vacilación jurisprudencial es enorme en este sentido. A pesar de esa declaración contenida en la Sentencia de 16 de Febrero de 1950, comentada en el texto, lo cierto es que “la forma de una resolución judicial siquiera no sea la prevenida por la Ley en relación con su contenido” si que puede privar a la parte de agotar sus garantías de recurrir. Claro exponente de ello es la compleja Sentencia de 31 de Marzo de 1973 (Col. Leg. n° 176), donde el juego de recursos y resoluciones hace patente la inexactitud legal, la constante duda jurisprudencial y la inquietud de la parte litigante que no sabe exactamente a qué atenerse.

Confirmada la sentencia apelada, con costas al apelante, éste interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma. El T.S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto, considerando que el recurrente debía haber intentado la subsanación del vicio “in procedendo” en el momento adecuado, porque “al señalarse por segunda vez la comparecencia del testigo propuesto... *mediante la providencia* ... el ejecutado no hizo uso del remedio procesal que le brindaba el art. 402 de la LEC...”

Entendemos nosotros que ante el supuesto señalado, un litigante de buena fe se podría ver sorprendido por esa decisión del Tribunal. La Sala, en segunda instancia, dicta una providencia por la que señala nuevo plazo para que comparezca un testigo. Y el T.S. alega que no hubo intento por la parte de subsanación del vicio “in procedendo” en el momento adecuado, por cuanto debería haber hecho uso del remedio procesal que le brindaba el art. 402 de la LEC. Entendemos que dicho art. 402 no era aplicable al caso, pues se refiere sólo a autos y sentencias; que el art. 403,2 expresamente dice que contra las “demás” resoluciones que se dicten en apelación no se dará recurso alguno (con lo que la parte cumplió lo preceptuado en la LEC); y que lo único que el litigante que propuso la prueba en segunda instancia podía hacer (“ad cautelam”, por cuanto cabría la excepción prevista en el art. 1697) ante la resolución de la Sala (providencia), era hacer constar su protesta a efectos de interponer en su día recurso de casación por quebrantamiento de forma, conforme al art. 1969 de la LEC.

Ya antigua jurisprudencia —si bien de forma aislada— advirtió que contra una providencia de la Audiencia no cabe recurso de súplica previsto en el art. 402, y así en *S. de 7 de Diciembre de 1949*, declaró que “el precedente recurso de casación por infracción de ley aparece interpuesto contra un auto resolutorio de otro recurso de súplica deducido contra una providencia de la Audiencia... revelando la sola enunciación de este hecho la inadmisibilidad del recurso de casación, porque, aparte de que según el texto del art. 402 de la LEC, no se da el recurso de súplica sino contra las sentencias o autos resolutorios de incidentes promovidos durante la segunda instancia y por ello *no debió ser admitido el aludido recurso de súplica que interpuso contra una providencia...*” (El subrayado es nuestro).

(39) Sobre esto existe abundante jurisprudencia. Véase, al respecto, “infra”. Y, en especial véase la sentencia de 18 de Marzo de 1983 (Ref. Ar. 1658), donde el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto, considerando que “teniendo la providencia dictada por la Sala sentenciadora de Instancia... en trámite de apelación o de segunda instancia, la naturaleza y carácter de no mero trámite, procedería contra ella el recurso de súplica, que al no haber sido interpuesto originaría la falta de cumplimiento del requisito...”.

De la forma más breve posible expondremos el contenido de dicha Sentencia:

El actor —que considera desajustado a derecho que la Sala tenga por preparado un recurso de injusticia notoria, cuando lo procedente, a su juicio, era el de casación— recurre en *reposición* contra esa *providencia* (40). La Sala, mediante *auto de 24 de Marzo de 1972*, sin dar traslado a la parte contraria, a la que sólo ordenó que se le diera copia del escrito, rechazó el recurso de reposición interpuesto por el actor “por no ser éste el procedente sino el de *súplica* (41), si bien declaró *de oficio* (?) nula y sin efecto aquella providencia (42). Contra ese *auto* el demandado apelado interpuso recurso de *súplica* (43) solicitando se declarase

(40) El recurso de reposición no era interponible por tratarse de una providencia dictada por un Audiencia (ver arts. 376 y ss.).

(41) El recurso de súplica tampoco era interponible contra este tipo de resolución del Tribunal, según lo expuesto a lo largo de este trabajo.

(42) “Considerando: que si bien pudiera ser discutible la facultad de la Sala de instancia para dictar el auto de 24 de Marzo de 1972, dejando de oficio nula y sin efecto alguno la providencia de 21 de Marzo anterior, que tuvo por preparado el recurso de injusticia notoria ordenando la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo; acordando en su lugar no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por el recurrente...”

Cndo.: “Que atendido el carácter de orden público que tienen las nomas reguladoras del procedimiento, vinculan imperativamente tanto a las partes como a los Tribunales... procede declarar la nulidad, de acuerdo con el art. 4 del Código civil, de la Providencia... que declaró haber lugar al recurso de injusticia notoria y de todo lo actuado con posterioridad...”

(43) Contra el auto de la Sala de 24 de Marzo de 1972 dejando de oficio nula y sin efecto alguno la providencia que tuvo por preparado el recurso de injusticia notoria y declarando no haber lugar a dicho recurso de injusticia notoria intentado, dice el T. S. que no era procedente el recurso de súplica interpuesto, por cuanto dicho “recurso de súplica, instado y sustanciado al amparo de los arts. 404 y 402 de la LEC no debió admitirse, porque el auto de 24 de Marzo de 1972 no resolvía incidente alguno, sino que rechazaba la admisión de un recurso que, como queda expresado, tiene el cauce específico adecuado del recurso de queja para alzarse ante el Tribunal superior, recurso que no ha ejercitado el recurrente, pero aunque lo hubiera ejercitado, la resolución hubiera sido denegatoria de la queja por las razones antes expresadas, que determinan la improcedencia en el supuesto procesal de autos del recurso de injusticia notoria”.

Entendemos nosotros, no obstante, que contra ese auto de la Audiencia de 24 de Marzo de 1972, tampoco era viable el recurso de queja a que hace referencia la Sentencia que comentamos, toda vez que dicho recurso se da taxativamente contra los autos o providencias de los Jueces de primera instancia (o de Distrito) denegando la admisión de la apelación (art. 398), o en función del recurso de casación por infracción de ley (o de injusticia notoria, en su caso), contra el auto denegatorio de la certificación de la sentencia (art. 1703); y en función del recurso de casación por quebrantamiento de forma, contra el auto de la Audiencia declarando no haber lugar a la admisión del recurso (arts. 1754 y 1755). Ninguno de cuyos supuestos contemplados encaja, pues, en ese remedio procesal que el Tribunal Supremo propugna.

haber lugar al recurso de injusticia notoria, y subsidiariamente anunciaba recurso de casación por infracción de Ley.

Sustanciada la súplica, la Sala dicta *auto* desestimando la súplica y ordenando estar a lo acordado en el anterior auto de 24 de Marzo.

Interpuesto recurso de casación contra ese auto desestimatorio del de súplica, el Tribunal Supremo declara no haber lugar, por cuanto el recurrente había formalizado un recurso de casación contra el auto desestimatorio del recurso de súplica, “y no contra la sentencia que puso fin al proceso declarativo en la instancia, lo que impide en consecuencia que pueda tenerse por formalizado aquél...” (44).

IV. EL RECURSO DE SUPLICA COMO REQUISITO PARA INTERPONER EL DE CASACION

El problema resulta particularmente grave por cuanto es doctrina jurisprudencial reiterada que el recurso de súplica —en los casos en que procede— es requisito indispensable para interponer el de casación. Y puede suceder que por falta de claridad y precisión legal, el recurrente pierda su derecho ante el Tribunal Supremo por no haber agotado la vía establecida en el art. 402 de la LEC (45).

En efecto, como se ha visto, el recurso de súplica se da contra las sentencias o autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia (402); y contra el auto de la Audiencia que resuelve el recurso de súplica establecido en el art. 402, procede el recurso de casación, siempre que dichos autos tengan el carácter de sentencias definitivas; y tienen el concepto de definitivas, a los efectos de interponer el recurso de casación, además de las sentencias que terminan el juicio, las que recayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación (art. 1690, 1º).

De la conjunción de estos preceptos legales se deduce:

(44) Cndo.: “Que... no habiéndose preparado en tiempo y forma el recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia recaída en dicho juicio... (procede) declarar la firmeza de aquélla, sin entrar a conocer del recurso indebidamente formalizado”.

(45) Véase, al respecto, la nota 39; y más extensamente, “infra” nota nº 47.

a) que el recurso de súplica se da contra las sentencias no definitivas o interlocutorias, porque si la sentencia es definitiva, contra ella no se dará otro recurso que el de casación (403).

b) que el recurso de súplica se da contra autos resolutorios de incidentes promovidos durante la segunda instancia, cuando estos autos no pongan término al pleito; pues, en otro caso, contra ese auto (que ponga término al pleito) no se dará otro recurso que el de casación (403).

c) que el recurso de casación se da también (aunque la LEC no lo mencione en el art. 1690) contra los *autos* dictados por las Audiencias, si ponen término al juicio, pues se equiparan a las sentencias definitivas (arts. 403 y 404) (46).

Por lo tanto, para que una sentencia no definitiva o un auto resolutorio de un incidente que no ponga término al juicio sean susceptibles de casación, es requisito indispensable que previamente se haya interpuesto el correspondiente recurso de súplica (47), ya que por no haberse interpuesto dicho recurso de súplica contra el auto recurrido (48) existe "abierta contravención a lo dispuesto en los arts. 402 y 403 de la LEC"

(46) Véase el *A. de 11 de Junio de 1907*, que declara que "según tiene repetidamente declarado el T.S., para que sea admisible el recurso de casación, a tenor del art. 1690, es indispensable que la sentencia o *auto* contra que se recurra tenga el carácter de definitivo, poniendo término al juicio o haciendo imposible su continuación.

En el mismo sentido, la *S. de 8 de Febrero de 1982* (Ref. Ar. 583), donde el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a un recurso de casación contra el auto resolutorio de un recurso de súplica interpuesto contra la sentencia recaída en incidente de nulidad de actuaciones en segunda instancia, considerando que "la resolución recurrida es el auto resolutorio de la súplica interpuesta contra la sentencia recaída en incidente de nulidad de actuaciones... y, por tanto, si en principio es susceptible de dicho recurso por tratarse de auto de la clase de los aludidos en los arts. 402 y 404 de la LEC en concordancia con el párrafo primero del 761, debería además concurrir en él la *calidad de definitivo* que exige el n° 1 del 1690 y que la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente impone, *negándola a las resoluciones que recaen en incidentes sobre nulidad de actuaciones...*" (Los subrayados son nuestros).

(47) Véase, al respecto, las ss. de *20 de Mayo de 1946* (Ref. Ar. 569, bis); *25 de Junio de 1953* (Ref. Ar. 1995); *1 de Junio de 1966* (Ref. Ar. 3821); *14 de Febrero de 1951* (Ref. Ar. 260); *30 de Marzo de 1963* (Ref. Ar. 2177); *22 de Marzo de 1971* (Ref. Ar. 1638); *28 de Abril de 1975* (Ref. Ar. 1888); *26 de Febrero de 1976* (Ref. Ar. 886).

(48) *Sentencia de 1 de Junio de 1966* (Ref. Ar. 3821). Se trataba de un auto dictado por la Sala por el que declaraba firme la sentencia del Juzgado al proceder la nulidad de la providencia en que admitió la apelación. El T. S. declaró que contra esa resolución de la Audiencia se tenía que haber interpuesto recurso de súplica previo al de casación, por cuanto "por el auto recurrido no se ultimaba el juicio en razón a no haberse agotado los recursos ordinarios llamados a corregir las incorrecciones legales...".

(49), "con lo que el mismo (auto) adquirió fuerza, con arreglo al art. 408, dando lugar a que el recurso se halle incurso en causa de inadmisión... y a que deba desestimarse en esta fase del procedimiento" (50).

Bien entendido que, "a tenor de lo dispuesto en los arts. 402 y 403 de la LEC, contra las resoluciones incidentales dictadas en segunda instancia y en la misma promovidas, susceptibles de recurso de súplica ante la misma Sala, se puede recurrir en casación, pero ello habrá de ser contra la resolución que resuelve la súplica (51), pero no contra la suplicada, pues... es obvio que la casación, como recurso extraordinario, no se da contra las resoluciones que no son definitivas, por estar pendientes del recurso ordinario de súplica contra ellas interpuesto..." (52).

(49) *S. de 30 de Marzo de 1963* (Ref. Ar. 2127). Para que el recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma pueda prosperar se requiere, según el art. 1696 de la LEC, que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, circunstancia que en el presente caso no concurre, porque solicitado por el recurrente el recibimiento a prueba en la segunda instancia para la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial, tal pretensión fue denegada por la Sala sentenciadora, resolución que quedó consentida al no haber interpuesto contra la misma el recurso de súplica que autoriza el art. 402.

(50) *S. de 28 de Abril de 1975* (Ref. Ar. 1888). El actor apelante solicitó de la Audiencia la práctica de la prueba pericial interesada en primera instancia. La Audiencia dictó auto declarando no haber lugar a la práctica de dicha prueba por considerar que fue incorrecta la forma procesal en que fue propuesta. Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, el T.S. declaró no haber lugar, considerando que "contra el auto de la Audiencia en que se rechazó la práctica de dicha diligencia no se interpuso el recurso de súplica que autoriza el art. 402 de la LEC; con lo que el mismo adquirió fuerza...".

(51) Véase, al respecto, la *S. de 8 de Julio de 1981* (Ref. Ar. 3053).

En juicio de Mayor cuantía, el Juez de primera instancia dictó sentencia estimando la demanda y condenando al demandado rebelde. Dicha sentencia le fue notificada al demandado por edicto publicado en el B.O. de la Provincia en fecha 5 de Julio de 1977. Pedida por el actor la notificación personal de la sentencia al demandado, y dentro de los cinco días siguientes al de la notificación, el demandado interpuso recurso de apelación contra esa sentencia, que fue admitido por el Juzgado en ambos efectos remitiendo las actuaciones a la Audiencia Territorial. En la comparecencia ante la Audiencia, el demandante apelado promovió nulidad de actuaciones. La Audiencia dictó auto el 12 de Diciembre de 1982 declarando mal admitida la apelación y firme la sentencia de primera instancia. Contra ese auto el demandado interpuso recurso de súplica que fue resuelto por la Audiencia mediante auto denegatorio de la súplica. El demandado interpuso recurso de casación contra dicho auto denegatorio del de súplica por vía del art. 1691 de la LEC en relación con el nº 1 del art. 1690 y 403 de la LEC, dado el carácter definitivo de la resolución impugnada y la infracción de ley cometida. El T. S. declaró haber lugar al recurso, dictando segunda sentencia por la que revocaba el auto de 12 de Diciembre y ordenaba dar al recurso de apelación el trámite previsto en la Ley hasta la resolución que proceda.

(52) *S. de 24 de Enero de 1967* (Ref. Ar. 242). En incidente de pobreza promovido durante la segunda instancia se interpuso recurso de súplica contra la sentencia de la Audiencia que denegaba dicho beneficio. El T. S. declaró que contra el auto resolutorio del recur-

V. CONTENIDO Y NATURALEZA DEL RECURSO DE SUPLICA

Se recurre ante la Audiencia, en súplica de que enmiende su resolución, contra la sentencia o auto que decide un incidente promovido en la segunda instancia. Esto significa que el contenido de la súplica no puede ir más allá de la estricta limitación de la resolución que se suplica; por lo que "es abiertamente contrario a la naturaleza especial de dicho recurso, al precepto del art. 402 y a la constante jurisprudencia de los Tribunales... solicitar el recibimiento de los autos a prueba en el escrito en que se interpuso recurso de súplica, fundándose en que éste, en los casos en que procede, equivale y debe considerarse como una segunda instancia..." (53). El recurso que tratamos "no permite más que la discusión escrita sobre el acuerdo que se suplica, pero no la presentación de prueba alguna en justificación de las alegaciones... y durante su sustanciación no puede utilizarse el remedio de los arts. 860 y 862, casos en que es posible la prueba en segunda instancia (54).

Asimismo, en el escrito de súplica no es posible introducir alegaciones diversas del punto estricto que se suplica, por lo que "aquellas otras alegaciones que en relación con pretendidas infracciones de procedimientos se denuncian por la recurrente, indebidamente, con infracción del art. citado (sic. 402)... no pueden derivar en ningún momento en el recurso de injusticia notoria..., y como la alegación en aquel escrito procesal en cuanto a los defectos señalados, se hizo por primera vez, sin que el recurso de súplica lo comprendiera por cuanto no existía resolución ante-

so de súplica era contra el que se debía haber interpuesto el de casación, y no contra la sentencia de la Audiencia denegatoria del beneficio de pobreza.

En el mismo sentido, la *S. de 2 de Marzo de 1971* (Ref. Ar. 1658) declaró que "conforme a los arts. 402 y 404 de la LEC, se da el recurso de casación (o en su caso, el de injusticia notoria) contra el auto que resuelve el recurso de súplica cuando tenga el carácter de sentencia definitiva, pero no contra el auto que fue o debió ser suplicado" (Se trataba de una resolución de la Audiencia por la que se declaraban nulas todas las actuaciones practicadas a partir de la notificación de la sentencia, declarando ésta firme y ejecutoria a todos los efectos legales. Contra ese auto se interpuso recurso de injusticia notoria, que el T. S. declaró no haber lugar).

(53) *A. de 8 de Mayo de 1895*.

(54) *S. de 15 de Diciembre de 1967* (Ref. Ar. 5050). Al recurrir en súplica ante una resolución de la Audiencia declarando nulas todas las actuaciones subsiguientes a la apelación, incluso la providencia de admisión del recurso, la Audiencia no admitió los documentos presentados, por los motivos expuestos; con lo que no hubo quebrantamiento alguno ya que "si no era trámite para la presentación de los documentos, no había la posibilidad de que se declarase sobre su certeza y aunque se hubieran admitido y reconocido los documentos, tal reconocimiento tardío, por posterior a la interposición de la apelación, habría resultado inoperante".

rior que le afectara... no quedó expedito el camino del presente recurso, por lo que debe ser rechazado” (55).

En definitiva, ni el recurso de súplica equivale a una segunda instancia, ni su contenido puede rebasar los límites fijados en la resolución susceptible de ser recurrida. Tan sólo se trata de un remedio procesal otorgado a la parte que se cree lesionada por una resolución (auto o sentencia, en los términos establecidos en el art. 402 de la LEC) dictada por una Audiencia en segunda instancia (o en primera, en los casos vistos “supra”), en virtud del cual se pide del Tribunal que vuelva a pronunciarse sobre el punto o cuestión que se suplica, sin que quepa hacer alegaciones extemporáneas, ni proponer nuevos medios de prueba en los casos en que procedería si de una segunda instancia se tratase.

VI. SUSTANCIACION DEL RECURSO

El art. 402 de la LEC remite expresamente el tema de la sustanciación del recurso de súplica a lo establecido para el recurso de reposición en los arts. 378 y 379 de la LEC, con la lógica matización de prever un trámite previo a la emisión de la resolución: el informe del Magistrado Ponente.

El primer problema que se plantea es la dicotomía existente respecto al recurso de reposición, ya que éste “puede dividirse en dos clases o categorías diferentes, puesto que es distinto el recurso de reposición que procede contra las providencias de mera tramitación y el que procede contra las providencias que no son de mera tramitación y contra los autos que no sean a su vez resolutorios de excepciones dilatorias ni de incidentes” (56).

Al primer tipo de resoluciones se refiere el art. 376; al segundo grupo de resoluciones, los arts. 377 y siguientes. La LEC alude a este último tipo al remitir la sustanciación del recurso de súplica a lo prevenido para

(55) *S. de 3 de Abril de 1963* (Ref. Ar. 1947). En esta ocasión, el T.S. rechazó el recurso de injusticia notoria considerando que “se ha de tener en cuenta que no hay términos hábiles para que pueda prosperar, por cuanto el recurso de súplica del que deriva, si bien es interpuesto contra el auto de la Sala en el que declaró la firmeza de la sentencia de instancia, la resolución denegatoria de aquél, originó el recurso de injusticia notoria única y exclusivamente en lo que afecta a dicho extremo, como preceptúa el art. 402 de la Ley Procesal Civil...”.

(56) GUASP, *Comentarios*, cit. I, págs. 1028 y 1029.

el de reposición, mencionando expresamente los arts. 378 y 379, amén de conceder un término para interponerlo (art. 402,1º) semejante al establecido en el art. 377 (Sin embargo, para el recurso de reposición contra providencias de mera tramitación establece un término diferente: tres días, según el art. 376).

El recurso se ha de interponer "en tiempo y forma". Por lo que respecta al tiempo, el término de cinco días improporrogables (57) se contiene específicamente para el recurso de súplica en el art. 402, párrafo 1º. Y en cuanto a la forma de interposición, al no existir preceptos específicos, se estará a las normas generales establecidas para toda clase de recursos (por escrito, con firma de Letrado...).

El escrito que contiene el recurso se interpone para ante la misma Sala que dictó la resolución que se pretende recurrir. El Tribunal acepta o deniega su admisibilidad. Si lo admite, dicta una providencia en ese sentido y ordena que se notifique la resolución a la parte contraria, entregándole copia del escrito (art. 378). Si lo deniega, la resolución en que así conste no será susceptible de recurso alguno (arts. 403,2º; y 402,2º remitiéndose al recurso de reposición).

Una vez admitido el recurso y notificada esta resolución a la parte contraria, ésta "podrá impugnar el recurso si lo estima conveniente" en el término de tres días (art. 378); término que será común si fueran varias las partes (art. 378,2º).

Transcurrido el término antedicho y "sin más trámites" (58) el Tribunal deberá resolver "lo que estime justo" dentro de tercer día (art. 379). La resolución judicial revestirá forma de auto (art. 404, in fine).

Previo a la resolución judicial, existe un trámite específico del recurso de súplica, por la peculiar composición del órgano jurisdiccional: Tribunal colegiado. Se trata del informe del Magistrado Ponente, para cuya instrucción nada dice la Ley. Se ha dicho (59) que ante el silencio de la LEC cabe adoptar una de estas dos posturas: o aplicar por analogía la norma del art. 871 (que concede al Magistrado Ponente un plazo igual al de las partes, esto es, tres días en este caso), o aplicar la norma

(57) A tenor del nº 2 del art. 310.

(58) Véase lo dicho, "supra", respecto al estricto contenido del recurso de súplica.

(59) GUASP, op. cit., I, pág. 1085.

general subsidiaria del art. 301 (y entender que tal instrucción deberá realizarse "sin dilación").

El auto que resuelve el recurso de súplica puede estimar o no la petición de la parte. Si la estima, el Tribunal reformará su propia resolución en los términos solicitados por el recurrente. Si la desestima, aunque nada diga la Ley para el caso concreto, las reglas generales de nuestro sistema de costas indican que la desestimación del recurso lleva consigo la condena en costas al recurrente.

Dicho auto resolutorio del recurso de súplica, en sus dos hipótesis de admisión o inadmisión, es irrecurrible ya, salvo el supuesto previsto en el art. 404, in fine: que este auto tenga el carácter de sentencia definitiva, en cuyo caso procederá contra él el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (60).

(60) Véase la *S. de 8 de Julio de 1981* (Ref. Ar. 3053), comentada en la nota cincuenta y uno del presente trabajo.

MARX Y LOS ANALES FRANCOALEMANES

SEBASTIAN URBINA TORTELLA

Profesor de Filosofía del Derecho.

En 1843 Carlos Marx escribe la “Introducción a la Crítica de la filosofía del derecho de Hegel” y la “Cuestión Judía” que se incorporarán al primer y único ejemplar de los Anales franco-alemanes.

El respaldo material de ésta revista fue posible gracias a Arnold Ruge, que se encontraba en mejor situación económica que el resto de los componentes de la difícil empresa, Marx, Hess, Bakunin, etc. Las dificultades no eran sólo de tipo material, relativamente solucionadas, sino problemas derivados de la censura y la policía y de las diferentes mentalidades e intereses intelectuales de la abigarrada plantilla de colaboradores.

Aunque hubo conformidad en que París fuese la ciudad en la que se publicarían los Anales, tanto por ser un centro político y demográfico como por la existencia de una numerosa colonia alemana, las diferencias entre los principales inspiradores de la revista, Ruge y Marx, no podrían dejar de manifestarse.

En los meses anteriores a la publicación de los Anales, que tuvo lugar en Febrero de 1844, se produjo una relación epistolar entre los principales animadores de la revista, aunque nos interesa especialmente la que se estableció entre Marx y Ruge.

La impresión que dan las tres cartas que Marx le escribió es la de que no quería mostrar, en toda su extensión, su verdadero pensamiento por miedo a provocar un enfrentamiento con Ruge que diera al traste con los Anales, aunque la ruptura con Ruge se producirá más tarde, en el mismo año 1844, por sus divergencias políticas.

Entre las cartas de Marx a Ruge y sus escritos en los Anales hay un giro más claro y decidido a favor de un planteamiento revolucionario que no aísle teoría y práctica, y hacia la convicción de que los cambios políticos por sí solos, que colmaban el humanismo democrático de Ruge, no eran suficientes para una liberación radical de la humanidad. El que Marx ligara la realización de la esencia del hombre a la abolición de la propiedad privada, el que no se conformara con cambios en la forma de Estado, aún reconociendo su gran importancia, alejaba sin remedio el idealismo humanista de Ruge y la acción revolucionaria del proletariado que propugnaba Marx.

En todo caso, las tres cartas de Marx a Ruge nos muestran su preocupación por la situación de Alemania y la manera de salir del viejo mundo que representa y del que nada bueno puede ya esperarse. Los Anales eran, para Marx, un instrumento para despertar al nuevo mundo, aunque no todas las cabezas de sus compañeros lo vieran igual.

En la carta de Mayo de 1843 precisa Marx que el conocimiento y construcción del futuro no se llevará a término según el estilo de Cabet, es decir, proponiendo sistemas como el de su "Viaje a Icaria", sino por medio de la crítica radical del mundo presente. En efecto, Marx no pretende inventarse dogmáticamente un nuevo mundo que supere al Estado prusiano, manifestación de la voluntad arbitraria del rey, ya que el sustrato material de la monarquía prusiana, el hombre como animal inferior, se complementa con el carácter despótico y arbitrario de su monarca. La visión del nuevo mundo no puede contemplarse desde las condiciones del viejo, es decir, las del hombre como animal inferior y el despotismo regio. "Mientras se actúe en el ámbito del mundo político de los animales no se pueden dar reacciones mas que dentro de sus límites, y no existe progreso de ninguna clase si no se abandona el elemento básico, y se pasa al mundo de la democracia" (1).

Para salir de esta situación, de este submundo inhumano y filisteo que constituye la barrera de la modernidad, se requieren una serie de circunstancias confluyentes. Podríamos decir que el modo de producir y reproducir la existencia es una de tales circunstancias, que facilitará el derrumbamiento de los viejos edificios, ya inhabitables. Aunque no se detiene en la explicitación minuciosa del sistema de producción, está ya presente el planteamiento antihegeliano de considerar al sistema productivo como sujeto, como factor básico y condicionante de las formas

(1) Karl Marx, Arnold Ruge, "Los Anales franco-alemanes". Ediciones Martínez Roca, S.A. 2ª edición, 1973, pág. 54.

jurídico-políticas hasta el punto de que el modo de producir, histórico y no natural, provocará rupturas cuya solución cae fuera del ámbito de las posibilidades estructurales de lo jurídico-político. “Pero el sistema de la industria y del comercio, de la propiedad y la explotación del hombre conduce, más aún que el incremento de la población, en el interior de la sociedad contemporánea, a una fractura que el viejo régimen no puede sanar...” (2).

En cuanto al aumento de población no basta, por sí solo, ya que se requiere tener conciencia de la libertad, a pesar de que la fuerza y la brutalidad de los acontecimientos que conducen a la desesperación constituyan, para Marx, una situación objetiva adecuada para que germine la esperanza, ya que en estas circunstancias favorables adquiere pleno sentido la finalidad de los Anales y que el “en si” se convierta en “para si”, es decir, que se tome conciencia de la realidad para ser capaz de avanzar hacia otros objetivos. “Por nuestra parte, tenemos que poner en evidencia el viejo mundo y crear positivamente el nuevo” (3).

Así, otra de las circunstancias que va a permitir la consecución de la meta deseada, es decir, el Estado democrático, será la conciencia de libertad que aparece en una conjunción favorable de materialidad y espiritualidad. Dice Marx: “Sólo este sentimiento, desaparecido del mundo de los griegos y sublimado por el Cristianismo en el aéreo azul del cielo, puede volver a hacer de la sociedad una comunidad de hombres con el más alto de los fines: un Estado democrático” (4).

Si ya tenemos los fundamentos para la acción, el nuevo sistema de producción y la conciencia de libertad, ahora sólo hace falta la acción misma, “postura activa de los hombres que sienten vivir una situación insostenible, ya que, el despotismo de todos ha puesto en evidencia la necesidad de la violencia, la imposibilidad de actuar humanamente” (5).

El momento de la lucha es visto, pues, como el momento final, reflexivo, sentido, y materialmente fundamentado en unos presupuestos que sólo ofrecen dos opciones, o mantenerse en su brutalidad o conducir a este trabajoso final. En este sentido, dice Marx: “Cuanto más tiempo dejen los acontecimientos para que la humanidad que piense reflexione y se una a la humanidad que sufre, tanto más perfecto será el fruto que

(2) *Ibidem*, pág. 56.

(3) *Ibidem*, pág. 56.

(4) *Ibidem*, pág. 51.

(5) *Ibidem*, pág. 56.

el mundo lleva en su regazo" (6).

El objetivo práctico que persigue Marx es el de cambiar el viejo mundo por el nuevo mundo, el mundo de la arbitrariedad, irracionalidad y despotismo, por el mundo del Estado democrático que realizará la razón, todavía con un planteamiento hegeliano de visión del Estado como expresión de la moralidad y la razón.

Sin embargo, Marx quiere despertar al hombre dormido gracias a una crítica radical de lo presente que haga tomar conciencia de la realidad y por ello de su inhumanidad. Esta toma de conciencia parece ser el elemento básico para superar una situación que califica de vergüenza nacional, a pesar de manifestarse alejado de posiciones nacionalistas.

A partir de esta situación de vergüenza nacional, la conciencia de libertad se derivará, en parte, de circunstancias materiales y tendrá, a su vez, una serie de consecuencias. Las consecuencias se refieren a que el Estado filisteo, como lo denomina Marx, cuya forma de manifestación es la brutalidad, lleva a la necesidad de violencia, aunque esta comprensión de tal necesidad sólo es posible a partir de la conciencia de libertad. Las demás, son circunstancias que preparan el terreno a la espera de que se de la toma de conciencia, materialización que se da cuando arrancamos el velo religioso y político que impide ver la realidad de lo presente y su consecuencia, la necesidad de superación del viejo mundo. Dado que la conciencia no se da inmediateamente a los hombres, Marx, ayudado por la fuerza de un conjunto de circunstancias quiere facilitar esta toma de conciencia que permitirá, a su vez, la acción.

Por su parte, el Estado democrático, representativo, significa para Marx la ruptura del viejo mundo; la inserción en el nuevo Estado, que ya no será el resultado de la voluntad arbitraria del monarca, anclado, incluso por encima de su propia voluntad, en las estrechas posibilidades de una realidad inhumana. Este nuevo Estado que realiza la razón representado por el de la Revolución francesa, y el viejo mundo y el viejo Estado, están representados por la situación alemana.

La vergüenza nacional alemana parece representar una especie de catarsis, pero esta catarsis no es posible sin la crítica radical de Marx que ponga en evidencia esta situación que provoca la vergüenza nacional. Si la vergüenza nacional se diera por sí misma, habría preparado el terreno

(6) *Ibidem*, pág. 56.

para que se produjera, como próximo paso, la conciencia de libertad, pero en tal caso la crítica radical que Marx quería plasmar en los Anales no habría sido necesaria. En realidad esta vergüenza nacional es la inhumana realidad desvelada por la crítica radical. "Y si realmente llegara a avergonzarse toda una nación, dicha nación semejaría a un león que se recoge sobre sí mismo antes de saltar" (7). Parece claro que, a partir de los presupuestos de Marx, esta situación no podría darse ya que la inhumanidad de la situación no permitía, directamente la adquisición de la conciencia de libertad, y de ahí la justificación de los Anales. No obstante, unas palabras de Marx nos pueden causar desconcierto: "Ningún pueblo desespera y aunque se vea obligado a esperar por obtusidad, llegará un día, después de muchos años, que en un alarde de repentina inteligencia, llevará a cabo sus más elevados deseos" (8).

Frente al anterior esquema de Marx que consiste en un laborioso proceso que conduce a la conciencia de libertad y a la acción, aparece ahora, la llama que alumbra el objetivo final. El sujeto de la revolución, el pueblo, tomará algún día un inesperado atajo que conduce a la libertad. Sin embargo, esta cita de Marx parece tener como objetivo reaccionar ante la desesperanza que mostraba Ruge, pilar fundamental de la revista, en una carta que éste le escribiera en Marzo de 1843, y no parece representar la verdadera síntesis de su pensamiento.

Un nuevo elemento, el destino, parece jugar un importante papel en el hundimiento de este viejo barco de arbitrariedad y despotismo, pero, en tal caso ¿qué importancia tienen la crítica radical y la toma de conciencia? Su función sería la de acelerar el destino que, más pronto o más tarde, tendría que realizarse. Señala Marx, en tal sentido: "Se pudiera llevar un buen rato a la deriva un barco cargado de locos; pero no escaparía a su destino, precisamente porque los locos no lo creerían. Este destino es la revolución, que se encuentra a nuestras puertas" (9).

Esta revolución necesaria, según Marx, que tal vez considera necesaria por deseable, es la consecución del Estado democrático representativo. Sin negar la influencia hegeliana que hay en Marx, resulta curioso observar que las dos citas más descarada y descarnadamente deterministas las encontremos en dos cartas de Marx a Ruge de Marzo y Mayo de 1843. Si las cartas a Ruge representan su pensamiento, si la meta final

(7) *Ibidem*, pág. 46.

(8) *Ibidem*, pág. 50.

(9) Karl Marx, *Manuscritos de París*. Anuarios franco-alemanes 1844. OMES. Crítica. Grupo Editorial Grijaldo, pág. 166.

se aparece como por ensalmo, si el reflexivo y laborioso proceso ya no tiene importancia, el trabajo y la ilusión de Marx por los Anales perdería sentido.

En el primero de los dos artículos de Marx publicados en los Anales, "Contribución a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel", dice Marx que la crítica a la religión es la crítica a la suposición de que la realidad del hombre se encuentra en el cielo. Pero este hombre visto por medio de la religión es solamente un hombre aparential y la mistificación religiosa no está, ciertamente, desconectada de las condiciones materiales existentes, ya que son éstas, la existencia de trabajo alienado, la cosificación de las relaciones entre los hombres, etc., las que dan sentido a este hombre visto desde el prisma de la religión, desprendido de su inhumanidad, inhumanidad que le viene dada a partir de las condiciones sociales reales que vienen justificadas por las producciones teóricas de clase, conceptualizando universalmente intereses particulares.

Porque sin reconocer la verdadera realidad del hombre, la realidad invertida de que habla Marx, no es posible escapar de las formas ilusorias que se construyen sobre tal realidad. La crítica a la religión es, para Marx, la condición primera de toda crítica porque la ilusión religiosa impide la crítica radical del viejo mundo y la consecución de una conciencia de libertad, ya que el hombre es visto como efecto y no como causa. Es decir, "El hombre hace la religión; la religión no hace al hombre" (10).

Cuando dice Marx que el hombre no es ningún ser abstracto, agazapado fuera del mundo, formula una crítica implícita a Feuerbach. Y esta crítica es necesaria porque desde la perspectiva del hombre abstracto no puede darse una crítica radical que, partiendo de la negación de las concretas relaciones sociales, aspire a que el hombre realice su esencia humana, como realización de todas sus potencialidades. Dado que la religión la hace el hombre concreto y no el hombre abstracto, no puede hacerlo sino a partir de sus reales condiciones concretas y la mistificación religiosa es posible en cuanto que falsa negatividad de la realidad invertida en que vive. Solamente a partir de una realidad en la que la libertad del individuo sea condición de la libertad de todos deja de tener sentido la producción teórica como mistificación.

El enfrentamiento con la religión no es un enfrentamiento ya que la realidad de la religión hay que buscarla fuera de ella, porque a ésta

(10) Karl Marx, Arnold Ruge, "Los Anales..." op. cit. pág. 101.

la hace el hombre concreto y a éste la realidad invertida en la que vive. Por tanto, la crítica directa tendrá que ser la crítica a la sociedad y a las relaciones que alberga en su seno.

Una vez más podemos descubrir una crítica implícita a Feuerbach en estas palabras de Marx: "La crítica de la religión desengaña al hombre para que piense, para que actúe y organice su realidad como un hombre desengañado..." (11). Lo que Marx añade a la crítica de Feuerbach a la religión es la acción práctica del hombre para organizar el nuevo mundo sin detenerse en la autocomplacencia de la crítica teórica, propia de la Alemania de su tiempo, como sociedad que sólo vivía en su cabeza los problemas reales de su época, realidades que Marx buscará en otros países de Europa. "La negociación misma de nuestro presente político se halla ya cubierta de polvo en el desván de los trastos viejos de los pueblos modernos" (12).

Por otra parte, la crítica de Marx a la Escuela Histórica del Derecho, por justificar el presente por el pasado, y en definitiva, por negar la revolución como ruptura con lo existente, es una crítica a las formas ilusorias de la libertad que tanto perjudicaban a Alemania y que tanto preocupaban al joven revolucionario. No es ni en el cielo ni en el pasado donde el hombre debe buscar su libertad, sino en la negación de lo presente, en la superación de una negatividad que impide la realización de la esencia humana. Por ello la crítica adquiere su verdadero sentido, su justificación, en cuanto que sirve para la acción, en cuanto instrumento para la lucha.

Prosigue Marx su crítica tanto a los alemanes partidarios de la práctica, porque no pueden eliminar la filosofía sin realizarla como a los alemanes partidarios de la teoría, porque no pueden realizar la filosofía sin eliminarla. Es decir, a los prácticos les critica el no ser prácticos, o ser falsamente prácticos, al no traducir la filosofía en realidad, por no tener en cuenta la única realidad alemana que está a la altura de los países desarrollados, es decir, su filosofía; a los teóricos les critica el no ser teóricos, o ser falsamente teóricos, porque viajan apriorísticamente de filosofía en filosofía, porque su punto de partida y de llegada son filosóficos, porque sólo podrían afirmarse si se niegan a si mismos como tal imaginería abstracta. O bien no se da un paso hacia la organización práctica que alumbrará el nuevo mundo, o bien el hombre aparece como predicado de un proceso abstracto que no permite encarar siquiera las condi-

(11) *Ibidem*, pág. 102.

(12) *Ibidem*, pág. 103.

ciones necesarias para que pueda darse una conciencia de la liberación. Entiendo que, cuando Marx dice que "la fuerza material tiene que derrocar mediante la fuerza material" está criticando a los prácticos alemanes por su inhibición práctica, y al afirmar que "la teoría es capaz de apoderarse de las masas cuando argumenta y demuestra ad hominem", critica a los teóricos, porque sus apriorismos filosóficos no ven al hombre real como sujeto de su historia y por ello no pueden servir para que la teoría sea verdadera teoría, es decir, para que se convierta en poder material para las masas. Abolición, pues, de la filosofía pero realizándola, no negándola simplemente o no realizándola.

También hace Marx referencia a la lucha que realizó el protestantismo contra algo exterior al hombre laico, contra el cura, pero ahora la lucha va dirigida contra el interior del hombre mismo, contra su falsa conciencia. Sin embargo, esta lucha contra el interior del hombre laico no puede realizarse desde el interior sino desde las relaciones sociales, que justifican y hacen necesaria esta lucha. Aunque es preciso que el hombre interiorice la crítica radical de las relaciones sociales para que pueda pasar a la práctica ya que la acción práctica no es una consecuencia mecánica de las relaciones sociales deshumanizadas. No tendría sentido la crítica de Marx al partido práctico alemán, de no pasar a la práctica, sin que este momento voluntario, voluntariedad sólo posible a partir de la inhumanidad de una realidad invertida que se hace presente en la conciencia. "No basta con que el pensamiento acucie hacia su realización; es necesario que la misma realidad acucie hacia el pensamiento" (13).

A pesar de que Marx señala que el pueblo alemán no goza de las ventajas que son propias de los defectos civilizados del mundo de los estados modernos, es decir, las ventajas y los defectos propios del Estado que construye la revolución burguesa, critica radicalmente la revolución simplemente política. Esta crítica radical, que no aparece en las cartas a Ruge, expresa la necesidad de que la revolución no sea un engaño, y el engaño que Marx anuncia es el de los supuestos intereses generales que esconden reales intereses de clase. Una vez más el hombre no podrá realizar su esencia humana, su universalidad real, no conceptual o ficticia, en unas relaciones sociales en las que el hombre no pueda realizar su libertad como condición de la libertad de los demás. En una revolución solamente política, las nuevas formas jurídico-políticas expresarán, otra vez, una realidad invertida, y la liberación de una clase aparecerá de nuevo como la liberación de toda la sociedad. Por eso la burguesía no puede liberar al hombre porque no puede negar al proletariado, que es condi-

(13) *Ibidem*, pág. 111.

ción de su propia existencia. Para Marx, el proletariado es la única clase que puede alcanzar la universalización real de las potencialidades humanas, porque al negar su inhumanidad afirma la humanidad de toda la sociedad, porque la liberación de su inhumanidad no es condición de ningún privilegio sino condición de la libertad de todos, de igual modo que al negarse el esclavo desaparece la figura y la función opresora del amo.

En esta crítica de Marx a la filosofía del derecho de Hegel, las formas jurídico-políticas aparecen como formas de una realidad invertida, y es la sociedad y no el Estado el terreno decisivo donde se albergan directamente las relaciones sociales. Frente a Hegel, Marx coloca al Estado en su sitio, es decir, como predicado y no como falso sujeto, encarnación del Espíritu infinito que tiene como predicados finitos a la familia y a la sociedad civil. De ahí que su preocupación por las formas políticas sea secundaria respecto al papel primario del sujeto real, el hombre concreto y sus relaciones sociales y económicas que pasan, de ser instrumentos subordinados de la realización del Estado, a fundamentadores del mismo.

En el otro artículo de Marx, "La cuestión judía", publicado igualmente en los Anales franco-alemanes, hace referencia a la crítica que hace Bauer tanto al Estado cristiano como al hombre judío, en cuanto que hombre religioso. La crítica de Bauer será retomada por Marx para plantear el problema en una dimensión distinta y más profunda.

"Cuando el judío pretende que se le emancipe del Estado cristiano, exige que el Estado cristiano abandone su prejuicio religioso. ¿Acaso él, el judío, abandona el suyo?" (14). Para Bauer la eliminación de las religiones privilegiadas y la reducción de la religión a asunto privado, eliminará la alienación religiosa. "Bauer exige, por lo tanto, de una parte que el judío abandone el judaísmo y que el hombre abandone la religión en general para emanciparse en cuanto ciudadano " (15).

Sin embargo, la emancipación en cuanto ciudadano no puede desligarse de otro problema conexo, cual es el tipo de emancipación que se postula. La emancipación en cuanto ciudadano hace que Bauer critique el Estado cristiano, mientras que la emancipación en cuanto hombre hace que Marx critique el Estado en general. Por eso pregunta Marx: "Tene el punto de vista de la emancipación política derecho a exigir del judío la abolición del judaísmo y del hombre en general la abolición de

(14) Ibidem, pág. 224.

(15) Ibidem, pág. 227.

la religión" (16). La crítica del Estado en cuanto Estado cristiano y del judío en cuanto hombre religioso no trasciende los límites de la crítica teológica propia de Bauer, y no es éste, precisamente, el terreno en el que Marx quiere plantear el problema de la emancipación humana.

El primer paso es, para Marx, el tratamiento político de la religión por parte del Estado en vez del tratamiento teológico de la misma. Se trata de la situación propia del Estado Constitucional o del Estado que se ha realizado plenamente como tal, es decir, el que se afirma como Estado político y no teológico, permitiendo así la contemplación política de la relación Estado-ciudadano, también en el terreno religioso, es decir, privatizar la religión, tratamiento opuesto al propio del Estado del privilegio, objeto de crítica tanto de Bauer como de Marx, aunque desde diferentes perspectivas.

Cuando Marx se refiere al Estado que ha conseguido su total realización menciona a algunos Estados libres de Norteamérica, así como a la enmienda 1ª a la Constitución de los Estados Unidos, en donde se dice: "El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla..." (17).

Pero, de todos modos, nos encontramos todavía en un primer paso del problema ya que el tratamiento político de la religión, su privatización en definitiva, no conduce ni a la desaparición de la religión ni a una contradicción de la misma con el Estado. ¿Por qué al desaparecer el Estado teológico no desaparece también la religión? Dado que no se ha producido de hecho tal desaparición, parece que la causa no debe buscarse en el Estado, con lo cual tendríamos ya una crítica a la crítica de Bauer a la religión. Desde el planteamiento de Marx la religión no se asienta en el Estado sino en la sociedad civil. Dice al respecto: "El carácter burdo de la religión del ciudadano libre nos lo explicamos por sus ataduras terrenales. No estamos afirmando que tengan que acabar con su limitación religiosa para poder destruir sus barreras terrenales. Lo que afirmamos es que acabarán con sus limitaciones religiosas en cuanto destruyan sus barreras terrenales" (18).

No estamos ya ante el problema planteado por Bauer, del judío en cuanto religioso, que al emanciparse religiosamente se emancipa políticamente, sino del judío en cuanto hombre, y por ello el problema de la

(16) *Ibidem*, pág. 228.

(17) 1ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. (Enmienda de 1791).

(18) Karl Marx, Arnold Ruge, "Anales..." op. cit. págs. 229-230.

emancipación humana y no la simplemente política. Estamos ante el problema de que la realización del Estado no conduce a la realización del hombre. La privatización del individuo constituye la realización del Estado pero no la realización del propio individuo, no la realización en que pensaba Marx, entendida como real emancipación humana. El Estado se realiza generalizando políticamente la privatización de las dimensiones humanas. El hombre se iguala en el Estado, realizándolo, pero esta igualación es la de una privacidad (la religión, la propiedad) que lo mantiene alienado, porque esta emancipación a la Bauer es sólo la emancipación posible, aunque insuficiente de un Estado sólo realizado políticamente. Se trata, pues, de una emancipación política que no disuelve, que no puede disolver, el aislamiento y escisión que representa la privacidad. Estaríamos, en este caso, ante una generalización ficticia ya que se trata de una generalización en el ámbito de la política que deja sin disolver la privacidad egoísta e individual del hombre concreto. Esta generalización política es la que permite el adecuado desarrollo de las relaciones sociales propias de la sociedad burguesa, es decir, las relaciones entre seres egoístas, cuyo egoísmo "natural" sólo puede superarse ficticiamente en el ámbito de la generalización política, en el ámbito de las relaciones políticas. Estas últimas representan la forma de manifestación del Estado, mientras que las diferencias materiales y el individualismo egoísta representan su posibilidad de existencia como tal Estado.

Si la premisa de que parte Marx es la de que la religión es un defecto, la no eliminación de este defecto en el ámbito del Estado político indica que este Estado puede convivir perfectamente con este defecto. De ahí que la emancipación humana no pueda provenir del Estado político ya que lo que éste hace es trasladar la religión a la esfera de la privacidad, de igual modo que lo hace con la propiedad. Por eso el Estado del privilegio, el Estado cristiano, puede convertirse en Estado político liberándose de anteriores ataduras y, sin embargo, no libera al hombre. Lo que hace es elevar la contradicción a principio político, generalizando a nivel formal una serie de postulados que no se corresponden a las diferencias materiales de la sociedad. En efecto, estas generalizaciones abstractas se justifican en tanto existen realmente las diferencias materiales en la sociedad civil, ya que en caso contrario perderían sentido las teorizaciones a nivel de principios cuando se vivieran como práctica diaria.

A pesar de todas las críticas, Marx valora en alto grado esta emancipación propia del Estado político frente al anterior Estado del privilegio, que hacía suya, que hacía pública, una determinada religión, aunque tal emancipación no fuera para él un punto de llegada. "No cabe duda de que la emancipación política supone un progreso enorme, y aun-

que no sea la última forma de la emancipación humana en general, sí es la forma última de la emancipación humana dentro del orden del mundo actual. Y claro está que nos estamos refiriendo a la emancipación real, a la emancipación práctica" (19).

No parece, pues, frente a algunas interpretaciones, que Marx despreciara la emancipación política. Además; la crítica que hace se refiere a una época histórica concreta, "al orden del mundo actual", lo que no hace sino destacar que las formas políticas de emancipación no pueden modelarse caprichosamente al margen de la vida real, es decir, al margen de las relaciones de la sociedad civil. Si Marx consideraba como "un progreso enorme" la emancipación política de su tiempo parece razonable suponer que no sería insensible a los avances que en este terreno se hayan producido, donde se hayan producido, a pesar de ciertas tendencias a considerar a Marx como un personaje maquiavélico. Claro es que las distintas formas políticas de emancipación no conducen por sí solas a la emancipación práctica, a la emancipación humana general. Además, la emancipación política lleva dentro de sí unos límites últimos que no le pertenecen realmente, unos límites que no han sido puestos caprichosamente a su voluntad porque la realidad del hombre "natural", del hombre egoísta, no puede dejarse totalmente a un lado. La historia de la emancipación política es una historia hipotecada. "La escisión del hombre entre público y privado, la dislocación de la religión con respecto al Estado, para desplazarla a la sociedad burguesa no constituye una fase, sino la coronación de la emancipación política, la cual, por tanto, ni suprime ni aspira a suprimir la religiosidad real del hombre" (20).

El Estado político tiene como limitación última no sólo que no aspira a suprimir la religiosidad real sino que no aspira a suprimir la propiedad privada, que no aspira a suprimir la escisión entre el hombre público y el privado. A pesar de los bienvenidos y enormes progresos de las emancipaciones políticas, que tienen un ancho y flexible campo de experimentación y mejoramiento social, queda pendiente el hiato de lo público-privado. Esta es la razón de que, para Marx, las emancipaciones políticas no sean fases de un proceso más o menos hegeliano, sino el final provisional o coronación política de un proceso dentro del proceso, cuyas limitaciones propias no permiten conducir a la emancipación humana, es decir, la superación de la alienación en el Estado y en la sociedad civil burguesa.

(19) *Ibidem*, pág. 234.

(20) *Ibidem*, pág. 235.

En sus comentarios a los llamados derechos humanos, hace Marx una primera referencia a su carácter histórico, para frenar los ímpetus de intemporalidad propios de las grandes revoluciones. "No se trata de una idea innata al hombre, sino que el hombre la va conquistando en la lucha contra las tradiciones históricas en las que el hombre había sido anteriormente educado. Los derechos humanos no son, por lo tanto, un regalo de la Naturaleza, un regalo de la historia precedente, sino el fruto de la lucha contra el azar del nacimiento y contra los privilegios..." (21).

Marx incide aquí en la historia como construcción del hombre por medio de la lucha, lucha que requiere una teorización previa, como la de los derechos humanos, que permite orientar esta lucha hacia objetivos concretos, objetivos que están asentados en el propio pasado, en las tradiciones históricas. De ahí que la lucha no se proponga cualquier objetivo, sino remontarse sobre la historia anterior, o algunos aspectos de ella y justificar su nuevo presente por el rechazo de un pasado que ya no sirve y por la esperanza de un futuro mejor. Y esta historia de los principios y de las esperanzas es también la historia real.

El otro aspecto que quisiera destacar, de los comentarios de Marx a los derechos humanos, es importancia que concede a la práctica, y su crítica a la consideración de los derechos humanos como medios. La, llamemos, utilización de los derechos humanos, o bien puede entenderse como una simple manifestación contingente de la difícil traducción de la teoría a la práctica, o bien como una insalvable coherencia interna de una emancipación política que no puede llevarse a la práctica hasta sus últimas consecuencias. En este segundo caso los proclamados derechos humanos no serían un fin en sí mismos. "Por lo tanto, incluso en los momentos de entusiasmo juvenil, exaltado por la fuerza de las circunstancias, la vida política aparece como simple medio cuyo fin es la vida de la sociedad burguesa. En realidad, su práctica revolucionaria se encuentra en flagrante contradicción con su teoría. Así por ejemplo, proclamándose la seguridad como un derecho humano, se pone públicamente a la orden del día la violación del secreto de la correspondencia" (22).

La postura de Marx no parece ser la del que contempla estos derechos humanos, proclamados por las revoluciones francesa y americana, desde el punto de vista interno, es decir, contemplando estas faltas como lamentables y esporádicas desviaciones de los principios proclamados y creídos. Tampoco parece ser la del curioso y neutral observador

(21) Ibidem, págs. 240-241.

(22) Ibidem, pág. 245.

que se limita a constatar la ocurrencia de unas determinadas desviaciones de los postulados teóricos. Por el contrario, su actitud más bien parece la de quien, aún lamentando que este enorme progreso no se materialice en su totalidad, entienda que el individualismo egoísta en que se constituye la sociedad civil, como instancia separada del cielo de la comunidad política, tenía que dar estos resultados, resultados de escisión entre teoría y práctica.

Este parece ser el campo de juego en el que, según Marx, se tendrían que desarrollar estos derechos humanos: "La libertad del egoísta y el reconocimiento de esa libertad es más bien el reconocimiento del movimiento desenfrenado de los elementos espirituales y materialistas que forman su contenido de vida" (23). Frente a la escisión entre el hombre "natural" o individuo egoísta y el hombre político o ciudadano, Marx defiende la que llama emancipación humana, en la que no se daría la separación individuo-sociedad, fundamento, a su vez, de la separación entre el hombre real y el hombre abstracto. "Sólo cuando el hombre individual real incorpora a sí al ciudadano abstracto y se convierte como hombre individual en ser genérico, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales; sólo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus "forces propres" como fuerzas sociales y cuando, por lo tanto, no desglosa ya de sí la fuerza social bajo la forma de fuerza política, sólo entonces se lleva a cabo la emancipación humana" (247).

Aún con la ayuda de nuevos derechos humanos, allí donde se proclaman y defienden, no parece que podamos acceder a los tan socorridos proyectos colectivos que permitan superar la privacidad, entendida como una expresión de aislamiento y egoísmo individual, sin esta reincorporación del hombre individual al ciudadano abstracto.

(23) *Ibidem*, pág. 248.

(24) *Ibidem*, pág. 249.

LA TEORIA DE LA ACCION COMO BASE PARA LA LOGICA DEONTICA

GIULIANO DI BERNARDO

Me propongo examinar la contribución de von Wright a la teoría de la acción y sus relaciones con la lógica deóntica. Presentaré sus más recientes análisis (1), que valoraré respecto de la semántica de los mundos posibles.

Muchísimas acciones humanas —sostiene von Wright— son tales que no puede decirse de ellas que se han ejecutado si un cierto estado de cosas no acontece en el mundo. En tal caso, se trata de distinguir entre (estos tipos de) *acciones* y sus *resultados*. El acontecer de un cierto estado de cosas puede ser el resultado de dos tipos diversos de acciones: (i) algún agente puede haber producido el estado de cosas en cuestión o (ii) el agente puede haber impedido el cambio del estado de cosas.

Usaremos la letra B para denotar un operador que signifique la producción (o la distribución) de un estado de cosas, mientras que usaremos la letra S para significar el mantenimiento de un estado de cosas.

Con el término “omisión” designaremos el no hacer una acción por parte de un agente en una determinada ocasión, cuando se da la oportunidad (simpliciter) de ejecutar aquella acción. Para denotar la omisión se introducirá el símbolo \lceil . Hay cuatro tipos de acciones y cuatro tipos de omisiones. Llamaremos a estos ocho casos los modos atómicos de cumplimiento de una acción. Veámoslos:

(1) G.H. von Wright, *Action Theory as a Basis for Deontic Logic*, en “Normative Structure of the Social World”, 1 (1981), Trento.

- | | |
|--------------------------|---|
| 1. Bp | producir un determinado estado de cosas; |
| 2. \lceil Bp | dejar que el estado de cosas continúe subsistiendo; |
| 3. Sp | mantener el estado de cosas; |
| 4. \lceil Sp | dejar que el estado de cosas deje de existir; |
| 5. B \lceil p | destruir el estado de cosas; |
| 6. \lceil B \lceil p | dejar que el estado de cosas continúe sin aparecer; |
| 7. S \lceil p | suprimir el estado de cosas; |
| 8. \lceil S \lceil p | dejar que el estado de cosas llegue a aparecer. |

Por comodidad cuando nos referimos a estos ocho casos recurriremos a la abreviatura $p_1 \dots p_8$.

La disyunción $p_1 \vee \dots \vee p_8$ será considerada como lógicamente verdadera. Desde el momento que los disyuntivos están mutuamente *excluidos*, podemos seguir que la negación de cada uno de ellos, o de algún grupo, es lógicamente equivalente a la disyunción de todos los otros. Así, por ejemplo, $\lceil p_1 \leftrightarrow p_2 \vee \dots \vee p_8$.

Veamos que sucede cuando sustituimos el estado de cosas elemental p por un compuesto molecular de variables.

Consideremos por ejemplo $B(p \vee q)$. Es conocido que hay diversos modos de interpretar este caso. El más simple es aquél en el que el agente produce o p o q o ambas. En tal caso se puede decir que él produce su disyunción. En esta situación $B(p \vee q)$ es equivalente a $Bp \vee Bq$.

Diremos que un agente produce una disyunción de dos estados de cosas si, y sólo si, él produce ambos estados de cosas o produce uno solo obrando, sin embargo, de manera tal que el otro permanezca ausente. Así $B(p \vee q)$ se distribuye del siguiente modo:

$$(Bp \wedge Bq) \vee (Bp \quad \lceil Bq) \vee (\lceil Bp \quad Bq).$$

Von Wright discute las diversas posibilidades interpretativas relativas tanto a la disyunción como a la conjunción de los modos atómicos de realización de una acción. Podríamos resumir en la siguiente tabla los principios de distribución resultantes de la discusión:

$$(1) B(p \vee q) \text{ --- } Bp \wedge Bq \vee Bp \wedge \lceil Bq \vee \lceil Bp \wedge Bq$$

$$(2) \lceil B(p \vee q) \text{ --- } \lceil Bp \wedge \lceil Bq$$

$$(3) B(p \wedge q) \text{ --- } Bp \wedge Bq \vee Bp \wedge \lceil Bq \vee \lceil Bp \wedge Bq$$

$$(4) \lceil B(p \wedge q) \text{ --- } Bp \wedge \lceil Bq \vee \lceil Bp \wedge Bq \vee \lceil Bp \wedge \lceil Bq \vee Bp \wedge \lceil Bq \vee$$

$$\lceil Bp \wedge \lceil Bq \vee \lceil Bp \wedge Bq \vee \lceil Bp \wedge \lceil Bq \vee \lceil Bp \wedge \lceil Bq$$

$$(5) S(p \vee q) \text{ --- } Sp \wedge Sq \vee Sp \wedge Sq \vee \lceil Sp \wedge Sq$$

- (6) $\lvert S(p \vee q) \text{ --- } \lvert Sp \wedge \lvert Sq$
 (7) $S(p \wedge q) \text{ --- } Sp \wedge Sq \vee Sp \wedge \lvert B \lvert q \vee \lvert B \lvert p \wedge Sq$
 (8) $\lvert S(p \wedge q) \text{ --- } Sq \wedge \lvert Sq \vee \lvert Sp \wedge Sq \vee \lvert Sp \wedge Sq \vee Sp \wedge B \lvert q \vee$
 $\lvert Sp \wedge B \lvert q \vee \lvert Sp \wedge \lvert B \lvert q \vee B \lvert p \wedge \lvert Sq \vee \lvert B \lvert p \wedge \lvert Sq \vee$
 $\lvert B \lvert p \wedge \lvert Sq.$

Todas las acciones complejas pueden considerarse equivalentes a alguna combinación de los ocho casos vistos.

De acuerdo con los principios de distribución (1)-(8), podemos transformar los componentes atómicos que no representan modos elementales de acción en componentes moleculares de acción formados exclusivamente por modos elementales de acción.

Llamaremos BS-expresiones atómicas a aquellas expresiones formadas por un operador B o S, con o sin el signo de la omisión \lvert , seguido por una o más variables. Así pues, una BS-expresión es entonces un compuesto de componentes atómicos que representan modos elementales de acción. Transformando una BS-expresión en su forma normal disyuntiva, obtendremos una disyunción de conjunciones, negadas o no. Hemos visto más arriba que las expresiones negativas pueden ser sustituidas por la disyunción de los restantes modos elementales. Estaremos entonces en condiciones de eliminar todas las negaciones. Algunas de las conjunciones restantes pueden contener más de una expresión para un modo elemental de acción para una misma variable. Tales conjunciones, sin embargo, resultan ser lógicamente falsas, por lo cual las omitimos. La restante disyunción de conjunciones será llamada forma normal disyuntiva perfecta de la BS-expresión original.

El análisis de las BS-expresiones suministra una base adecuada para la construcción de sistemas deónticos. Veamos, por ejemplo, el caso de las normas que niegan otras normas. La norma que niega una norma de obligación permite la omisión de la acción considerada por la norma obligante, mientras que la norma que niega una norma permisiva convierte en obligatoria la omisión de la acción permitida por la norma permisiva.

En una lógica deóntica en la que la distinción entre el no hacer y la omisión no es considerada, o no puede ser expresada, la norma que niega una norma del tipo Op es la norma $P \lvert p$, así como la norma que niega Pp es O $\lvert p$. En una lógica deóntica en la que, por el contrario, sea posible efectuar tal distinción, la cosa es algo más complicada.

Si la norma tiene diversas condiciones de aplicación, debemos, en primer lugar, distribuirlas en una conjunción de normas cada una de las cuales se aplica en circunstancias univocamente determinadas. Transformamos, entonces, las BS-expresiones siguientes al operador deóntico en sus formas normales disyuntivas perfectas. Obtenemos, finalmente, la norma que niega una determinada norma o conjunto de normas, invirtiendo los operadores deónticos, esto es cambiando O por P y viceversa. La expresión obtenida, después de estas transformaciones, será la negación normativa del complejo de normas originario.

Aun no siendo la ocasión de entrar en las particularidades del sistema deóntico, sí es oportuno resaltar un aspecto de las normas que explica la utilidad del recurso a la teoría de la acción. Las normas, generalmente hablando, requieren (o permiten) que el agente al cual se dirigen haga alguna cosa en relación a que sus condiciones de aplicación sean satisfechas en una determinada ocasión. Si en el caso particular ninguna de las condiciones es satisfecha, la norma no se aplica enteramente, es decir ella no requiere (permite) ninguna acción particular. De todo esto se sigue que una norma caracterizada por una pluralidad de condiciones de aplicación puede ser transformada en una conjunción de normas cada una de las cuales se aplica exactamente a un tipo de oportunidad de acción. Visto, por el discurso anterior, que somos capaces de aislar cada aspecto atómico de una acción compleja, entonces podemos ahora atribuir a cada tipo de oportunidad de acción la norma específica que le pertenece.

Tras esta presentación, hay que decir que en el fondo subyace la preocupación de von Wright por dar a la lógica deóntica una sólida base, esto es, una base que evite las continuas paradojas en las que la lógica deóntica incurre desde que nació.

Comparto las preocupaciones de von Wright, pero creo que la eliminación de las paradojas llegará a través de la profundización semántica de la lógica deóntica. Particularmente, tengo la convicción de que la semántica de los mundos posibles, en la formulación dada por Kripke (2), podrá contribuir a la clarificación de la fundamentación filosófica de la lógica deóntica. No es esta la sede para mostrar la fecundidad de tal semántica en los contextos modales y deónticos (en tal sentido, puede

(2) En tal sentido ver el importante trabajo de B.F. Chellas, *Modal Logic: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

verse el capítulo 2 de mi volumen *“Le regole dell’azione sociale”* (3). Desearía aquí subrayar algunas reservas que ciertos estudiosos expresan acerca del uso indiscriminado de la semántica de los mundos posibles en el análisis de esta problemática. No se pretende aquí afrontar el tema en toda su extensión, prefiero dejar la palabra a las ejemplificaciones más que a las teorías en pro o en contra de esta aproximación por mi asumida. No obstante esto, no me parece correcto dejar de analizar algunas de las razones presentadas contra tal aproximación. En substancia, el sentido de las posiciones contrarias se pueden reducir a dos tesis fundamentales. La primera se refiere a los límites inherentes al uso de una semántica formal que, por así decirlo, se mueve en el interior de confines preestablecidos (de naturaleza combinatoria) y de los que es constitutivamente imposible extraer la riqueza y multiplicidad de los contextos del lenguaje natural, especialmente si este último es asumido como vehículo de contenidos filosóficos. La segunda se centra en torno a la reivindicación de que el lenguaje natural, especialmente el filosófico, es un lenguaje con fuertes tonalidades intensionales por lo que resulta difícilmente enmarcable en el interior de una estructura semántica basada en una concepción extensional (como pretende la semántica de los mundos posibles) del significado. En mi opinión ambas tesis encierran dentro de sí un profundo contenido de verdad. No obstante, de ello no se puede deducir la inutilidad de la aproximación semántica por mi seguida. Muchas son las razones que apoyan lo dicho. Me limitaré a las dos siguientes. En primer lugar, una técnica lógica es aceptada por aquello que puede dar y no debe pretenderse a partir de ella la realización de un proyecto integral de reconstrucción del lenguaje natural (o de la intuición filosófica) más allá de su propia capacidad. En todo caso, los resultados que se pueden alcanzar son decisivos y con ellos debe hacer las cuentas cualquier aproximación que pretenda rigor científico. Los resultados de una aproximación formal deben entenderse como resultados que se refieren a “tipos ideales” de contextos expresivos, una suerte de “casos límite” a los que sea posible recurrir cada vez que sea necesario aclararse en el embrollado tejido de los contextos que se quieren discutir.

En segundo lugar, nada prohíbe que la aproximación formal pueda ser integrada con técnicas lógicas de naturaleza más sofisticada y potente. Nada prohíbe, por ejemplo, que los modelos de los mundos posibles se enriquezcan con nuevas relaciones además de las de accesibilidad, por lo que su poder expresivo no ha de atribuirse exclusivamente a esta o

(3) G. Di Bernardo, *Le regole dell’azione sociale*, Il Saggiatore, Milano (en imprenta).

a aquella propiedad de la misma relación sino que depende de ulteriores relaciones que se entrecruzan con ésta. Por lo que se refiere a este primer punto podemos concluir que la importancia de la semántica de los mundos posibles deriva del hecho de que constituye una aproximación seria al análisis de contextos modales y deónticos. Esto no significa que la semántica de Kripke sea adecuada para expresar *todo* el contenido incluido en el uso de estos operadores. Veremos que esta inadecuación está fuera de discusión. No obstante, constituye un "modelo" abstracto de la estructura lógica incluida en los contextos modales y deónticos con el que se debe hacer las cuentas. Se trata de un "modelo" límite (válido en condiciones particulares), capaz de ser absorbido (como caso límite) por cualquier otro modelo que pretenda ser mayormente adecuado (*a fortiori* se pretende la exhaustividad).

La relevancia de la semántica de los mundos posibles, para el tratamiento de los contextos deónticos (que son los que aquí nos interesan), nace del hecho de que un mundo posible puede ser concebido como una alternativa deóntica, de modo que la relación de accesibilidad entre mundo y mundo se vuelve una relación entre mundos en los que vale una obligación y mundo en el que tal obligación es respetada o no. De aquí la extrema utilidad del análisis (en muchos aspectos ya realizado por la investigación lógica contemporánea) de las tipologías de las relaciones de accesibilidad entre mundos, apropiado para la comprensión de la naturaleza del deber ser (como modalidad caracterizante de las obligaciones).

Por lo que se refiere al punto de vista intensional, he dicho ya que no existen razones de principio que excluyan su adopción junto a aquél ligado al uso de las técnicas formales extensionales. Por el contrario, un discurso riguroso de fundamentación de la semántica extensional no puede dejar de referirse al problema de las intensiones. Por ejemplo, para excluir una noción de mundo posible basada exclusivamente en un fundamento puramente combinatorio de naturaleza lingüística. En este sentido, el mismo uso de técnicas matemáticas y algebraicas en el estudio de los modelos semánticos no viene separado de aquello que es el "significado intensional". ¿Cómo podría ser lícito, en efecto, hablar de mundo posible deónticamente "bueno" o "malo" si no se hacen precisas asunciones y no se da por descontado una distinción de principio entre "componentes reales" y "componentes ideales" de tales mundos? Parece que podemos decir que sólo si el nexo intensional entre contenidos ideales es asumido como primitivo, entonces la semántica de los mundos posibles constituye un instrumento adecuado para caracterizar extensionalmente las intensiones y los contextos intensionales relativos. Ahora bien,

también el uso de técnicas diversas, como pueden ser las del análisis de la noción general de "regla" (como elemento fundante de la relación intensional), son integrables con la aproximación de los mundos posibles.

(Traducción de Josep Aguiló Regla)

PENA JUSTIFICADA

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Profesor interino de Derecho Penal.

El Tribunal Supremo viene desestimando Recursos de Casación por Infracción de Ley, aun cuando estime bien fundamentadas las tesis de las partes recurrentes y todo ello, en base a la llamada "pena justificada".

En efecto, si analizamos las resoluciones del Alto Tribunal a través de los Considerandos de sus Sentencias, es de ver, que aun cuando los razonamientos de la parte recurrente sean aceptados por tener una fundamentación jurídica incuestionable, si la pena que el Tribunal "a quo" impuso en su momento, podía imponerla en virtud del arbitrio judicial establecido en el art. 61-4º de nuestro Código Penal anterior a la última Reforma Parcial y Urgente de 25 de Junio de 1983, el Recurso ha venido siendo desestimado en base a que la pena estaba "justificada".

Donde se da con mayor frecuencia es en materia de concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes; pues en estos casos, si el Tribunal "a quo" no apreció una circunstancia atenuante y sí la aprecia el Tribunal "ad quem", no habrá lugar a la estimación del Recurso si aquel ya impuso la pena en grado mínimo; o si la Sentencia de la Audiencia estimó la concurrencia de una circunstancia agravante e impuso la pena en grado máximo y el Tribunal Supremo entiende que esta no concurre, tampoco habrá lugar al Recurso porque de conformidad con el art. 61-4º del Código Penal anterior a la Reforma el Tribunal la podía imponer en el grado que estimase conveniente y en consecuencia la pena estaba "justificada".

El Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de Noviembre de 1982 (Ar. 7231) admitió que no concurría "la circunstancia de desprecio de sexo en el delito de violación por ser inherente y consustancial que el su-

jeto pasivo sea una mujer, formando ello parte esencial de su naturaleza y estructura”; pero desestimó el Recurso por considerar que existía otra agravante, la de morada de la ofendida y por tanto el Recurso “cacería de practicidad y sería inoperante la casación de la Sentencia porque no influiría nada en la pena impuesta, en virtud del principio de pena justificada”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1982 (Ar. 7866) apreció la existencia de la atenuante 9ª del art. 9º del Código Penal —Arrepentimiento espontáneo— que no había admitido el Tribunal de Instancia pero desestimó el Recurso en cuanto a que la pena ya había sido impuesta en grado mínimo y el Alto Tribunal entendió que “el motivo del Recurso era totalmente inoperante y que no podía tener reflejo en el fallo” por las razones expuestas.

Finalmente la Sentencia de 8 de Julio de 1983 consideró que no debía ser estimada la agravante de reincidencia internacional, como hizo el Tribunal de Instancia, por haber sido cometidos los hechos en país extranjero antes del 15 de Noviembre de 1971 fecha en que se tipificó en nuestro ordenamiento punitivo, este tipo de reincidencia en materia de sustancias etupefacientes, sin embargo se desestimó el Recurso y se mantuvo por tanto la pena en grado máximo por entender que la pena “estaba justificada” y que el Recurso por esta razón resultaba “inoperante”.

Tras la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal de 25 Junio de 1983, en la nueva redacción del art. 61 en sus distintos apartados, el arbitrio judicial, en unos casos se amplía, en otros disminuye, reduciéndose considerablemente, a mi juicio, la posibilidad de aplicación en materia de circunstancias atenuantes y agravantes del principio de la pena “justificada”.

Entiendo, que en los casos antes expuestos el Tribunal Supremo debería haber estimado el Recurso y mantenida o no la pena según lo creyera procedente.

EL TRIBUTO DE LOS INDIOS COMUNES A SUS CACIQUES DURANTE EL PERIODO HISPANICO ()*

MIGUEL ANGEL GONZALEZ DE SAN SEGUNDO

Profesor Adjunto de Historia del Derecho español

SUMARIO: I. Persistencia de la situación prehispánica. II. Fundamento y naturaleza de esta prestación. III. Mantenimiento y limitaciones. IV. Cuestión de la duplicidad impositiva.

I. PERSISTENCIA DE LA SITUACION PREHISPANICA

La materia de los tributos pagados por los indios comunes a sus caciques o señores de origen prehispánico durante el período español del Nuevo Mundo constituye, evidentemente, un aspecto de la tributación indígena relacionado muy estrechamente con la cuestión de la pervivencia, en general, de las estructuras señoriales autóctonas en ese período (1).

Sin perjuicio de referirme más adelante, y con algún detalle, a cuáles sean las razones del mantenimiento de estas prestaciones económicas por el Derecho indiano, es posible adelantar ahora que, sin duda, nos hallamos en presencia de una innegable manifestación de la supervivencia de elementos propios de la organización indígena prehispánica en el ordenamiento jurídico español de América.

El mantenimiento de estas prestaciones de naturaleza económica o *tributos* (dejando aparte ahora las prestaciones de carácter personal o *servicios*) de los indios comunes a sus caciques y principales durante el

(*) Comunicación presentada a la "Semana de Historia del Derecho Español" (U.N.E.D., Madrid, 1983).

(1) Cuestión que he estudiado en mi tesis doctoral, *Derecho prehispánico e institucio-*

período hispánico, se consagra y generaliza, en la Recopilación de 1680, por medio de la ley 6, 7, 8 (2), en la cual —con ocasión, por cierto, de tratar de impedir los excesos que, al parecer, se producen en esta materia— se establece, en definitiva, que se tasen y moderen los tales tributos, y ello de manera que los nativos “no sean molestados ni fatigados de sus caciques, llevándoles más de lo que justamente deben”.

De modo semejante —sino que en relación con los indios principales de Filipinas— la ley 6, 7, 16 (3) del mismo cuerpo normativo dispone que a estos antiguos señores de aquellas comunidades aborígenes se les haga, por parte de los indígenas que les están sujetos, “algún reconocimiento *en la forma que corría al tiempo de su gentilidad*”, con tal de que —eso sí— “esto sea sin perjuicio de los tributos que a Nos han de pagar, ni de los que tocara a sus encomenderos”.

II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE ESTA PRESTACION

Importa ahora preguntarse cuáles son el fundamento y la naturaleza de estas prestaciones económicas que —bajo la denominación, desde luego, de *tributos*— los indios comunes vienen obligados a hacer a los caciques, señores o indios principales de sus comunidades durante el período español del Nuevo Mundo.

Al tratar acerca del *salario* del cacique en el Perú hispánico, Díaz Rementería ha estudiado recientemente algunos aspectos importantes de la materia a la que me refiero aquí, aportando y analizando los valiosos puntos de vista de autores tales como Solórzano Pereira y Peña Montenegro (4), los cuales —escribe— “entienden el salario que recibe un cacique como la justa compensación al trabajo que lleva a cabo dentro de su pueblo”.

nes indígenas en el ordenamiento jurídico indiano. Notas para su estudio, Editorial de la Universidad Complutense, Servicio de Reprografía, Madrid, 1980, págs. 95-155.

(2) “Que se reconozca el derecho de los caciques, y se modere el exceso”. Formada a base de disposiciones de 18 enero 1552, 16 febrero 1628 y 19 julio 1654.

(3) “Que los indios principales de Filipinas sean bien tratados, y se les encargue el gobierno que solían tener en los otros” (Felipe II; Madrid, 11 junio 1594).

(4) C. J. Díaz Rementería, *El cacique en el virreinato del Perú. Estudio histórico-jurídico*, Sevilla, 1977, págs. 85-86. Véanse allí las referencias a las obras de Juan de Solórzano Pereira y Alonso de la Peña Montenegro.

La diferencia de criterio entre ambos tratadistas parece residir tan sólo en su diversa estimación acerca del fundamento de dicha compensación económica, puesto que Solórzano Pereira viene a considerar que se basa en la "*costumbre indígena* de dar a los caciques unos tributos, al igual que en el período prehispánico, siempre que fuera con justo título y sin ser excesivo", mientras que para Peña Montenegro esta práctica se debe "más bien a una *liberalidad de la autoridad hispana*", aunque también éste último "en cierto modo reconoce que a los caciques se les permitía recibir de sus indios algunas *prestaciones originarias de la etapa incaica*".

Hasta aquí las palabras de Díaz Rementería en relación con el criterio de autores tan singulares como los citados, cuya reproducción aquí me ha parecido muy conveniente.

Se conciben, pues, esas prestaciones económicas que los caciques reciben de los indios sometidos a ellos, bien como una mera supervivencia de la costumbre indígena o autóctona (tesis de Solórzano Pereira), bien como una pura y simple liberalidad de las autoridades españolas (tesis de Peña Montenegro, aunque matizada también por un cierto componente de supervivencia prehispánica).

Pero no deja de señalar Díaz Rementería, con todo, que la ordenación jurídica indiana de este tributo pagado a los caciques lo configuró inicialmente en el sentido de que éstos "percibieran aquello que los indios les daban *desde la gentilidad* sin haber sido impuesto tiránicamente contra razón y justicia", aunque —en su opinión— terminaría por configurarse simplemente como una compensación por el ejercicio del gobierno (5).

Por mi parte, trato más adelante acerca de la moderación y el justo título que la legislación indiana exige para la licitud y el mantenimiento de estas prestaciones económicas o tributos, dentro del epígrafe en el que me refiero a sus limitaciones.

Por lo demás —y sin entrar tampoco aquí, porque las característi-

(5) Díaz Rementería, *El cacique en el virreinato del Perú*, pág. 86. No obstante, el mismo autor escribe a continuación: "Debe tenerse presente que... el cacique incapaz para el gobierno llegará a percibir la mitad de lo que estuviera establecido como salario por la tasa, siendo la otra mitad para quien interinamente ejerciera el gobierno, razón por la que también podría considerarse como manifestación de un privilegio". Me parece muy oportuna, desde luego, esta última precisión de Díaz Rementería.

cas del presente trabajo no lo permiten, en el análisis de la trayectoria histórica de las prestaciones de referencia hasta los últimos tiempos de vigencia del ordenamiento jurídico indiano—, si ha de indicarse ahora, únicamente, que aunque este tributo pagado por los nativos a los dirigentes, de origen prehispánico, de las comunidades en las que se hallan insertos se configure —o bien llegue a configurarse con el paso del tiempo— como una contraprestación o compensación por el ejercicio del gobierno de tales comunidades indígenas, parece que es necesario considerar detenidamente, en primer término, cuál es la razón por la que les corresponde y se les atribuye el gobierno de esas comunidades. Creo que la respuesta es, desde luego, muy clara y terminante: porque lo ejercían ya con anterioridad a la llegada de los españoles al Nuevo Mundo y porque, además, el Derecho indiano reconoce y respeta esa situación prehispánica.

Considerada la cuestión de este modo, me parece que es ya menos importante en relación con la naturaleza y el fundamento de estas prestaciones económicas, de este tributo que se mantiene durante el período español de América, precisar si se trata de una supervivencia “de primer grado” (esto es: se paga el tributo a causa de la costumbre indígena o autóctona de pagarlo), o bien de una supervivencia “de segundo grado” (es decir: se paga el tributo como compensación al cacique por ejercer el gobierno de su comunidad, gobierno que le corresponde ahora precisamente por haberle correspondido ya antes, en la época prehispánica).

Uno y otro caso, en fin, vienen a ser lo mismo, o bien es, a lo sumo, el uno una manifestación o consecuencia del otro. Persiste el cacicazgo; la organización señorial aborígen, y persiste también el tributo de los indios comunes a su cacique, a su señor de procedencia prehispánica o autóctona.

III. MANTENIMIENTO Y LIMITACIONES

En primer momento de la regulación de esta materia por el Derecho indiano, se intenta por todos los medios averiguar cuál había venido siendo la situación tributaria en la época prehispánica, así como, muy especialmente, qué tributos pagaban los indios a sus caciques o señores durante la gentilidad. El hecho es que, aún después de establecerse el tributo indígena para la Corona —o, en su caso, para los encomenderos—, no por ello dejan de tributar los nativos a sus antiguos caciques, lo cual

muy pronto (en la Nueva España, por ejemplo) protestas por parte de algunos españoles (6).

Y es precisamente esa situación la que parece determinar que se adopten en seguida las primeras medidas normativas, en forma de limitaciones a la pervivencia indiscriminada de este género de tributo: por una parte, debería tasarse y moderarse; por otra parte, sólo podría exigirse por los caciques cuando éstos tuvieran justo título para ello (7).

En este estado de la cuestión se llega al año 1552, fecha importante en orden a la regulación de este tributo, cuando el Príncipe Gobernador Don Felipe dirige al Nuevo Mundo —en 18 de enero de dicho año— la disposición de la cual trae su origen, según se ha indicado en otro lugar, la ley 6, 7, 8 de la Recopilación de Indias. Esta norma, cuyo mandato

(6) "...Decís que muchos de los españoles tienen por mal que los señores de los naturales pidan y lleven servicio a los indios..., y nos suplicáis que... declaremos la orden de que se debe tener: porque parece que concierne al descargo de nuestra real conciencia. Yo os mando que cuando alguno se quejare hagais justicia, llamadas y oídas las partes, y en lo tocante a los dichos tributos lo proveais como viereis que más convenga a nuestro servicio, mirando siempre el bien y pacificación de esa tierra". Carta de Su Majestad para la Audiencia de la Nueva España (Barcelona, 20 abril 1533), en Vasco de Puga, *Cedulario*, fol. 85.

(7) "...Y por cuanto somos informados que en cada uno de los dichos pueblos o en los más de ellos hay un cacique indio que ellos tienen por principal y reconocen como a su señor, el cual lleva de los tales naturales, además de los tributos que a nos pagan, otros servicios y tributos así reales como personales, *sin que tengan título ni derecho para llevarlo*, y a causa de lo muchos que los dichos caciques llevan de la gente común están muy pobres y no pueden pagar a nos el servicio que sería razón, habeis de informaros de la verdad de ello y de todo lo que acerca de esto pasa, y de la orden que se podría dar para disminuir lo que así les llevan los dichos caciques". Instrucción a Antonio de Mendoza, Virrey de la Nueva España (25 abril 1535), cap. 12; Archivo General de Indias, Indiferente General, leg. 415, fol. 60.

"...Y porque somos informado que los caciques y principales reparten por los indios de sus pueblos mucho más de lo que los indios deberían pagar, y los dichos caciques llevan las dichas demasías para sí, lo cual dicen que es excesiva cantidad y de que los dichos indios más daño y agravio reciben, procurareis saber la verdad de lo que acerca de esto pasa, muy particularmente en cada pueblo, y castigareis a los culpados, y comunicado con los Oidores dareis orden en lo de adelante como cesen los dichos agravios, y en esto mirareis mucho, porque es cosa muy importante; y los Oidores que visitaren la tierra tendrán muy especial cuidado de inquirir acerca de esto, y hacer justicia". Capítulo de Instrucción al Virrey de la Nueva España (16 abril 1550), en Diego de Encinas, *Cedulario*, lib. IV, fol. 290.

"...A los caciques tiene V. M. proveído que les guarden y cumplan sus tributos y aprovechamientos *con que no sean tiránicamente impuestos*, y si lo fueren, que se les tasen de nuevo". Carta-informe de Alonso de Zorita, Oidor de la Audiencia de la Nueva España (10 junio 1550), en M. Serrano y Sanz, *Vida y escritos de Alonso de Zorita*, Madrid, 1909, pág. 409.

consolida y generaliza luego la ley recopilada de referencia, es la "cédula que manda a la Audiencia de Los Reyes se informen con qué título y causa llevan los caciques a sus indios el servicio, tributo y vasallaje que les llevan, y provean acerca de ello lo que sea justicia".

En su texto se establecen ya con toda claridad las limitaciones mediante las cuales se configura por el Derecho indiano la pervivencia de estos tributos, es decir: la moderación y el justo título.

"...os mando que veais lo susodicho, y os informéis y sepais qué servicio, tributo y vasallaje llevan los dichos caciques a los dichos indios, y por qué causa y razón se lo llevan, y si este servicio, tributo y vasallaje es de antigüedad y que lo heredaron de sus padres, y si lo llevan con justo título y derecho, y si es impuesto tiránicamente contra razón y justicia. Y si hallareis que se lleva injustamente y que no tiene buen título para llevarlo, proveeréis acerca de ello lo que viereis que conviene y sea justicia; y si lo llevan con buen título y los tributos fueren excesivos, los modereis y taseis conforme a justicia, de manera que los dichos indios no sean molestados ni fatigados de sus caciques, ni se les lleve más de aquello que justamente deban" (8).

Este precepto es, desde luego, suficientemente claro y terminante, y parece contemplar y regular todas las posibilidades imaginables. No procede la percepción del tributo, en principio, cuando quien pretende recibirlo carece de justo título para ello (la antigüedad, el haberlo *heredado de sus padres*, frente a la imposición tiránica, "contra razón y justicia"); en este caso, parece que debe suprimirse tal tributo. Por el contrario, cuando se lleva con buen título, pero el tributo resulta ser excesivo, ha de tasarse y moderarse "conforme a justicia"; pero el tributo persiste, con todo. Nada especial se previene, en fin, para el supuesto de que el tributo se lleve con justo título y sea, además, moderado de por sí; de lo cual ha de interpretarse que no se debe introducir ninguna modificación al respecto por parte de la autoridad hispano-indiana, de conformidad con el precepto de referencia.

Ninguna novedad importante se produce ya en lo sucesivo en la re-

(8) Encinas, *Cedulario*, lib. IV, fol. 289. Esta misma Real Cédula de 18 enero 1552 se inserta en otra de 30 noviembre 1568, dirigida al Virrey del Perú Francisco de Toledo, "para que se tasen los tributos que los indios han de dar a sus caciques"; Archivo General de Indias, Lima, leg. 578, lib. 2, fol. 321 v.

gulación de esta materia, si bien se insiste frecuentemente en reiterar este mismo criterio de la moderación, junto con el encargo —también muy repetido— de que se lleven a cabo, estos efectos, las averiguaciones e informaciones oportunas (9).

Además de las disposiciones emanadas de los órganos de administración y gobierno de carácter central y radicados en la Península, es posible señalar también —siempre en esta misma dirección apuntada— algunas intervenciones de idéntico designio por parte de las autoridades españolas residentes en el Nuevo Mundo, que ejecutan y desarrollan así, cada una de ellas en el ámbito de actuación que le corresponde, las antedichas disposiciones.

El Gobernador del Perú Licenciado Castro, por ejemplo, ordena en 1565 a los corregidores de naturales que se informen acerca de “qué es lo que solían dar los indios en tiempo del Inca a las segundas personas

(9) Así, por ejemplo, una Real Cédula dada en Madrid a 31 de enero del mismo año 1552 pide informes acerca de los tributos que los caciques cobraban a los indios, y también sobre su antigüedad y justicia. *Ordenanzas y Cédulas de Indias*, ms., Biblioteca Nacional, Madrid, sign. 3045, fol. 126 v.

La Real Cédula dada en Valladolid a 20 diciembre 1553 y dirigida a la Audiencia de la Nueva España, encarga entre otros muchos extremos que —además de lo relativo a los tributos que “en tiempo de su infidelidad pagaban los pueblos y vecinos y naturales de esas tierras a Moctezuma, su Señor, y a los señores que fueron antes de él, o a otro señor que tuviese el universal señorío, los que no tenían por señor a Moctezuma”— se informe acerca de los tributos “que daban a los otros principales, sus caciques, que eran sujetos al Señor universal”, y también sobre si, después de la llegada de los españoles, “se tuvo consideración a que fuesen (estos tributos) conforme a lo que pagaban a Moctezuma o a otro señor indio”. Puga, *Cedulario*, fols. 140 v. 141 v.

A esta importante disposición de 20 diciembre 1553 alude, por cierto, el visitador Jerónimo de Valderrama (que visita la Nueva España en los años 1563-1565), en carta que dirige a Francisco de Eraso en 6 marzo 1565, tratando precisamente acerca del incumplimiento que observa de lo establecido en esta materia de tributos. Archivo General de Indias, México, leg. 68.

El Príncipe Don Felipe, en 10 mayo 1554, manda igualmente a la Audiencia de Los Reyes que se informe acerca de los tributos que llevan los caciques, de tal manera que se conserven los que resulte que son justos y moderados, y que se tasen y moderen los tiránicos o injustos. Encinas, *Calendario*, lib. IV, fol. 290.

En el cap. 11 de la Instrucción dada al Virrey del Perú Marqués de Cañete, en 10 marzo 1555, se le ordena que se informe sobre si los caciques perciben sus tributos con justo título, y que se moderen si son excesivos. Archivo General de Indias, Lima, leg. 567, lib. 8, fols. 13 v. - 14.

También puede mencionarse, en fin, la Real Cédula de 19 diciembre 1583, dirigida al Virrey del Perú Conde de Coruña, “sobre que se informe del tributo que los indios pagan a sus caciques y, si fuere excesivo, lo modere y tase”. Archivo General de Indias, Lima, leg. 570, lib. 14, fol. 305.

y principales y caciques de guaranga, y lo que hasta aquí se les ha dado" (10), y les advierte que tengan "mucho cuidado en tasar lo que los indios de cada repartimiento han de dar a su cacique", de tal manera que no consientan que "el dicho cacique les lleve cosa alguna más de los que fuese tasado, so pena que el cacique que lo contrario hiciere sea privado de su cacicazgo y desterrado de la tierra" (11).

Muy poco tiempo después es Francisco de Toledo, Virrey del Perú, quien encarga a los visitadores de aquel territorio que averigüen "qué tributos daban los indios a sus caciques y principales en tiempo del Inca, y a los caciques de guarangas y principales de pachacas y a los demás señores de indios, y en qué cosas y en qué cantidad", así como "lo que les dan al presente y lo que será bien que de aquí adelante les den de tributo". Les ordena igualmente que se informen también acerca de "qué mandones hay en cada parcialidad, además de los caciques y principales señores de indios, y si éstos pide o llevan algún tributo o servicio de los indios que mandan", pero, además, "proveyendo que de aquí adelante no haya los tales mandones". Y asimismo, en fin, siempre en esta línea indicada de moderar el tributo pagado por los indios comunes a los señores y principales de sus comunidades, establece el Virrey Toledo que "si en algún cacicazgo o principalazgo hay dos señores, por concierto que hayan tomado los que tratan pleitos por el tal cargo", se averigüe a cuál de los dos corresponde en realidad el señorío, de manera que "aquél solo quedará por señor, por que cese la vejación y molestia de los indios con tener dos señores a quien servir y tributar" (12).

Por esos mismos años, con todo, la situación en el Perú hispánico parece haber variado respecto de la incaica en relación con este tributo, en el sentido de que la carga tributaria que pesa sobre los indígenas por tal concepto ha disminuído (13). Es muy probable que esa mejora fuese

(10) Los Reyes, 26 septiembre 1565. Biblioteca Nacional, Madrid, ms., sign. 3043, fol. 13.

(11) "Prevencciones hechas por el Licenciado Castro para el buen gobierno del Reino del Perú, y especialmente la conservación e instrucción de los indios" (Los Reyes, año 1565), en R. Levillier, *Gobernantes del Perú*, III, pág. 117.

(12) Instrucciones generales dadas por el Virrey del Perú Francisco de Toledo a los visitadores del Virreinato. Biblioteca del Palacio Real, Madrid, ms., sign. 49, fols. 12 v. - 13.

(13) Véase N. Wachtel, *Los vencidos. Los indios del Perú frente a la conquista española (1530-1570)*, Madrid, 1976, págs. 168 y 191. En cuanto a la carga tributaria que pesaba sobre los nativos por este concepto de las prestaciones hechas a sus caciques, parece ser que en el Nuevo Reino de Granada, por ejemplo, fue muy superior a la de la Nueva España. Véase J. B. Ruiz Rivera, *Encomienda y mita en Nueva Granada en el siglo XVII*, Sevilla, 1975, pág. 241.

debida a la acción de las autoridades españolas de aquel Virreinato, imbuídas del criterio de que esta prestación económica de origen prehispánico debía persistir, siempre que —como se ha indicado— existiera justo título para ello y que se configurase con la debida moderación; circunstancias, en fin, que constituyen el límite de su mantenimiento.

IV. CUESTION DE LA DUPLICIDAD IMPOSITIVA

Ya he indicado que esta materia del tributo de los indios comunes a sus caciques se halla en una relación muy estrecha con la de la pervivencia, en general, de las estructuras señoriales prehispánicas o autóctonas. Pues bien: en función de esa vinculación de una materia con la otra, cabe plantearse ahora, por último, una cierta objeción —o bien un inconveniente adicional— que en este tema de los tributos puede denominarse cuestión de la *duplicidad impositiva*.

Es lo cierto, en efecto, que durante el período hispánico del Nuevo Mundo los nativos vienen obligados al pago del tributo debido a la Corona o a la Real Hacienda, cedido frecuentemente —como se sabe— a los encomenderos; pero manteniéndose al mismo tiempo la obligación de tributar también a sus caciques y demás señores de origen autóctono. En relación con éstos últimos, por cierto, se ha afirmado que “como cometieron a este respecto numerosos abusos, tuvo que salir el legislador español en defensa de los indios así oprimidos por sus propios señores naturales” (14).

Cuando se accede por fin al reconocimiento oficial, y se produce el restablecimiento subsiguiente, de la organización señorial antigua de los indígenas (15), se suscita la cuestión de si cabe considerar que las prestaciones económicas o tributos que los indios comunes habían de hacer —mediando justo título y con moderación y justicia, desde luego— a sus caciques y señores naturales procedentes de la época de la gentilidad son, tal vez, los mismos tributos que han de satisfacer a los Monarcas espa-

(14) J. M. Ots y Capdequí, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid, 1968, pág. 213. Este mismo autor afirma que las situaciones abusivas en relación con los tributos de los indios a sus caciques preocupaban al legislador español todavía a lo largo del siglo XVIII, puesto que se dictaron disposiciones restrictivas sobre la materia en 20 agosto 1739, 18 diciembre 1771 y 15 septiembre 1775.

(15) Aunque, en realidad, en ningún momento llegó a desaparecer del todo, al menos inicialmente.

ñoles (sucesores de los Reyes y Señores autóctonos), o bien a aquellas personas a quienes se haya hecho "merced de ellos por sus servicios" (16), es decir: los encomenderos. Lo que se plantea, en una palabra, es si se les está imponiendo un tributo doble (17).

Conforme a ello parece claro, en efecto, que si se reconoce y se restituye en todo su situación anterior o prehispánica a los caciques y demás señores de los nativos, habrían de seguir recibiendo —o, en su caso, recibir de nuevo— el tributo de sus vasallos, los indios comunes; y éstos quedarían sometidos, en consecuencia, a una imposición tributaria doble. Mientras que si, por el contrario, para evitar este inconveniente no se obliga a los indígenas al pago de semejante tributo, los caciques y señores no resultarían mantenidos —o repuestos— en el disfrute de sus antiguos derechos señoriales.

Lo único que en modo alguno puede parecer imaginable, según este planteamiento, es que haya de ser el Rey (o, en su caso, los encomenderos a quienes se ceda este tributo) quien se prive de las prestaciones económicas que le son debidas por sus súbditos indios. Como se ha señalado más arriba, la pervivencia de esta tributación de los indígenas a sus caciques está en función de que su mantenimiento resulte "sin perjuicio de los tributos que a Nos han de pagar, ni de lo que tocara a sus encomenderos" (18).

Fray Bartolomé de Las Casas, que llegó a plantearse esta cuestión, sostiene, desde luego, que los caciques y demás señores naturales de los indios a los que se hubiera desposeído de sus señoríos tienen que ser restituidos en la plenitud de su situación prehispánica y, por lo tanto, también en la percepción del tributo de sus vasallos. Pero no por ello deja de preguntarse por el tema de la posible duplicidad impositiva respecto de los indígenas tributarios.

"Si los reyes y señores naturales de los indios han de ser restituidos en sus señoríos antiguos, y libertad y señorío de sus haciendas, como V. P. supone y es gran verdad —escribe al también religioso dominicano, y más tarde Arzobispo de Toledo, Fray Bartolomé de Carranza—, ¿có-

(16) J. de Solórzano Pereira, *Política indiana*, lib. II, cap. XIX, ed. Madrid, 1930, pág. 89.

(17) El profesor R. Altamira alude brevemente a esta cuestión del doble tributo, sino que en relación con el hecho de que se pagara simultáneamente al Rey y a los encomenderos, en *La costumbre jurídica en la colonización española*, México, 1949, pág. 57.

(18) Ley 6, 7, 16 de la Recopilación de Indias.

mo se compadece que al Rey de Castilla le han de dar el salario que daban a Moctezuma y a otro semejante Señor?”. Y, en otro caso, si a Moctezuma le privan de ese salario, “¿cómo se le restituye —prosigue el P. Las Casas— su estado real, y señorío y libertad, y señorío de su hacienda?”. O bien, por último, “si a los vasallos de Moctezuma se les impone otro tanto, ¿cómo se podrá sufrir con ley cristiana y equidad natural que *subditi homines liberi duplici graventur onere*, que aún las leyes humanas de los emperadores gentiles lo aborrecen y prohíben, porque conocieron ser contra razón y ley natural?” (19).

Me ha parecido conveniente, en fin, terminar esta breve consideración sobre el mantenimiento del tributo de los indios a sus caciques durante el período español de América con esta interesante perplejidad que nos ofrece —gran defensor de los indígenas— el P. Las Casas; pero he tenido que limitarme, en esta ocasión, únicamente a plantear el problema. Será necesario volver sobre estas cuestiones, para intentar una diferenciación más precisa entre las prestaciones que le son debidas al Rey (aunque las ceda a los encomenderos) por quienes le están sujetos —los súbditos— en cuanto titular o representante de la soberanía, en cuanto jefe y cabeza de la comunidad política, y aquéllas otras debidas a los caciques y demás señores de origen prehispánico, los cuales significan — en esa sociedad bajomedieval en la que se insinúa ya la Edad Moderna, y que se trasplanta por la acción de España a las Indias— la pervivencia de antiguas, o acaso anacrónicas, estructuras de poderes todavía intermedios.

(19) Carta del P. Las Casas a Fray Bartolomé de Carranza, en A. M. Fabié, *Vida y escritos de Don Fray Bartolomé de Las Casas*, II, Madrid, 1878, pág. 618.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1983, 214 págs.

El estudio del denominado *federalismo de ejecución (Vollzugsföderalismus)*, institución nacida y desarrollada en la Europa federal e instrumento de solución de la problemática que plantea la disociación constitucional entre legislación (atribuida al Estado) y ejecución de esa legislación (competencia —en el caso español— de las Comunidades Autónomas), constituye el eje fundamental de la reciente obra del profesor García de Enterría, quien, desde las aportaciones de los modelos suizo, alemán y austriaco, y a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha elaborado un documentado trabajo en el que se ofrece, posiblemente, uno de los elencos temáticos más importantes de la actualidad jurídico-pública de nuestro país.

Tras referirse a las características esenciales de la competencia autonómica en materia de ejecución estatal, entre las que destaca la facultad de poner en práctica políticas diferenciadas de las del Estado (1), el autor se interesa extensamente por las facultades estatales en dicha materia, especialmente las de tipo ejecutivo, que la jurisprudencia constitucional parece haber admitido en tres supuestos: a) ejecución con alcance inter o supracomunitario, b) ejecución con motivo de circunstancias excepcionales que afecten a la seguridad pública y c) ejecución de materias básicas cuya regulación es competencia del Estado, cuando tal ejecución resulta inseparable de los intereses que ha de proteger el Estado. En este último caso, se hace referencia al criterio de "*la naturaleza de las cosas*", principio interpretativo utilizado ya por el Tribunal Constitucional alemán. Queda establecida, pues, la existencia de competencias implícitas del Estado, competencias que no se infieren directa y claramente de la Constitución o de los Estatutos de Autonomía, pero cuya deducción se halla en la interpretación constitucional (El propio Tribunal Constitucional se ha referido en alguna ocasión a la necesidad de una *interpretación teleológica* de nuestra norma fundamental).

En un posterior momento, García de Enterría aborda el tema del poder de *supervisión* del Estado en la esfera ejecutiva, inclinándose por su admisibilidad y reforzando su posicionamiento teórico con aquella jurisprudencia constitucio-

(1) La autonomía en la ejecución de la legislación estatal se entiende, obviamente, en el marco del principio del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103, 1 de la Constitución).

nal que ha analizado el juego del principio de igualdad en material territorial (arts. 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1º de la Constitución). Se interesa, a continuación, por la extensión de tal poder y afirma que la supervisión o inspección estatal no atenta contra el ámbito de la autonomía de la ejecución y que no opera en virtud de juicios de oportunidad sino de legalidad. No obstante, señala el autor que la supervisión no puede extenderse a todas y cada una de las cuestiones de legalidad que puedan plantearse, sino sólo a aquellas directamente conectadas con el interés del Estado en el sector material de que se trate. En cuanto a los instrumentos de la supervisión, se establecen dos fases: *información y corrección*. La primera compete a la Administración periférica del Estado, a cuya cabeza se encuentra el Delegado del Gobierno (2). En el tema de los correctivos utilizables por el Estado, García de Enterría dedica una especial atención a los mecanismos establecidos en el art. 155 del texto constitucional, artículo que, para el autor, debe "desdramatizarse" y situarse en el plano de la normalidad de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas (3). En todo caso, la posibilidad de control por parte del Tribunal Constitucional parece ser inequívoca.

En otro orden de cosas, se dedica un capítulo a los aspectos preventivos del *federalismo de ejecución*, con referencia expresa a diversos instrumentos de colaboración y concertación que se presentan como medios eficaces en orden a evitar la desigualdad en el campo ejecutivo. Finalmente, el autor apunta la trascendencia de las soluciones normativas de los artículos 149,1,18 y 150.3 de la Constitución (4).

El aporte doctrinal de esta obra pone de relieve la importancia de seguir profundizando en la interpretación y análisis tanto de los preceptos constitucionales como del denominado *bloque de constitucionalidad*, labor ésta de una insoslayable trascendencia práctica en orden a salvar las dificultades técnicas y políticas de que adolece el Título VIII de la Constitución. En esta línea investigadora, García de Enterría ha realizado un gran esfuerzo por delimitar los espacios competenciales susceptibles de ser ocupados por el Estado, así como por señalar en qué casos y con qué medios jurídicos puede darse tal ocupación, todo ello en relación —claro está— con la ejecución autonómica de la legislación estatal.

Digamos finalmente que la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de Agosto de 1983; sobre el Proyecto de L.O.A.P.A., ha venido a confir-

(2) Puede verse a este respecto la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de Agosto de 1983, en la que se declara expresamente la constitucionalidad del art. 6 del Proyecto de L.O.A.P.A., artículo que hace referencia al deber recíproco de información entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y que se ha convertido en el art. 2 de la Ley 12/1983, de 14 de Octubre.

(3) Véase la línea seguida por el Tribunal Constitucional al tratar del art. 155 de la Constitución en la sentencia citada en la nota anterior.

(4) En cuanto a las leyes de armonización tiene gran interés la sentencia constitucional citada en las notas precedentes.

mar, en unos casos, y a matizar, en otros, los asertos del autor y ha servido para llamar la atención sobre la prudencia de trasladar instituciones propias de los regímenes federales a los Estados autonómicos.

Luís J. Segura

CODIGO DE DERECHO CANONICO, *Edición anotada a cargo de Pedro Lombardía y Juan Ignacio Arrieta*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, 1.149 págs.

No se pueden regatear elogios a esta excelente edición del Nuevo Código de Derecho Canónico, bilingüe y comentada, a cargo de profesores de la Universidad de Navarra.

Buena presentación, cuidada traducción del texto latino, oportunas notas y valiosos índices. Estas son algunas de las características del libro que recensiamos, venido a nuestras manos en cita puntual con la entrada en vigor de dicho cuerpo legal.

En cuanto al fondo y contenido, lo consideramos un trabajo serio y rigurosamente científico, fruto del esfuerzo de un equipo bien coordinado y dirigido por los profesores que encabezan y dan nombre a los veintiséis restantes, habiéndose evitado todo viso de improvisación o provisionalidad, que es un riesgo que pueden correr obras de esta naturaleza.

Pensamos, no obstante, que aunque quizá desborde un tanto el alcance de unas anotaciones o comentarios breves, hubiese enriquecido a éstos, siquiera a título ilustrativo, alguna que otra referencia a cuestiones discutidas o pendientes, sobre todo en áreas tan útiles e interesantes para el lector medio como la matrimonial (donde los avances han sido discretos y las expectativas muchas). En lo relativo a los derechos de la mujer en la Iglesia, en algunas oscuridades en el proceso y en ciertos anacronismos en materia penal.

Por lo demás, repetimos, el libro es digno de encomio y recomendamos su uso, según reza su presentación, no sólo a los especialistas sino a cuantos tienen la responsabilidad de construir el orden social justo del pueblo de Dios.

Antonio Pérez Ramos

mar, en unos casos, y a matizar, en otros, los asertos del autor y ha servido para llamar la atención sobre la prudencia de trasladar instituciones propias de los regímenes federales a los Estados autonómicos.

Luís J. Segura

CODIGO DE DERECHO CANONICO, *Edición anotada a cargo de Pedro Lombardía y Juan Ignacio Arrieta*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, 1.149 págs.

No se pueden regatear elogios a esta excelente edición del Nuevo Código de Derecho Canónico, bilingüe y comentada, a cargo de profesores de la Universidad de Navarra.

Buena presentación, cuidada traducción del texto latino, oportunas notas y valiosos índices. Estas son algunas de las características del libro que recensiamos, venido a nuestras manos en cita puntual con la entrada en vigor de dicho cuerpo legal.

En cuanto al fondo y contenido, lo consideramos un trabajo serio y rigurosamente científico, fruto del esfuerzo de un equipo bien coordinado y dirigido por los profesores que encabezan y dan nombre a los veintiséis restantes, habiéndose evitado todo viso de improvisación o provisionalidad, que es un riesgo que pueden correr obras de esta naturaleza.

Pensamos, no obstante, que aunque quizá desborde un tanto el alcance de unas anotaciones o comentarios breves, hubiese enriquecido a éstos, siquiera a título ilustrativo, alguna que otra referencia a cuestiones discutidas o pendientes, sobre todo en áreas tan útiles e interesantes para el lector medio como la matrimonial (donde los avances han sido discretos y las expectativas muchas). En lo relativo a los derechos de la mujer en la Iglesia, en algunas oscuridades en el proceso y en ciertos anacronismos en materia penal.

Por lo demás, repetimos, el libro es digno de encomio y recomendamos su uso, según reza su presentación, no sólo a los especialistas sino a cuantos tienen la responsabilidad de construir el orden social justo del pueblo de Dios.

Antonio Pérez Ramos

VICTOR REINA, *Lecciones de Derecho Matrimonial*. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983, 714 págs.

Nos complace recensionar en estos Cuadernos el libro recientemente publicado por el Dr. Reina con la colaboración de los Profesores Bajet y Martinell.

Las *lecciones*, como modestamente se titulan, no difieren, en sus líneas fundamentales, de las que dictara el ilustre maestro en los años no lejanos de la transición política en España, así en la Universidad Autónoma de Barcelona, de la que era entonces Catedrático, como en esta Facultad de Palma, a la sazón dependiente de la citada Universidad. Con ello queremos decir que conocemos bien su enjundia y la aceptación conseguida entre los estudiantes de Derecho.

Consecuencia del cambio de régimen y de las relaciones Iglesia-Estado, quedó afectado el sistema matrimonial español, y los Acuerdos que sustituyeron al Concordato repercutieron en puntos tan relevantes como el de la eficacia civil del matrimonio canónico y de las sentencias emanadas de la jurisdicción eclesiástica. Eso exigía una puesta al día de aquellas primeras lecciones, y es lo que ahora cabal y puntualmente nos ofrece la obra que comentamos, evidenciándose especialmente en la segunda parte dedicada al sistema matrimonial español (confesional, constitucional, concordatario); así como en el estudio paralelo de la regulación del matrimonio canónico y civil (preparación, capacidad, consentimiento y forma), contemplado en las partes tercera a sexta, con una séptima que abarca las situaciones críticas y finales (nulidad, separación, disolución).

La temática recoge las últimas reformas del C.C., de 1981, y la normativa del C.I.C. de 1983, en vigor ya. Lamentamos —perdónesenos esta censura, que en la lección 13, III sobre el expediente matrimonial canónico se haya reproducido el derecho del Códex de 1917 sin más, con lo que este lapsus significa, pues los cc. 1063-1072 del nuevo código suponen un avance pastoral, discreto y humano en comparación con la regulación anterior.

En resumen, un buen libro de texto y de consulta para los estudiosos del derecho matrimonial canónico y civil.

Antonio Pérez Ramos

MANUEL GARCIA FERNANDEZ, *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Serie Ensayos. Facultad de Derecho - Universidad de Palma de Mallorca, 1983. 136 págs.

El Profesor García Fernández se ha ocupado en esta monografía de un tema que no ha sido tratado corrientemente por la doctrina iuslaboralista. Efecti-

VICTOR REINA, *Lecciones de Derecho Matrimonial*. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983, 714 págs.

Nos complace recensionar en estos Cuadernos el libro recientemente publicado por el Dr. Reina con la colaboración de los Profesores Bajet y Martinell.

Las lecciones, como modestamente se titulan, no difieren, en sus líneas fundamentales, de las que dictara el ilustre maestro en los años no lejanos de la transición política en España, así en la Universidad Autónoma de Barcelona, de la que era entonces Catedrático, como en esta Facultad de Palma, a la sazón dependiente de la citada Universidad. Con ello queremos decir que conocemos bien su enjundia y la aceptación conseguida entre los estudiantes de Derecho.

Consecuencia del cambio de régimen y de las relaciones Iglesia-Estado, quedó afectado el sistema matrimonial español, y los Acuerdos que sustituyeron al Concordato repercutieron en puntos tan relevantes como el de la eficacia civil del matrimonio canónico y de las sentencias emanadas de la jurisdicción eclesiástica. Eso exigía una puesta al día de aquellas primeras lecciones, y es lo que ahora cabal y puntualmente nos ofrece la obra que comentamos, evidenciándose especialmente en la segunda parte dedicada al sistema matrimonial español (confesional, constitucional, concordatario); así como en el estudio paralelo de la regulación del matrimonio canónico y civil (preparación, capacidad, consentimiento y forma), contemplado en las partes tercera a sexta, con una séptima que abarca las situaciones críticas y finales (nulidad, separación, disolución).

La temática recoge las últimas reformas del C.C., de 1981, y la normativa del C.I.C. de 1983, en vigor ya. Lamentamos —perdónesenos esta censura, que en la lección 13, III sobre el expediente matrimonial canónico se haya reproducido el derecho del Códex de 1917 sin más, con lo que este lapsus significa, pues los cc. 1063-1072 del nuevo código suponen un avance pastoral, discreto y humano en comparación con la regulación anterior.

En resumen, un buen libro de texto y de consulta para los estudiosos del derecho matrimonial canónico y civil.

Antonio Pérez Ramos

MANUEL GARCIA FERNANDEZ, *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Serie Ensayos. Facultad de Derecho - Universidad de Palma de Mallorca, 1983. 136 págs.

El Profesor García Fernández se ha ocupado en esta monografía de un tema que no ha sido tratado corrientemente por la doctrina iuslaboralista. Efecti-

vamente, la atención de la doctrina se ha centrado preferentemente en el despido por cuanto la protección de la estabilidad en el empleo ha sido y seguirá siendo, probablemente, uno de los núcleos cardinales del Derecho del Trabajo. Ciertamente es que el tema había suscitado cierta preocupación en las épocas recientes de pleno empleo, ya que la práctica demostraba que el daño de una interrupción súbita y gratuita puede afectar también al empresario, sobre todo si se trata de personal altamente cualificado. Posibilidad tanto más afectiva cuando más fácil es encontrar un empleo alternativo. La actual situación de recesión económica, con el crecimiento del paro, parecía volver a poner las cosas donde estuvieron en otro tiempo.

No es así, sin embargo. Ya que la terminación del contrato de trabajo por el trabajador puede deberse ciertamente a su mera voluntad, pero también a incumplimiento del empresario, cosa corriente en épocas de crisis. Por otro lado es falso hablar de un "mercado de trabajo" en abstracto, por lo que la dimisión del trabajador no tiene los mismos efectos según su calificación y posición en la empresa. El argumento aducido respecto a los trabajadores cualificados sigue siendo hoy plenamente válido. De ahí la actualidad de la monografía que se comenta en todos los órdenes.

El autor ha utilizado fundamentalmente la doctrina española, aunque también hace referencia al derecho comparado, específicamente de aquellas legislaciones afines tales como la francesa o la italiana y ha cubierto sus argumentaciones con abundante aportación de la jurisprudencia laboral española que confiere un interés práctico a toda la obra. Quizá hubiese sido de desear una mayor actualidad de la jurisprudencia citada pero tales limitaciones suelen venir impuestas por la movilidad misma del Derecho del Trabajo y las inevitables dilaciones editoriales que de conjugarse rigidamente harían inviable buena parte de las publicaciones referidas a esta disciplina.

El trabajo se divide en cuatro partes bien diferenciadas: la primera se refiere a la historia de las disposiciones legales en la materia; la segunda a la dimisión propiamente dicha. La tercera a la resolución del contrato por incumplimiento del empresario y la cuarta a la extinción por voluntad colectiva de los trabajadores por causas económicas o tecnológicas. Una pluralidad de supuestos que podría aumentarse, como pone de relieve el autor, de matizarse con más ahínco clasificatorio la resolución contractual que se contiene en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores.

El análisis histórico es paso obligado de cualquier trabajo académico. Aquí el autor se ajusta mucho, quizá excesivamente, a la literalidad de los preceptos legales que han regulado la materia. Hay una afirmación que soportan los textos legales comentados, aun cuando hubiese necesitado de una más abundante documentación, que merece toda la atención y que probablemente suscitará más de una controversia. El autor dice que el derecho español abandonó en fecha temprana la distinción clásica entre dimisión ordinaria y dimisión extraordinaria, para sustituirla por la distinción entre dimisión justificada o injustificada.

Tal aseveración está lejos de tener un interés meramente histórico puesto que por vericuetos que García Fernández pone de relieve, ha moldeado toda la legislación y la jurisprudencia española hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores.

El autor analiza a continuación la dimisión del trabajador considerada como desistimiento o denuncia del contrato de trabajo. Quizá sea la parte más novedosa puesto que por la aparente simplicidad de la institución no ha merecido mayor atención de la doctrina. Sin embargo se trata de una simplicidad solo aparente ya que bajo un acto de esa naturaleza pueden ocultarse conductas que franquean los límites rígidos que impone la legislación laboral a la renuncia y disponibilidad de los derechos laborales. Debe, quizá, lamentarse que el autor no se ocupe con mayor detenimiento del pacto de permanencia, un tema que hubiera conferido mayor interés a su estudio, aunque dicho pacto, ciertamente, se relacione sólo lateralmente con el objeto central del análisis.

La tercera parte es más conocida por los iuslaboralistas y quizá por ello el autor se haya ocupado más intensamente de los desarrollos de la jurisprudencia. No deja de ser interesante su tesis sobre la posibilidad de resolución extrajudicial del contrato, aunque, como él mismo señala, nos tememos que carezca de efectos prácticos. Mucho más interesante resulta la última parte en la que enjuicia el supuesto de cese autorizado por causas económicas y tecnológicas a instancia de los trabajadores, supuesto sobre el que el autor arroja diversos interrogantes y sienta afirmaciones, alguna de envergadura, que hubiesen exigido un tratamiento más extenso, en paralelo a lo que se ha dicho respecto al pacto de permanencia, aunque también sea tema que resulta lateral a lo que es objeto de estudio.

Nos encontramos, en definitiva, ante un trabajo novedoso, bien construido y que no carece de interés para distintas clases de lectores. Su principal defecto, aparte de otros de detalle, esté quizás en el tratamiento liviano que se da a los temas a que se ha hecho alusión; pero es difícil, en un obra jurídica, mostrarse excesivamente crítico respecto a aquello de que no se ocupa el autor siempre que esa indiferencia sea justificable. Una obra, en suma, recomendable que supone una aportación valiosa a la bibliografía jurídica laboral española y que muestra también, accidentalmente, la madurez selectiva en que se mueve progresivamente la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

Miguel Suau Rosselló

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Licencia de obras.** Impugnación por no adaptarse a la normativa vigente. Ejecutoriedad directa del Plan. *Sentencia de 8 de enero de 1983.*
2. **Intrusismo profesional.** Opticos. Silencio administrativo: principio pro actione. No es preciso utilizar literalmente la expresión "denuncia de la mora". La competencia discutida en la litis corresponde a la Delegación Territorial del Ministerio de Sanidad y no al Colegio de Médicos, a quien le incumbe, en cambio, la misión de denuncia. Desviación procesal por faltar la identidad entre la petición formulada a la Administración y lo solicitado en vía jurisdiccional. *Sentencia de 18 de enero de 1983.*
3. **Plan parcial.** Desestimación tácita de la solicitud de aprobación inicial. Impugnabilidad de la denegación expresa o presunta de la aprobación inicial de un proyecto de plan. Acto reglado. El plan parcial contiene contradicciones insubsanables con el Plan General. Desestimación del Recurso. *Sentencia de 18 de enero de 1983.*
4. **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales:** hecho imponible: concesiones administrativas. Improcedencia de la exención solicitada por CAMPSA. Naturaleza del Monopolio de Petróleos. Relaciones de la Compañía Arrendataria con el Estado. *Sentencia de 21 de enero de 1983*.*
5. **Funcionarios.** Universidades Laborales. **Liquidación de Haberes.** Pagas extraordinarias. Confusión de la Administración el interpretar

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada, con la colaboración de J. L. Segura Ginard, por los Profs. B. Colom Pastor y M^a L. Ramis Rebasca en lo que se refiere a las sentencias en materia administrativa, por el Prof. F. Medina Roses en lo que se refiere a las sentencias en materia de Derecho financiero y tributario, y por el Prof. M. García Fernández en lo que se refiere a las sentencias relativas a Derecho laboral.

la normativa vigente. *Sentencia de 21 de enero de 1983.*

6. **Funcionarios.** Profesorado numerario de Institutos. **Cálculo de trienios.** Posibilidad del actor de optar por los trienios que le correspondan en los distintos Cuerpos donde prestó servicios. *Sentencia de 24 de enero de 1983.*
7. **Estibadores portuarios:** No son trabajadores dependientes al Servicio de la Organización de Trabajos Portuarios. *Sentencia de 25 enero de 1983*.*
8. **Litispendencia.** Riesgo de sentencias contradictorias. Declaración de lesividad del actor de otorgamiento de licencia de obras. Determinación por parte de la Sala de la cuantía del recurso. *Sentencia de 26 de enero de 1983.*
9. **Regulación de empleo:** Tramitación del expediente y nuevas contrataciones. *Sentencia de 27 de enero de 1983.*
10. **Funcionarios.** Controladores de circulación aérea. **Retribuciones.** Complemento de dedicación exclusiva. Presunción de licitud de los actos administrativos. **Inactividad de las partes.** El Tribunal no puede reclamar de oficio documentos no aportados por la parte actora. *Sentencia de 31 de enero de 1983.*
11. **Estudio de detalle.** Ordenación volúmenes. No procede la indemnización por ser los actos recurridos conformes a la normativa urbanística. **Valor de la información urbanística.** *Sentencia de 4 de febrero de 1983.*
12. **Funcionarios. Concurso-oposición.** Policía municipal. **Impugnación de las bases.** La Administración convocante ha de supeditar a sus propios reglamentos. La Sala aplica los criterios interpretativos del artículo tercero del Código Civil. *Sentencia de 12 de febrero de 1983.*
13. **Sanciones administrativas.** Desobediencia en acto de servicio de un agente de la policía municipal por entender que el superior se equivocaba. No hay indefensión en el procedimiento. **Principio de legalidad.** *Sentencia de 16 de febrero de 1983.*
14. **Contribución Territorial Urbana:** modificación del régimen de exenciones y bonificaciones por el R.D. 11/1979, de 20 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad. Derechos adquiridos. *Sentencia de 22 de febrero de 1983*.*

15. **Sanciones administrativas.** Colegios de Médicos. **Interpretación restrictiva de las normas sancionadoras.** El reglamento puede completar la ordenación legal en esta materia. La presunción de legalidad de los actos administrativos no supone desplazamiento de la carga de la prueba. *Sentencia de 23 de febrero de 1983.*
16. **Actos administrativos.** Nulidad, carácter excepcional. Acto ineficaz por anulable. **Inadmisibilidad.** Prioridad en el exámen de estas causas respecto a cualquier otra de nulidad. Acto reproducción de otro anterior definitivo y firme y confirmatorio de un acuerdo consentido. *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*
17. **Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos.** desestimación de la reclamación económico-administrativa: extemporaneidad: simultaneidad de la reclamación con el recurso potestativo de reposición. El error en la calificación del recurso no invalida su verdadera naturaleza. Discutible utilidad del recurso potestativo de reposición, fuera de los supuestos de rectificación de simples errores. *Sentencia de 4 de marzo de 1983.*
18. **Funcionarios.** Condiciones de trabajo en el Ayuntamiento de Palma. Plus de dedicación exclusiva o especial. No existe defecto en el modo de proponer la demanda; las diferencias son de terminología, no de petición. El disfrute de los complementos de sueldo no crea derechos adquiridos. *Sentencia de 8 de marzo de 1983*.*
19. **Tasas fiscales.** Liquidación practicada por Junta del Puerto. Improcedencia de la exención solicitada por CAMPSA. *Sentencia de 14 de marzo de 1983.*
20. **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales:** compraventa. Traspaso de local de negocio. Base imponible. Plazos de presentación. Sanciones. Documentos privados. Reglas sobre prescripción. *Sentencia de 16 de marzo de 1983.*
21. **Plan Parcial.** Circunscrito a una finca sita en la playa d'es Trenc. **Aprobación inicial.** Los actos de aprobación inicial y provisional son actos trámite. El acto expreso o tácito de no aprobación inicial o provisional es recurrible. La denegación expresa o presunta de la aprobación inicial o provisional es de indole reglada. No existiendo contradicción con los Planes de superior jerarquía y cumpliéndose los requisitos formales exigidos, la aprobación inicial no puede denegarse. No puede oponerse el hecho de que se haya suspendido la concesión

de licencias en aquella zona. La suspensión de licencias incide sobre actos dirigidos a la alteración de la realidad física (ejercicio del ius edificandi) o jurídica, parcelaciones urbanísticas. **Interpretación restrictiva.** *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*

22. **Obras efectuadas sin licencia.** Suspensión por tercera vez de las obras. **Inadmisibilidad de la pretensión. Acto reproducción de otros anteriores definitivos y firmes.** Denegación expresa de la solicitud de la licencia. Al suelo rústico hay que considerarlo como no urbanizable. No cabe acudir al **Silencio Administrativo Positivo** para lograr lo que la Administración no habría podido otorgar nunca. *Sentencia de 29 de marzo de 1983.*
23. **Funcionarios. Inadmisibilidad del Recurso** al haber caducado el Recurso contencioso que impugnaba las resoluciones. Las actoras no alcanzaron la categoría de funcionarias al no haber tomado posesión de sus cargos. **Seguridad y fijeza de los derechos. Prescripción de 15 años** al ser una acción de carácter personal. *Sentencia de 30 de marzo de 1983.*
24. **Funcionarios. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso.** Impugnación del Real Decreto 3.540/81 que acordó el traspaso de funciones, competencias y servicios del Estado en materia de agricultura, pesca y ganadería al Consejo General Interinsular. El traspaso no afecta al derecho al cargo del funcionario. *Sentencia de 6 de abril de 1983.*
25. **Licencia de Obras.** La suspensión de la licencia decretada por la Comisión Permanente es improcedente pero de ella no se sigue vicio alguno para el acto. Al no basarse el acuerdo suspensivo en infracción urbanística y dada la imposibilidad de apreciar la existencia de la misma resulta procedente el levantamiento de la suspensión. El acuerdo recurrido es nulo por no ir precedido de informe jurídico. *Sentencia de 12 de abril de 1983.*
26. **Funcionarios.** Suspensión indefinida de empleo y sueldo. Petición de amnistía. La Dirección General de Administración Local no es competente para resolver la cuestión al tratarse de un funcionario no perteneciente a Cuerpos Nacionales. Desestimación improcedente. *Sentencia de 13 de abril de 1983.*
27. **Aplicación de bonificaciones en tributos municipales:** Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, tasas de Entrada de

Carruajes, Balcones y miradores y Prevención y Extinción de Incendios. Improcedencia de la cuestión de inconstitucionalidad. Retroactividad de la norma. Derechos adquiridos. Sentencia de 19 de abril de 1983*.

28. **Proyecto de Urbanización.** Se ajusta al Plan de Ordenación del Centro de Interés Turístico Nacional "Cala Turqueta". Tienen por objeto la ejecución de lo planeado. No pueden contener determinaciones sobre ordenación ni modificar previsiones del Plan aunque pueden efectuar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras. Los actos de denegación de la **Aprobación inicial** son reglados e impugnables. **El Plan Turístico Estatal prevalece sobre el Plan General Municipal.** *Sentencia de 22 de abril de 1983.*

29. **Plan Provincial de Obras y Servicios.** No son necesarios los proyectos técnicos de las obras a incluir. No puede someterse a un mismo régimen jurídico los proyectos de urbanización y los proyectos de obras. No han existido defectos formales en la Información Pública. El vicio de forma solamente adquiere relieve cuando ha supuesto una disminución de garantías, alterando el sentido de la decisión de fondo. Principio de economía procesal. In dubio pro actione. Los Arquitectos son competentes para redactar el proyecto y dirigir la Urbanización, incluso en lo que concierne a alumbrado público. Proyecto de alumbrado público. Técnico competente Ingeniero Industrial. No hay intrusismo y sólo simple actuación irregular si lo realiza un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*

30. **Sanciones Administrativas. Principio de Legalidad (art. 25 de la Constitución). Jueces y Tribunales están obligados a interpretar la Constitución.** Infracciones y sanciones han de ser determinadas por norma con rango de Ley formal. Es correcto que la ley remita a disposiciones de rango inferior la determinación concreta del precepto sancionador. Non bis in idem. **Principio de tipicidad. Potestad discrecional. Carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Conceptos Jurídicos indeterminados.** *Sentencia de 29 de abril de 1983*.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

4

4. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES: hecho imponible: concesiones administrativas. Improcedencia de la exención solicitada por CAMPSA. Naturaleza del Monopolio de Petróleos. Relaciones de la Compañía Arrendataria con el Estado. *Sentencia de 21 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que siendo cuestión planteada en el presente proceso, la estrictamente jurídica de determinar si con arreglo al Ordenamiento está o no obligada la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos (CAMPSA), satisfacer el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, en relación a una concesión que le ha sido otorgada de un sistema radiotelefónico de tercera categoría y habiéndose alegado por la Compañía recurrente ante el órgano administrativo revisor y resuelto negativamente por éste, la identidad y correspondiente confusión de hechos, entre el sujeto activo y el pasivo de la relación jurídica tributaria y después en la demanda (fundamento de derecho III), el carácter de "organismo estatal" del Monopolio de Petróleos, parece oportuno empezar, para clarificar la solución del problema debatido, por determinar cual es, conforme al Ordenamiento, la situación o naturaleza jurídica de las Compañías o Sociedades Anónimas, que en nuestro peculiar sistema, administran o gestionan en virtud de contratos, los Monopolios asumidos por el Estado, de la Producción, adquisición, distribución y venta de determinados productos y sobre esta trascendental cuestión ha sido ya sentado el criterio de esta Sala en otras sentencias, como la 115/82 de 18 de Noviembre inspirado en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Septiembre de 1978 y 3 de Noviembre de 1979, cuyas consideraciones, aunque referentes a otro Monopolio —el de Tabacos— y a otros tributos —los locales— pueden servir de pauta orientadora de tan complicada situación jurídico-administrativa.

CONSIDERANDO: Que siguiendo esta pauta orientadora, hay que tener en cuenta que la Administración para el logro de los distintos intereses públicos económicos y la prestación de los correspondientes servicios, puede acudir y de hecho acude a una variada gama de formas organizativas, entre las cuales se encuentran las empresas con personalidad jurídico-privada y capital mixto, pues la Administración participa en concepto de socio y además, comparte también la dirección y gestión empresarial, bien porque a ello tenga derecho en función del capital aportado, bien porque a la Administración se la haya reconocido esa co-gestión en los Estatutos o de otra forma jurídica, circunstancias que, aunque imprimen a la empresa carácter público, no por ello la identifican con el socio que le confiere este carácter, cuya personalidad jurídica no puede confundirse con la de la Sociedad Mercantil de la que forma parte; y entre ellas constituyen una genuina y peculiar represen-

tación, aquellas empresas mixtas que tienen como objeto social la gestión de los Monopolios asumidos previamente por el Estado y que se conciben como arrendatarias de los mismos, si bien el Estado tiene en su capital una importante participación, por cuyas razones, su vida jurídica se regula por una normativa específica, cual ocurre en el supuesto que nos ocupa, con la Compañía Arrendataria de Petróleos, Sociedad Anónima, regida actualmente por la Ley de 17 de Julio de 1947 de reorganización del Monopolio y su Reglamento promulgado por Decreto de 20 de Mayo de 1949, las numerosas órdenes ministeriales de Hacienda que regulan los distintos aspectos parciales relativos a la administración y gestión del Monopolio, relaciones de la Compañía arrendataria con concesionarios de los servicios y usuarios y finalmente, por el Real Decreto 1256/1980 de 23 de Mayo, por el que se regulan las relaciones administrativas entre el Monopolio de Petróleos y su Compañía administradora y las normas de retribución de la misma y la Orden de 16 de Febrero de 1981 por la que se desarrolla el anterior; sin olvidar, claro está, el Real Decreto de 10 de Enero de 1928 por el que se aprobaron las cláusulas del contrato convenido entre el Estado, titular del Monopolio creado por Real Decreto de 28 de Junio de 1927 y la Compañía arrendataria, constituida como Sociedad Anónima Mercantil; de cuyo conjunto de disposiciones que sería prolijo e inútil promemorar, se deduce con absoluta certeza que, en ningún caso, puede haber confusión de personalidad jurídica entre la Compañía arrendataria y el Estado, titular del Monopolio concebido como derecho exclusivo y excluyente de adquirir, producir, transformar, suministrar y vender el petróleo y sus derivados.

CONSIDERANDO: Que aplicando estas ideas generales al supuesto que nos ocupa: liquidación tributaria por el concepto de Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de una concesión administrativa de sistema radiotelefónico de tercera categoría a la Compañía recurrente, supuesto sujeto como hecho imponible al referido impuesto a tenor de lo establecido en el artículo 54, 8º, del Texto Refundido del mismo, aprobado por Decreto 1.018/1967 de 6 de Abril, aplicable al hecho imponible en razón a la fecha del otorgamiento de la concesión (Disposición Transitoria, art. 73 del actualmente vigente de 30 de Diciembre de 1980), al comprender el citado párrafo 8º, "la concesión administrativa de bienes, obras o aprovechamientos públicos", lo que ya, por sí mismo, hace inanes las alegaciones de "confusión de derechos entre sujeto activo y pasivo del impuesto" o de "organismo público" de la actora en vía administrativa y jurisdiccional, pues la concesión, al ser una forma de gestión *indirecta* de los servicios públicos, exige, por su propia naturaleza, una Administración concedente y un administrado concesionario, resulta evidente, que, en ningún caso, este acto jurídico de concesión puede ampararse en el nº 1º, letra a) del artículo 65, 1 del texto Refundido aplicable, que exime del impuesto al Estado, pues este beneficio no alcanza a "entidades u organismos que, cualquiera que sea su relación de dependencia con el Estado, disfruten de personalidad jurídica propia e independiente de la de aquél", por lo que, en todo caso, no podría alcanzar a la recurrente otra exención que la prevista en el nº 3 de dicho artículo 65, 1, referido especialmente al Monopolio de Petróleos, también alegada por la Compañía recurrente (fundamento de derecho V de la demanda).

CONSIDERANDO: Que de igual manera, la doctrina general sobre la naturaleza y esencia de la Compañía arrendataria del Monopolio y de sus relaciones en lo que respecta a éste, con el Estado accionista de la Sociedad Anónima mercantil y titular del Monopolio, pero, al mismo tiempo, concedente del servicio público de comunicaciones, determina también la inaplicabilidad de la exención establecida en el número 3º del artículo 65. 1. del Texto Refundido citado, a la adquisición de la concesión que nos ocupa, puesto que tal exención, que ha de ser interpretada restrictivamente con arreglo a lo preceptuado en el artículo 24. 1. de la Ley General Tributaria de 28 de Diciembre de 1963 y Jurisprudencia que lo ha explicado (ad exemplum, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1980), se limita solo a "las transmisiones hechas a favor del Monopolio de Petróleos que hayan de integrar su patrimonio, según el artículo 4º del Decreto de 20 de Mayo de 1949"; por lo que, en ningún caso, puede extenderse a las concesiones de servicios públicos otorgadas a la Compañía, por no poderse identificar ésta con el Monopolio que gestiona y administra, pero cuyo titular es el Estado, sobre todo habida cuenta de que dicha concesión no puede integrar el patrimonio del Monopolio, reversible al Estado, cuando termine su administración por la Compañía arrendataria, a tenor de lo establecido en la

cláusula 17, a) del Contrato otorgado con el Estado a que se ha referido el primer considerando, por cuanto el artículo 4º del Reglamento de reorganización del Monopolio al que se remite el párrafo que establece la exención, exige que todos los bienes que enumera en "numerus apertus", al comprender "bienes de naturaleza análoga", sean adquiridos por el propio Estado a su nombre e inscritos a favor de éste en los Registros Públicos correspondientes, lo que resulta inconcebible e irrealizable respecto a una concesión de comunicaciones otorgada a la Compañía arrendataria del Monopolio, cuyos gastos deben ser imputados a la Compañía, a tenor de lo establecido en el Real Decreto 1256/1980 de 23 de Mayo, ya aludido, artículo segundo, letra d), como "gastos de comunicaciones" y que en ningún caso podrían ser imputados al Monopolio o Renta de Petróleos, a tenor de su artículo tercero, letra G), sin ser "aprobados previamente por el Ministerio de Hacienda"; por lo que el tributo cuya exención se pide, ha de ser cargado en la contabilidad de la Compañía anónima mercantil, *en todo caso*, como "gastos de explotación a cargo de la Compañía", al tratarse de "tributos y arbitrios de cualquier naturaleza, devengados por las actividades derivadas de la explotación del Monopolio de Petróleos", según establece claramente el artículo 7º, párrafo 6) de la Orden de 16 de Febrero de 1981, (el subrayado es nuestro), que desarrolla el Decreto citado y que no contradice ni modifica, sino que precisa, a fines de interpretación auténtica o dada por el propio legislador, las disposiciones de rango superior sobre el Monopolio y la Compañía administradora, enumerados en el primer considerando.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas procesales.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A., contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 26 de Marzo de 1982, que le desestimó reclamación contra liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de concesión administrativa de comunicaciones radiotelefónicas, nº 13.795-E, base 705.420 pesetas y cuota a ingresar de 10.905 pesetas, debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia lo confirmamos, sin hacer declaración sobre las costas causadas en el proceso. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

7

7. ESTIBADORES PORTUARIOS: No son trabajadores dependientes al Servicio de la Organización de Trabajos Portuarios. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el primero y fundamental problema que surge, como previo para resolver el caso que se enjuicia, es el de la vigencia y efectividad de las Ordenanzas de Trabajo, en general, y de la de Trabajo de estibadores, aprobada por Orden Ministerial de 29 de Marzo de 1974, y modificada por otra Orden del Ministerio de Trabajo de 15

de Noviembre de 1976, en particular, dada la publicación de la Ley número 8/80, de 10 de Marzo, reguladora del Estatuto de los Trabajadores, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Constitución; y a este respecto resulta decisivo lo ordenado por la Disposición Transitoria 2ª de dicho Estatuto en el sentido de que "Las ordenanzas de trabajo actualmente en vigor continuarán siendo de aplicación como *derecho dispositivo*, en tanto no se sustituyan por convenio colectivo"; y siguiendo una clasificación tradicional de las normas en unas de eficacia incondicionada, que excluyen o suprimen la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establecen se impone a los interesados, los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias, y otras de eficacia condicionada, que respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de esa voluntad o a establecer una regulación supletoria, cabe decir que las primeras son las imperativas, que integran el llamado derecho absoluto, necesario o impositivo (*ius cogens*), y las segundas las normas permisivas, o lo que es igual, las de Derecho voluntario, facultativo, supletorio o dispositivo (*ius dispositivum*); por todo lo cual, sometidos los estibadores al ámbito de aplicación del Estatuto, según su artículos 1º y 2º, y no constando en absoluto la existencia de contrato de trabajo o de convenio colectivo que sometan a las partes a las normas de Ordenanza, es claro que quedan sometidas las relaciones de trabajo a lo dispuesto en aquél; y, como consecuencia lógica de lo expuesto, no rige en el caso de autos lo establecido en el artículo 106 de la Orden Ministerial citada —Previa la autorización de la Delegación de Trabajo... podrá trabajarse en horas extraordinarias...— y sí el 34 del repetido Estatuto, que no exige autorización previa para la realización de horas extraordinarias, que limita a 2 al día, 15 al mes y 100 al año, salvo circunstancias excepcionales, y fija el límite de 9 horas ordinarias de Trabajo efectivo, cuya infracción no es imputada a la empresa, sino, como queda expresado, la prolongación del horario en 10 minutos, que, por lo expuesto, no puede estimarse como contravención.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la segunda infracción sancionada —artículo 31, en relación con el 18, Grupos 1º B, 2º B y 4º de la Ordenanza, ya que no se solicitó de la O.T.P. por la empresa el personal portuario precisado, distinguiendo las funciones de Capataz de Operaciones, Clasificador y Especialista—, es de destacar que, como se deduce del acta, un Clasificador realizó funciones de un Capataz de Operaciones, y un Especialista funciones de Clasificador, es decir, superiores a las suyas; y de acuerdo con el artículo 23 del Estatuto, aplicable según lo expuesto en el considerando anterior, esa realización de trabajos no constituye infracción, sino que atribuye al trabajador ciertos derechos económicos; así, si realiza funciones de categoría superior durante 6 meses durante un año u 8 durante dos años puede reclamar ante la dirección de la empresa la clasificación profesional adecuada, y si no procede legal o convencionalmente el ascenso, el trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva entre la categoría y la función que efectivamente realice; en consecuencia, tampoco puede estimarse la existencia de infracción administrativa.

CONSIDERANDO: Que, marginalmente y en un plano teórico, dado lo expuesto, debe expresarse en relación con las supuestas infracciones —en las sanciones a las Empresas se tipifican genéricamente las infracciones a la Ordenanza cometidas por el empresario o persona que le represente—, que en manera alguna puede estimarse como grave la prolongación de la jornada en 10 minutos, pues resulta evidente que una tarea como la descarga de un buque no puede terminar siempre en un momento concreto, y resulta absurdo en ciertos casos suspender los trabajos, para solicitar autorización gubernativa, y su petición previa también resulta problemática dada la dificultad de calcular exactamente la duración de aquéllas; y, por otra parte, que el artículo 14 de la propia Ordenanza, confiere a las empresas facultades de dirección y organización del trabajo, debiendo atemperarse la exigencia del artículo 31, es decir, la solicitud por escrito a la O.T.P., con la antelación debida y a las horas que determine el Reglamento, del personal de cada categoría profesional y listas, a las circunstancias concretas de cada caso —adaptación del Derecho a la realidad, mediante la apreciación exacta de todos los elementos de hecho que en el supuesto concurren—, pues en un orden normal de las cosas pueden surgir eventos imprevistos que obliguen a disponer que un trabajador realice funciones que no le son propias antes que suspender los trabajos y dar cumplimiento al citado precepto, por lo que tampoco, sin expresar otras circunstancias respecto al hecho, puede éste ser calificado de grave.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determina una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña C. R. C., en nombre de "I. M. C., S.A.", contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 14 de Abril de 1982, que desestima el recurso de alzada formulado por aquella entidad mercantil contra otra de la Delegación Provincial de Baleares del Ministerio de Trabajo de 30 de Enero del mismo año, que le impuso la multa de 51.000.- pesetas a propuesta de la Inspección Provincial en virtud de Acta levantada el 16 de Octubre de 1981 por infracciones de la Ordenanza de trabajo de estibadores, debemos declarar y declaramos que tales resoluciones no se ajustan a Derecho y, en consecuencia, las anulamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

14

14. CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL URBANA: modificación del régimen de exenciones y bonificaciones por el R.D. 11/1979, de 20 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad. Derechos adquiridos. *Sentencia de 22 de febrero de 1983**.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de la autonomía reconocida a los Municipios por los arts. 140 y 141 de la Constitución Española, que además en su art. 142, añade que "las Haciendas Locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas", la Ley 44/1978 de 8 de Septiembre, transformó en tributos de carácter local a anteriores impuestos estatales —Contribución Territorial Rústica y Urbana, Cuota de Licencia Fiscal del Impuesto sobre actividades y Beneficios Comerciales e Industriales y Cuota de Licencia Fiscal sobre el Rendimiento del Trabajo Personal—; pero consciente el Legislador de la crónica situación estructuralmente deficitaria de las Corporaciones Locales, tuvo que acudir a unas medidas urgentes de financiación que fueron denominación y fundamento del Real Decreto-Ley 11/1979 de 20 de Julio que, además de actualizar, incrementandolos, los valores catastrales de la Contribución Territorial Urbana (art. 1º), derogó en su art. 5º ciertas exenciones permanentes y temporales y reducciones permanentes y transformó otras reducciones temporales, como la que gozaba la recurrente, en bonificaciones del 50% durante tres años, de aquellas previstas en el Decreto de 12 de Mayo de 1966 que aprobó el Texto Refundido de la Contribución Urbana, determinando asimismo en sus Disposiciones Transitorias, no solo la fecha de entrada en vigor de sus disposiciones respecto a las situaciones jurídico-tributarias posteriores (Disposición Transitoria primera), sino también sus efectos respecto a situaciones nacidas con anterioridad (Disposición 2ª); y por ello, si bien es cierto que la recurrente disfrutaba de una reducción temporal de la base liquidable de veinte años de duración, desde la fecha de la construcción de su propiedad, por haberse realizado aquella en solar resultante de expropiación efectuada para ejecución de proyectos aprobados de conformidad con lo prevenido en el artículo 13 de la Ley de 18 de Marzo de 1895,

al amparo del artículo 12.5 del Texto Refundido citado y que las normas Tributarias, como las demás Leyes, deben ser aplicadas durante el plazo previsto en la Ley o indefinidamente (artículo 20 de la Ley General Tributaria 230/1963 de 28 de Diciembre), esta duración de sus efectos, puede ser modificada o suprimida por legislación posterior; puesto que, en particular, respecto a las normas tributarias, las exenciones, reducciones y demás bonificaciones Tributarias pueden ser suprimidas por Ley (artículo 10.b) de la misma Ley General Tributaria), en consecuencia lógica de su potestad para establecer tributos, y que, en general, todas las leyes se derogan por otras posteriores, con el alcance que expresamente se disponga (artículo 2.2 del Código Civil); por lo que al establecer la Disposición Transitoria 2ª, b) del Decreto Ley que examinamos el que "las reducciones temporales reguladas en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 12 y la del artículo 13 del Texto Refundido, reconocidas con anterioridad al 1º de Enero de 1980, se convertirán a partir de esta fecha y hasta completar el plazo por el que fueron otorgadas, en una bonificación del 50% (el subrayado es nuestro), aparece evidente a todas luces, que la liquidación impugnada por la recurrente, fue practicada conforme a la legalidad vigente, al bonificar solo con el 50% la cuota correspondiente a su finca en ejercicio fiscal posterior a dicha fecha; sin que, por otra parte, contra tan lógica conclusión, puedan prevalecer los argumentos de la demanda relativos a la polémica cuestión doctrinal sobre existencia de un derecho público subjetivo adquirido que no ha sido respetado a su entender por la liquidación ni por el acto impugnado que le desestimó la reclamación contra aquella en vía administrativa, pues aun admitiendo en hipótesis la realidad de ese derecho, la consecuencia sería que el Legislador ha dado expresamente a la Disposición transitoria que comentamos efectos retroactivos modificatorios, lo cual, también está permitido por el artículo 2.3 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que por ello, y consciente de su debilidad argumental, la recurrente ha acudido en el recurso administrativo y en el Jurisdiccional, al remedio supremo de solicitar también el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional al amparo del artículo 163 del Texto Fundamental, en relación con el artículo 35 de la Ley Orgánica de aquel, 2/79 de 3 de Octubre, con el fin de que dicho Tribunal declare contraria al art. 9.3 de la Constitución, la Disposición Transitoria citada que, en su opinión, se opone a sus pretensiones impugnatorias de la liquidación fiscal y sin perjuicio de que haya de estimarse, desde luego, acertado su rechazo por el Tribunal Económico Administrativo por razones fundamentales que afectan a la estructura y relaciones entre los Poderes del Estado y que aparecen evidentes en las palabras del propio artículo 163 de la Constitución y de que la cuestión de inconstitucionalidad, de plantearse, habría de referirse a casi todos los preceptos legales citados en el anterior considerando incluido el artículo 2.3 del Código Civil, parece oportuno entrar en el examen del problema suscitado, habida cuenta del contenido del artículo 80 de nuestra Ley Jurisdiccional que exige la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el proceso y sobre todo, porque del examen de los preceptos Constitucionales y Orgánicos invocados por la recurrente y de la Disposición Derogatoria, 3. de aquella, se infiere que si bien el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, no es el único y los Jueces y Tribunales están obligados a interpretarlas, no solo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan, o inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable o para resolver negativamente, optando por la aplicación de la Ley impugnada, las alegaciones de inconstitucionalidad que puedan hacer las partes, actuando en todos los casos como Juez de la Constitucionalidad, con entera libertad de criterio y sin verse forzado —como en otros sistemas— a plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión suscitada por las partes en cuanto no la considere "manifiestamente infundada".

CONSIDERANDO: Que ello admitido y partiendo de que el problema planteado se refiere a una supuesta contradicción entre una Disposición Transitoria de una Ley que extiende sus efectos de aumento de la cantidad a satisfacer por un Tributo a situaciones reconocidas con anterioridad a su entrada en vigor, con mayor reducción y el artículo 9.3 de la Constitución que literalmente "garantiza el principio de... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales", pare-

ce conveniente examinar por separado, dos problemas que, aunque íntimamente unidos, pueden aparecer como distintos, en el examen del principio constitucional en su relación con el precepto legal transitorio en cuestión, como son el de si un supuesto derecho individual preexistente ha sido dañado por la Disposición Transitoria tachada de inconstitucional y el del alcance de la prohibición de irretroactividad consagrada en el precepto constitucional; y sobre el primero de ellos, estima esta Sala, siguiendo las orientaciones que nos ha dado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en Sentencias como la de 14 de Marzo de 1964 y 29 de Septiembre de 1980 que, aunque referidas a distinta normativa de derecho público, nos dan pautas claras sobre el polémico problema doctrinal de los derechos públicos subjetivos de los administrados, que al estar los Tributos regidos por el principio general del orden tributario de que, además de ser medios para recaudar ingresos públicos han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progresos sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional (artículo 4º de la Ley General Tributaria), sus normas no pueden engendrar derechos públicos subjetivos que hayan de ser respetados indefinidamente o durante un cierto período de tiempo, aunque éste sea determinado por la propia norma, sino solo durante el tiempo correspondiente al ejercicio fiscal para el que se previeron las necesidades derivadas de su principio rector y ello por una esencial salvaguarda de la seguridad jurídica; por lo que pasado este período, los derechos de los administrados, sujetos pasivos del impuesto, no son auténticos derechos subjetivos, sino meras expectativas de derecho, ya que los derechos adquiridos no nacen hasta que se reúnen todos los hechos jurídicos que son requisitos o presupuestos para ello, es decir, hasta que el legislador ha previsto las exigencias de la estabilidad y progreso sociales y la mejor distribución de la renta nacional para el próximo período de vigencia de los presupuestos; razón fundamental, entre otras de pragmatismo político, por la que, como se deduce de las actas de las sesiones de las Cortes Generales que redactaron la Constitución Española, no se incluyeron entre los principios garantizados por el artículo 9.3 de ella, el consagrador de la irretroactividad de las normas fiscales.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta al segundo problema, íntimamente ligado con el anterior, como se ha dicho, hasta el punto que parecen confundirse, referente al alcance de la irretroactividad constitucional de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales", parece lo más oportuno repetir textualmente un párrafo del Fundamento Jurídico 10, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1981, que con gran claridad expositiva resuelve cualquier posible duda sobre el particular, al decir que "desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión "derechos adquiridos" y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a las exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1º de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos que obliga a la Administración y a los Tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del Ordenamiento Constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de "derecho individual" no puede confundirse con el "ius quaesitum"; el artículo 9.3 —en todo o en parte— alude a los derechos fundamentales del título I y para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las leyes, restringiendo a los Reglamentos. El principio de irretroactividad del artículo 9.3, en cuanto a las Leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno"; resultando pues, de las doctrinas sentadas en este considerando y en el anterior, que no preexiste el derecho que se pretende adquirido y que, aun en caso de existir, no está garantizado por la Constitución.

CONSIDERANDO: Que de todo lo expuesto aparece claramente la conformidad del acto impugnado con el Ordenamiento Jurídico en su conjunto, no solo en cuanto se ajusta

a la legalidad vigente, sino también en cuanto que esa legalidad aplicada es conforme con la Constitución Española, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto contra el mismo, así como declarar que no procede plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de la inconstitucionalidad de tales leyes, sin que, por otra parte, existan méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don S. A. J. contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 27 de Mayo de 1982, que le desestimó reclamación contra liquidación de la Contribución Urbana correspondiente al ejercicio de 1981, de finca de su propiedad sita en Paseo de Mallorca Nº 34 de esta Ciudad, debemos declarar y declaramos tal acto administrativo conforme al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, declarando, además, no haber lugar a plantear ante el Tribunal Constitucional, cuestión sobre la constitucionalidad de las Leyes aplicadas por dicho acto, sin hacer declaración sobre las costas causadas en el proceso. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

18

18. FUNCIONARIOS. Condiciones de trabajo en el Ayuntamiento de Palma. Plus de dedicación exclusiva o especial. No existe defecto en el modo de proponer la demanda; las diferencias son de terminología, no de petición. El disfrute de los complementos de sueldo no crea derechos adquiridos. *Sentencia de 8 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que en primer lugar y por imperativos de orden procesal fundados en la prelación establecida en el artículo 81 de la Ley Jurisdiccional y que han sido claramente explicados por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, puesto que la Jurisdicción no puede conocer de un recurso, sin que se den los presupuestos formales exigidos en la propia Ley Jurisdiccional, es preciso empezar por examinar la alegación de inadmisibilidad de los tres recursos interpuestos y que han sido acumulados, alegada por el Ayuntamiento demandado al amparo de los artículos 81.1.a) y 82. e) y g) de la Ley Jurisdiccional, por entender que existe desviación o disparidad entre las peticiones formuladas a la Administración en los respectivos recursos de reposición por los recurrentes y las deducidas en las demandas de este proceso jurisdiccional; y sobre ello hay que resolver por su desestimación, pues las diferencias que se pueden apreciar entre los distintos escritos ante la Administración y la Jurisdicción, son más de terminología que de materia de la petición, pues en todos ellos se solicita la anulación del acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 11 de Junio de 1981, aprobando propuesta elaborada por una Comisión negociadora en forma de pacto, aunque en unos se haga más hincapié que en otros, principal o subsidiariamente, al contenido del artículo 51 del dicho pacto, referido a los complementos de dedicación exclusiva; y en lo relativo al pago por el Ayuntamiento de los complementos dejados de percibir, aunque fuera cierto —que no lo es— que no fueron solicitados ante

dicha entidad local, ni siquiera tácitamente, esta petición, como de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, consistente en la indemnización de un perjuicio o lucro cesante causado por el acto administrativo, cuya anulación se solicita, puede pretenderse por la parte legitimada como titular del derecho derivado del ordenamiento que se considera infringido por el acto impugnado (artículo 28.2), aunque no se hubiera solicitado previamente ante la Administración, no sólo en la demanda en base al artículo 42, sino también después, a tenor de lo dispuesto en el artículo 79.3 de la misma Ley Jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen de la cuestión de fondo de los recursos acumulados, referida a la conformidad o disconformidad con el Ordenamiento Jurídico del acuerdo plenario del Ayuntamiento de Palma por el que se regularon las condiciones de trabajo y régimen retributivo de sus funcionarios de plantilla y como quiera que todos los demandantes alegan sorprendentemente, como causas de invalidez de dicho acuerdo la infracción de las normas que regulan los convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores, así como la del artículo 1.255 del Código Civil, se hace preciso recordar principios tan generales del derecho administrativo, que en cualquier otro caso se darían por inmanentes en el debate, sobre la naturaleza de la relación jurídica que liga al funcionario público con la Administración, en la que si bien se crea por acuerdo de voluntades entre ambas partes, este acuerdo reviste la naturaleza y esencia de un acto-condición, en la terminología jurídico-administrativa, donde la fuente de los derechos del funcionario está en la reglamentación previa que se aplica a su caso concreto, con la consiguiente posibilidad de que tal reglamentación sea derogada mediante norma jurídica del propio rango que el estatuto que deroga y sustituida por otra que circunstancialmente puede ser mas, pero también menos beneficiosa que la anterior; es decir, que en la materia del llamado contrato de la función pública nuestro derecho positivo ha establecido un régimen para los funcionarios públicos en el que el nombramiento de éstos se realiza a través de un acto administrativo unilateral, como también, unilateralmente puede ser modificado en términos generales dentro de los cauces reglados previstos por el propio ordenamiento jurídico-administrativo; razón fundamental de principio por la que no cabe invocar la "lex inter partes" informadora del precepto del Código Civil que se pretende vulnerado, ni tampoco las reglas del derecho laboral, pues —como se ha dicho en reciente Sentencia de esta Sala de 2 de Octubre de 1982, inspirada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de Julio de 1982— la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente, muy especialmente marcada por el Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, promulgado por Decreto de 6 de Octubre de 1977, N° 3.046/77, cuyo artículo 23, en su párrafo 1, establece que "son funcionarios de la Administración Local las personas vinculadas a ella por una relación de servicios profesionales y retribuidos, *regulada por el Derecho Administrativo* (el subrayado es nuestro) y en su párrafo 2, que "el contenido de dicha relación se regirá por los preceptos de este Título y las normas reglamentarias que lo desarrollan"; de lo que resulta evidente que aquel personal se gobierna en las condiciones de empleo y trabajo por normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos, como producto de una relación estatutaria que es reconocida tradicionalmente por la doctrina y Jurisprudencia Contencioso-Administrativa y que determina la atribución a la Jurisdicción de este orden la resolución de los conflictos entre los órganos administrativos y su personal de todas clases y ello sin perjuicio de la posibilidad para éstos órganos de celebrar con otro personal contratos de trabajo sometidos expresamente, como relaciones contractuales laborales, a las normas de este orden y de las que, en caso de litigio, conocería la jurisdicción de este nombre, de la que es expresiva el artículo 25.2 del citado Decreto 3.046/77.

CONSIDERANDO: Que, por consiguiente, situándonos dentro del campo propio del debate, sin intromisiones extrañas al Derecho Administrativo, regido en nuestro sistema u Ordenamiento Jurídico por el principio de legalidad que garantiza hoy con carácter insoslayable el artículo 9.3 de la Constitución Española, es preciso examinar el acto administrativo impugnado, tanto en su forma, como en su fondo y en lo que se refiere al primer aspecto y saliendo al paso de las alegaciones de los tres escritos de demanda referidas a la anormalidad del procedimiento al que ha recurrido el Ayuntamiento de previa negociación con los representantes del comité sindical del personal funcionario al servicio de la Corporación, de las condiciones, horarios, vacaciones, licencias, trienios y demás condi-

ciones de la función pública del personal, incluidas los plus de dedicación exclusiva o especial para determinados puestos de trabajo, que es, lo que realmente impugnan los tres recurrentes, es preciso sentar que la competencia en materia de personal de la Administración Local corresponde a los respectivos Ayuntamientos, cuya autonomía, con personalidad jurídica plena, ha sido garantizada por el artículo 140 de la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.3 del texto articulado Parcial de la Ley de Bases 41/1975 del Estatuto de Régimen Local promulgado por Decreto 3.046/77 de 5 de Octubre, al decir que "corresponde a las Corporaciones Locales la competencia en materia de personal a su servicio, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley al Gobierno y al Ministerio del Interior"; por lo que establecida esta potestad por la Constitución y la Ley, nada impide a los Ayuntamientos que, antes de decidir sobre estas cuestiones de su competencia, soliciten informe previo a una comisión mixta del personal y del Ayuntamiento, ya que, en tal supuesto, se trata de un informe facultativo, no vinculante, de los autorizados en los arts. 84 y 85 de la Ley de Procedimiento administrativo, pero que ha servido de motivación al acto municipal Pleno resolutorio, incorporándose al Texto del mismo, tal como previene el artículo 93.3 de la misma Ley de Procedimiento.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al fondo del acto impugnado, de todos cuyos aspectos sólo ha sido atacado el artículo 51 del informe incorporado, llamado "pacto negociado", referido —como se ha dicho— a los plus de dedicación exclusiva o especial para determinados puestos de trabajo, de los que se entienden los recurrentes, arbitraria e ilegalmente excluidos, cuando con anterioridad y a partir del año 1974 les habían sido concedidos por la propia Administración, conviene aclarar que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, tal como se deduce de los documentos aportados por las partes en sus respectivos escritos de demandas y contestación, y en aplicación de la Ley 5 de Diciembre de 1968, N° 79/68 de Bases de Funcionarios de la Administración Local y de las ordenes de 23 de Octubre y 27 de Diciembre de 1973, sobre régimen y normas a aplicar a las retribuciones complementarias, que la desarrollaron, solicitó del Gobernador Civil, cuya competencia a este fin, le estaba atribuida por la Orden de 19 de Abril de 1974, en relación con el artículo 20 de la de 27 de Diciembre citada, el visado requerido obligatoriamente por tales disposiciones, para la validez del Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 20 de Julio de 1974, por el que se interesaba del Gobernador, en la representación de la Dirección General de Administración Local que le otorgaba la Orden citada de 19 de Abril de 1974, la "preceptiva autorización para conceder complementos de dedicación exclusiva, en principio, para los técnicos de Administración Especial que se indican, en razón a que su dedicación absoluta es de suma importancia para el servicio público municipal", citando, a continuación determinados nombres en número de cuatro, acompañados de sus profesiones respectivas y no de las funciones que cada uno desempeñaba, entre los cuales se encuentran los tres recurrentes en los presentes recursos acumulados y un Perito Industrial, pero, añadiéndose, "igualmente para quien desempeñe la plaza de Inspector General de los Servicios Técnicos en propiedad"; redacción ésta tan desafortunada que podría interpretarse en el sentido de entender que los complementos se otorgaban a las personas y no a los puestos de trabajo, como claramente exigía el artículo 11.1 de la citada Orden de 23 de Octubre de 1973, desarrollando la Base 10.11 de la Ley, que tuvo que ser subsanada por la Resolución del Gobernador Civil del 24 de Agosto de 1974, cuya "autorización expresa" era indispensable a tenor del artículo 12.1 de la Orden de 27 de Diciembre de 1973, con otra expresión, quedando redactada la concesión del complemento en la forma legal, a diez puestos de trabajo, entre los que se encontraban los ocupados por los tres recurrentes y el de "un Inspector General de los Servicios Técnicos, hoy vacante".

CONSIDERANDO: Que aunque se haya hecho la anterior aclaración a los fines útiles de hacer comprender a los recurrentes que los derechos públicos subjetivos que invocan y que a su entender han sido arbitraria e ilegalmente vulnerados por el acto recurrido no son de carácter personal o "intuitu personae", si en todo caso, atribuidos por razón del cargo o puesto de trabajo que desempeñaban como funcionarios de plantilla de la Administración Local, dicha precisión es indiferente a los fines pretendidos de declaración de contraría a la Ley de su supresión, puesto que ya se entienda el complemento otorgado con uso o con otro carácter, es evidente que su atribución no les concede el carácter de "derechos adquiridos" que no puedan dejarse sin efecto por acto posterior, al no reunir

el acto que les concedió el complemento todos los hechos y circunstancias jurídicas que son supuesto o requisito para ello según el ordenamiento, a tenor de la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Jurisdicción manifestada en Sentencias, entre otras, de 14 de Marzo de 1964, 31 de Marzo de 1977 y 11 de Junio, 29 de Septiembre y 27 de Febrero de 1980, pues en materia de complementos la actividad de la administración es discrecional como ya puso de manifiesto la Sentencia de 29 de Marzo de 1978 y se cuidaron de señalar expresamente las disposiciones legales que los extendieron a la Administración Local, desde la Ley de Bases ya citada 79/68 al decir en la Base 12, que "el disfrute de los complementos de sueldo no creará derechos adquiridos en favor de los funcionarios", lo que reiteró el artículo 20.3 de la Orden de 27 de Diciembre de 1973, también citada e igualmente dispuso expresamente el artículo 66.5 del texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, 3.046/77, estableciendo que "el disfrute de las retribuciones complementarias no creará derechos adquiridos en favor de los funcionarios"

CONSIDERANDO: Que, finalmente y como ya se ha hecho en otras sentencias de esta Sala, como la reciente del 22 de Febrero último, para disipar cualquier duda sobre legalidad del acto impugnado en relación con el conjunto jerárquico del Ordenamiento Jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Española, habida cuenta del contenido del artículo 80 de nuestra Ley Jurisdiccional que exige la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el proceso y como quiera que el examen de los artículos 163 de la Constitución Española, en relación con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/79 de 3 de Octubre, aparece nitidamente que si bien este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución, no es el único y los Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan, e inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, parece oportuno que en relación a la posible aplicación del artículo 9.3 de la Constitución que literalmente garantiza el principio de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales, al caso que nos ocupa en el que se tienen en cuenta leyes que pudieran entenderse incluidas en el precepto constitucional, repetir textualmente un párrafo del Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1981, que con gran claridad expositiva resuelve cualquier duda sobre el particular al decir que "desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión "derechos adquiridos" y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a las exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1º de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos que obliga a la Administración y a los Tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del Ordenamiento Constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de "derecho individual" no puede confundirse con el "ius quaesitum"; el artículo 9.3 —en todo o en parte— alude a los derechos fundamentales del título I y para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las leyes, restringiéndolo a los Reglamentos. El principio de irretroactividad del artículo 9.3, en cuanto a las Leyes, concierne, sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno".

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso.

FALLAMOS: Que desestimando los tres recursos acumulados interpuesto por Don S. B. G. R., Don J. S. F. y Don F. C. R., contra el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Palma de Mallorca de 11 de Junio de 1981 que aprobó pacto negociado sobre condiciones de trabajo para todo el personal municipal funcionario en el año 1981, debemos declarar

y declaramos dicho acto Administrativo conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

27

27. APLICACION DE BONIFICACIONES EN TRIBUTOS MUNICIPALES: Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, tasas de Entrada de Carruajes, Balcones y miradores y Prevención y Extinción de Incendios. Improcedencia de la cuestión de incostitucionalidad. Retroactividad de la norma. Derechos adquiridos. *Sentencia de 19 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por único objeto determinar si es aplicable o no a las exacciones municipales referidas una bonificación del 90 por ciento por tratarse de viviendas de protección oficial las afectadas por las mismas, la cual no fue aplicada por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca al realizar las oportunas liquidaciones, en contra del criterio sostenido por los acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares que ahora se impugnan.

CONSIDERANDO: Que, esquemáticamente, los antecedentes normativos a tener en cuenta para la decisión del presente litigio, son los siguientes: 1º) El texto refundido y revisado de la legislación en materia de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 24 de Julio de 1963, cuyo artículo 14 dispone que "gozarán durante un plazo de veinte años, desde la fecha de la terminación de la construcción, de una reducción del 90 por ciento del Importe de la Contribución Territorial Urbana, así como de todo recargo, arbitrio, derecho o tasa establecidos por el Estado, las Diputaciones Provinciales, Cabildos Insulares o Ayuntamientos..."; 2º) El Texto refundido de la legislación de viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 12 de Noviembre de 1976, derogatorio del anterior, que en su artículo 15 mantiene en este aspecto la redacción del 14 del derogado; 3º) La Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 19 de Noviembre de 1975, de la que hay que destacar: a), que la Base 22.6 dice que "en materia de tasas no se admitirán otras exenciones o bonificaciones que las que benefician al Estado, la Provincia a que el Municipio pertenezca o la Mancomunidad o Agrupación de que forme parte por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por los que inmediatamente interesen a la seguridad y defensa nacional"; b), la Disposición final 1ª.2, que establece que "el texto articulado de la presente Ley será aprobado por el Gobierno, previo informe del Consejo de Estado en pleno, en el plazo máximo de un año; y c), la Disposición final 3ª.4, que expresa que "las exenciones y bonificaciones de tributos locales comprendidas en disposiciones legales que no sean de régimen local se adaptarán por el Gobierno, en el plazo de seis meses, al contenido de la presente Ley"; 4º) El Decreto de 30 de Diciembre de 1976 sobre entrada en vigor de disposiciones de la

Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local relativas a ingresos de las Corporaciones Locales y normas provisionales para su aplicación, que en su artículo 9 reprodujo, con ligeras variantes de redacción, el contenido de la Base 22.6 anteriormente transcrito, estableciendo la Disposición transitoria 2ª.1 que "hasta que por el Gobierno se dé cumplimiento a lo previsto en la disposición final 3ª.4 de la Ley 41/75" —la Ley de Bases referida— "continuarán en vigor las exenciones y bonificaciones de tributos locales comprendidas en disposiciones con rango de Ley que no sean de régimen local"; y 5ª) El Real Decreto-Ley de 20 de Julio de 1979, sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas Locales, dispuso en el artículo 5º.5 que "con carácter general, las exenciones, reducciones y bonificaciones de la Contribución Territorial Urbana no se aplicarán a las tasas municipales".

CONSIDERANDO: Que antes de entrar a estudiar la cuestión debatida a la vista de las disposiciones citadas, se hace necesaria una previa consideración sobre la conformidad con la Constitución del artículo 5º.5 del Real Decreto-Ley de 20 de Julio de 1979, por cuanto se solicitó del Tribunal Económico-Administrativo que plantease al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, con base en que no respetaba derechos adquiridos y suponía retroactividad de una norma tributaria, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley Fundamental, solicitud rechazada con acierto, ya que el artículo 35 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, de 3 de octubre de 1979, claramente se refiere a los órganos del Poder Judicial y no a los de la Administración, carácter de los Tribunales Económico-Administrativos; y esa previa consideración se refiere a que la sentencia del Tribunal Constitucional número 6/1983, de 4 de Febrero, resolviendo cuestiones promovidas por la Audiencia Territorial de Albacete, sostuvo que dicha disposición no contraría a la Constitución, y si bien se refería a la Disposición transitoria 2ª b) en cuanto reduce la bonificación de un 90 por ciento a un 50 por ciento y por un periodo de tiempo inferior en la contribución Urbana, es indudablemente aplicable al precepto citado, por cuanto las objeciones alegadas para demostrar su anticonstitucionalidad son las mismas.

CONSIDERANDO: Que las discrepancias surgidas entre distintas sentencias de Audiencias Territoriales al resolver el problema enunciado, de las que son ejemplo la de 27 de Mayo de 1981 de la de Sevilla y la de 17 de Febrero de 1982 de la de Valladolid, contrarias a la tesis de la bonificación, y la de 13 de Octubre de 1981 de la de Valencia y la de 4 de Diciembre del mismo año de la de Albacete, favorables a la misma, fueron zanjadas por la del Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 1982, que expresa que "ha de tenerse en cuenta que la inadmisión de exenciones o bonificaciones en materia de tasas municipales, a que se refiere el apartado 6 de la citada Base 22, está relacionada con lo dispuesto por la misma Ley en su Disposición final 1º.2 que señaló plazo para la articulación de la Ley de Bases, y que, durante el plazo prorrogado concedido para ello, las Normas provisionales aprobadas por el Real Decreto 3.250/76, de 30 de Diciembre, en su Disposición transitoria 2ª, establecieron que, hasta que por el Gobierno se dé cumplimiento a lo previsto en la Disposición final 3ª.4 de la Ley 41/1975, continuarán en vigor las exenciones bonificaciones de tributos locales comprendidas en disposiciones con rango de Ley que no sean de régimen local, y como esta disposición emana de la facultad delegada que tenía el Gobierno para articular la Ley de Bases, aunque lo haya hecho mediante normas provisionales, la vigencia de estas disposiciones subsiste con el carácter de Decreto Legislativo, según la terminología que se deriva del artículo 85 de la Constitución, y como refleja su texto al derogar expresamente otras normas legales en la Disposición final 2ª y en la tabla anexa de preceptos sobre régimen local derogados en virtud de las precedentes normas,... por lo que el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Real Decreto 2.960/1976, de 12 de noviembre, por cuanto regula en su artículo 15 la concesión de exenciones y bonificaciones tributarias a la construcción de tales viviendas ha de considerarse consecuencia de las dos referidas delegaciones, y dicho precepto viene a ser el resultado de la armonización de unas y otras disposiciones, con vigencia transitoria hasta que se promulgue definitivamente la legislación de régimen local"; estimando igualmente que el artículo 5º del Real Decreto-Ley 11/1979, de 20 de Julio, que, como queda expresado, establece en su apartado 5 que con carácter general, las exenciones, reducciones y bonificaciones de la Contribución Territorial Urbana no se aplicarán a las tasas municipales, "no contiene derogación alguna que afecte a la aprobación de las exenciones o bonificaciones tributarias que deriven de la legislación reguladora de la construcción de

viviendas y no afecten a la Contribución Urbana"; en efecto, este precepto, de redacción poco afortunada y que dio lugar a diversas interpretaciones por parte de la doctrina, no puede entenderse en su estricto sentido gramatical, porque es evidente, y no hace falta disposición alguna que lo diga, que las exenciones de la Contribución Urbana no se aplican a las tasas, ni tampoco interpretarse en el sentido de que quedan derogadas aquellas normas jurídicas que dispongan que se apliquen a las tasas los beneficios fiscales vigentes en materia de Contribución Urbana, y ello porque normas de este tipo en materia de tasa no existen, por lo que sólo queda una posibilidad hermenéutica, de acuerdo con lo sostenido por un sector doctrinal: quedan derogados los beneficios fiscales vigentes en materia de tasas cuando en la Contribución Territorial Urbana estén otorgados otros beneficios iguales, trasladándose el problema a la determinación de cuándo existe o no igualdad entre ambos beneficios fiscales, independientemente de que estén regulados en el mismo artículo de la Ley, para lo cual ha de acudirse a examinar quienes son los sujetos beneficiarios, cuáles los presupuestos de hecho y, aunque tenga menos importancia, la cuantía de los dos; y esto sentado, resulta que esta igualdad no se da en absoluto, porque los sujetos que se benefician de la exención pueden ser distintos, ya que el sujeto pasivo de la contribución urbana es el propietario del inmueble y el de la tasa es el usuario de servicio o la persona afectada por la actividad administrativa o la persona que solicita o usa el dominio público, que puede no ser el propietario de la vivienda, sino, simplemente, su detentador por cualquier título jurídico distinto de la propiedad o del derecho real de usufructo; por otra parte, tampoco puede decirse que haya identidad entre los presupuestos de hecho que originan la exención, que en la Contribución Urbana es la existencia de la vivienda, y en las tasas puede darse sin necesidad de que exista ni siquiera que se haya empezado a construir, puesto que el nacimiento de la exención surge de la realización de una actividad administrativa o de utilización del dominio público, relacionados ambos con la construcción o, en su caso, posesión o utilización de viviendas de protección oficial; y, por último, pueden no coincidir las cuantías, y así, después del Real Decreto-Ley 11/1979, de 20 de Julio, a las viviendas protegidas se les aplica en Contribución Urbana una reducción del 50 por ciento durante tres años, mientras que al no haber sido modificado el artículo 15 del Texto Refundido de 1976 las tasas locales siguen gozando de una bonificación del 90 por ciento durante veinte; en suma, al decirse que las exenciones, reducciones y bonificaciones de la Contribución Territorial Urbana no se aplicarán a las tasas municipales debe entenderse que son las que se contemplan y fundamentan en dicha contribución, y que por el mero hecho de concederse a efectos de aquella no está concedida en el ámbito de éstas, que habrán de estar fundamentadas en otra norma distinta de la propia Contribución Urbana para que puedan ser reconocidas y aplicadas, aunque, claro está, y ya queda dicho, se hallen en un mismo artículo; y ello no significa, como sostienen algunas tesis contrarias, dejar sin contenido este precepto, puesto que cuando no exista un fundamento legal propio, las bonificaciones de la Contribución Urbana no se reconocerán en el ámbito de las tasas municipales.

CONSIDERANDO: Que esta misma doctrina ha sido mantenida por el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de Octubre de 1982 con extensos razonamientos que, en lo sustancial, se dan aquí por reproducidos, y por el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, citado por aquél.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a si la bonificación es aplicable al Arbitrio sobre incremento de Valor de los Terrenos ha de significarse que, como expresa el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, el repetido artículo 15 del Texto Refundido de 12 de Noviembre de 1976 se refiere a "todo recargo, arbitrio, derecho o tasa establecidos por el Estado, las Diputaciones Provinciales, Cabildos Insulares o Ayuntamientos...", y que si bien el artículo 14 del Decreto de 21 de Febrero de 1963 especificaba que "la bonificación del 90 por ciento se aplicará también al arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos en las transmisiones con destino a la construcción de viviendas de protección oficial y en la primera transmisión de éstas..." y que esta especificación no consta en el nuevo texto, ello no implica su derogación, pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 1981, "concedida autorización al Gobierno por el Decreto-Ley de 30 de Julio de 1976 para que aprobara un Texto Refundido de una Ley de viviendas de

Protección Oficial, es evidente que al amparo de tal autorización sólo podía refundirse la legislación hasta entonces existente, lo que equivalía a ordenar los varios Textos vigentes en uno sólo, pero ello no permitía innovar el ordenamiento vigente variándolo sustancialmente, ya que este cometido quedaba reservado a las Cortes, quedando limitado al Gobierno a la reproducción literal y ordenación sistemática de lo que refundía, sin introducir más variaciones que las exigidas bien por erratas existentes o bien por correcciones de estilo, pero no para ampliar o mutilar preceptos que en los Textos anteriores se contenían, cuando en virtud de la ampliación se concedan o de la mutilación se supriman bonificaciones tributarias, materia reservada a la Ley; por lo tanto, el nuevo Texto Refundido se ajustará a la autorización en tanto refunda o reproduzca, y, por el contrario, el resultado de la refundición será mera actividad administrativa en cuanto, excediéndose de la autorización, modifique la legislación existente; y como esto y no otra cosa ha sido lo que ha hecho el Texto refundido aprobado por Decreto de 12 de noviembre de 1976 al suprimir la bonificación del 90 por ciento que los textos que dice refundir concedían, es evidente que se ha excedido de la autorización concedida, y en tal sentido carece de eficacia alguna para dejar sin efecto la bonificación que el Texto anterior contenía y que debe considerarse vigente en tanto que no ha sido incluido en la pretendida refundición.

CONSIDERANDO: Que el concepto de tasa es claro en las demás exacciones de autos —Entrada de carruajes, Balcones y Miradores y Prevención y Extinción de Incendios—, pues el artículo 15 del Decreto 3.250/1976, de 30 de Diciembre, incluye expresamente en su número 8º las correspondientes a “entradas de vehículos a través de las aceras y la reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, carga o descarga de mercancías de cualquier clase”, y en el 10º las relativas a “elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada”; y no puede negarse el mismo carácter a la percepción por el concepto citado en último lugar, que encaja en el apartado 19 —cualesquiera otros aprovechamientos especiales—, en relación con el artículo 7º de tal Decreto, o, en último término, en la expresión “derecho” que utiliza el artículo 15 del 12 de Noviembre de 1976.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, y por las razones tenidas en cuanto a los acuerdos impugnados, procede desestimar los recursos interpuestos; 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 los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Procurador Don A. N. M. en nombre y representación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra los acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 26 de Marzo, 27 de Mayo y 25 de Junio de 1982, que estiman las reclamaciones formuladas por las personas que se enumeran en el encabezamiento de esta resolución contra liquidaciones de dicho Ayuntamiento por los conceptos de “Balcones y Miradores”, “Prevención y Extinción de Incendios”, “Entradas de Carruajes” y “Plus Valía” relativas a Viviendas de Protección Oficial, anulándolas y entendiéndolas que deben ser sustituidas por otras en las que se aplique una bonificación del 90 por ciento, debemos declarar y declaramos que tales acuerdos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

30

30. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ART. 25 DE LA CONSTITUCION). JUECES Y TRIBUNALES ESTAN OBLIGADOS A INTERPRETAR LA CONSTITUCION. Infracciones y sanciones han de ser determinadas por norma con rango de Ley formal. Es correcto que la ley remita a disposiciones de rango inferior la determinación concreta del precepto sancionador. Non bis in idem. **PRINCIPIO DE TIPICIDAD. POTESTAD DISCRECIONAL. CARACTER REVISOR DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS.** *Sentencia de 29 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que al establecer el artículo 25.1 de la Constitución Española que "nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento", es evidente que extiende a la potestad sancionadora de la Administración, el principio de legalidad que, tradicionalmente, ha regido el orden penal y si bien esta extensión había sido admitida anteriormente por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa a partir de las Sentencias de 27 de Junio de 1950 y 12 de Febrero de 1959, hasta las posteriores a la Constitución, como las de 29 de Septiembre y 10 de Noviembre de 1980, la consagración constitucional de este principio y el que del examen del artículo 163 y de la Disposición Derogatoria 3 del propio Texto Fundamental aparezca nítidamente que si bien el Tribunal Constitucional es el interprete supremo de la Constitución, no es el único y los Jueves y Tribunales están obligados a interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan e inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, hacen aconsejable indagar la cobertura legal que ampara las disposiciones que declara infringidas el acto administrativo impugnado, puesto que el principio de legalidad constitucional, tal como debe ser entendido impone no sólo el que exista una disposición normativa que prevea con anterioridad el hecho constitutivo de la infracción administrativa —tipicidad de la infracción— y que establezca la sanción correspondiente a la infracción —legalidad de la sanción—, sino que exige también que tanto uno como otro aspecto del principio —infracción y sanción— sean determinados por norma con rango de Ley formal, sin que en garantía de la libertad y seguridad, pueda quedar en manos del ejecutivo la potestad de definir las infracciones y concretar sus sanciones o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Marzo de 1981 (recurso de amparo N° 220/80), el principio de legalidad constitucional "prohibe que la punibilidad de una acción u omisión, esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas".

CONSIDERANDO: Que sobre este problema y como quiera que el acto administrativo impugnado se limita a citar una serie de preceptos que estima infringidos por omisión y que en el orden jerárquico normativo van desde la Orden Ministerial hasta el Decreto o Real Decreto, es decir, disposiciones del Ejecutivo de carácter general pero de rango inferior a Ley, es preciso buscar la cobertura legal de tales disposiciones, puesto que la reserva legal debe permitir que la Ley remita expresa o tácitamente la determinación concreta

del precepto sancionador a una autoridad distinta y de rango inferior, constituyéndose así en "Ley penal en blanco", en la terminología doctrinal, que no es otra en el supuesto que nos ocupa, que la Ley 48/63 de 8 de Julio, sobre competencia en materia turística que, en su artículo 3, atribuye al Ministerio de Información y Turismo la facultad de "Sancionar las infracciones que pudieran cometerse en relación con las materias reguladas por esta Ley"; delegando así, en disposiciones de carácter general promulgadas por el Ministerio —Decretos y Ordenes— la facultad de rellenar la Ley en Blanco.

CONSIDERANDO: Que, en esta línea de desarrollo de la Ley, se promulgó el Decreto 231/65, de 14 de Enero, comprensivo como Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas, de los derechos y de las obligaciones derivadas del ejercicio de la actividad empresarial o privada en materia turística, el que, en su artículo 23, precisó el concepto legal anterior: "infracciones que pudieran cometerse en relación con las materias reguladas por esta Ley" con la matización de "infracciones que se cometan contra lo preceptuado en el presente Estatuto y en los Reglamentos Reguladores de las Empresas y de las actividades Turísticas", así como también determina las sanciones a imponer en unos y otros casos, desde apercibimiento, hasta baja definitiva o revocación del título o licencia para las empresas (artículos 23.1 y 25) o apercibimiento o multa, reducidos en 50 por 100 para actividades turísticas privadas (artículo 28.1) promulgándose también después, en distintos Decretos y Ordenes Ministeriales, las reglamentaciones de las distintas actividades en la materia, hasta que, finalmente, el Decreto 2.245/79 de 7 de Septiembre, que transfirió determinadas competencias del Estado al Consejo General Interinsular de Baleares, transfirió entre ellas, en su artículo 24,7 la facultad de imponer las sanciones que procedan en las materias de Empresas y actividades turísticas, si bien limitándolas a apercibimiento, multa hasta 1.000.000.- pesetas y suspensión hasta seis meses.

CONSIDERANDO: Que a pesar de la confusión en que en los considerandos del acto del Consejo impugnado, se mezclan conceptos, hechos y preceptos legales y de que, en contra del fundamental principio del derecho sancionador de la individualización de la sanción, se imponga una sola, aunque tan elevada que se acerca al límite máximo de su competencia, por infracción, nada menos, que de seis disposiciones distintas, del contenido del acta de la visita de Inspección y del Pliego de Cargos (folios 1 y 4 del expediente), se deduce que los hechos constitutivos de las infracciones que han sido objeto de una sola sanción de multa por importe de 830.000.- pesetas, son los siguientes: a) no tener expuesta a la entrada del Hotel la placa indicativa de su categoría; b) no tener expuestos, ni en recepción ni en habitaciones, los carteles legales de precios; c) disponer de mas habitaciones que las declaradas; d) haberse fusionado con otros establecimientos hoteleros contiguos, sin autorización; y e) no observar los requisitos mínimos de infraestructura exigidos reglamentariamente.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta al primer aspecto del principio de legalidad referido en los primeros considerando, —tipicidad de la infracción— es evidente que los hechos reseñados en los epígrafes a) y b) del Considerando anterior han sido calificados correctamente como constitutivos de infracción de las Ordenes de 19 de Julio de 1968, sobre clasificación de establecimientos hoteleros, art. 3 y 15 de Septiembre de 1978, sobre régimen de precios de Alojamientos Turísticos, artículo 16, pues la primera exige que en todos los Establecimientos Hoteleros, conste a la entrada principal la placa normalizada con el distintivo del grupo, categoría o en su caso modalidad del establecimiento y la segunda, siguiendo lo ya estatuido en el artículo 54 de la O. de 14 de Junio de 1957, exige la publicidad de los precios autorizados mediante la colocación de los impresos facilitados por la Administración, en unidades de alojamiento y en la recepción y como quiera que tales hechos han sido reconocidos por el propio recurrente en su demanda, aunque justificándolos por motivos tan ingenuos como la falta de existencia de tales placas en los establecimientos del ramo y la no facilitación de los impresos por el Consell, es evidente que procede la sanción de tales infracciones, debiéndose hacer constar que por el mismo hecho relativo a la placa había sido sancionado con 5.000.- pesetas de multa por el mismo Consejo Ejecutivo en 18 de Mayo de 1981.

CONSIDERANDO: Que sin embargo no ocurre lo mismo con los hechos señalados

con las letras c), d) y e) del considerando anterior, pues el disponer de mas habitaciones de las declaradas, haberse fusionado con otros establecimientos hoteleros y no observar los requisitos de infraestructura exigidos reglamentariamente, responde al solo y único hecho de haberse fusionado el Hotel V. con dos Hoteles contiguos denominados I. y G., dando lugar a una sola explotación conjunta sin necesidad de obras, ampliación que, en su día, fue comunicada por el recurrente, propietario de los tres hoteles fusionados a la Secretaría de Turismo, lo que fue reconocido por el propio Consell al reponer en el acuerdo citado en el anterior considerando de 18 de Mayo de 1981, otro acuerdo anterior de 10 de Marzo por el que se imponía al recurrente multa de 450.000.- pesetas por infracción del Decreto 1.077/77, de 28 de Marzo, artículo 2, que exige autorización para construcciones de nueva planta o ampliación o mejora de las existentes destinadas a usos turísticos y cuyo hecho de ampliación al contemplarlo de nuevo en el acto administrativo impugnado en el presente proceso, el Consejo Ejecutivo ha fraccionado en tres infracciones: la del Decreto citado 1.077/77, la del artículo 10 del Decreto 231/65, que exige que los traspasos de establecimientos de empresas turísticas se comuniquen al Ministerio de Información y Turismo, a través de la Delegación Provincial correspondiente y la del artículo 11 del Decreto 3.787/70 de 19 de Diciembre sobre requisitos de establecimientos hoteleros y de alojamiento turísticos, que exige que los proyectos de construcción o ampliación de los alojamientos turísticos sean sometidos para autorización, si procede, a la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas, olvidando en su afán sancionador, que el hecho de la ampliación hotelera había sido contemplado en expediente anterior en el que se había reconocido que el titular había comunicado la adquisición a la Administración, (aunque, al parecer, se traspapeló la comunicación), por lo que se le exoneró de la sanción impuesta y que, además, en todo caso, la ampliación o traspaso no exigió la realización de obras cuyo proyecto debiera ser autorizado, infringiendo así, con este olvido, no solo el principio fundamental del derecho sancionador de "non bis in idem", sino también el principio de la tipicidad de la infracción.

CONSIDERANDO: Que en lo que atañe al segundo aspecto del principio —legalidad de la sanción— es preciso recordar que si bien el órgano administrativo posee potestad discrecional para imponer la sanción adecuada a cada infracción entre las que se establecen legalmente para cada tipo de faltas y en la proporción que le permita la Ley, ello no implica, en modo alguno, el que la Jurisdicción, en ejercicio de la potestad revisora de la actuación administrativa, no puede examinar si la sanción aplicada es la justa entre las que se pueden imponer y si se ha impuesto en la extensión correspondiente a la gravedad de la infracción, por entenderse que goza la Administración de entera discrecionalidad otorgada por la Ley, pues ello supondría, como ha puesto de relieve una copiosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 28 de Abril de 1964 y 26 de Noviembre de 1975) de la que ha hecho uso esta propia Sala en resoluciones anteriores como las de 15 de Octubre de 1982 y 21 de Diciembre del mismo año, una confusión entre los llamados conceptos jurídicos indeterminados y los poderes discrecionales, cuyos distintos matices han sido perfectamente diferenciados en defensa de una mas acabada garantía judicial por la técnica jurídica moderna según la cual, los segundos se caracterizan por la pluralidad de resoluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la resolución concreta, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados son configurados por la Ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a las circunstancias de hecho; que es precisamente lo que ocurre en el supuesto presente en el que el legislador, al mismo tiempo que establecía en el artículo 23.1 del Decreto citado 231/65 las sanciones que puede imponer la Administración en materia turística, determinaba en el artículo 24 que "en la imposición de las sanciones se atenderá a la naturaleza y circunstancias de la infracción, antecedentes y capacidad económica del infractor los perjuicios originados a los clientes y al prestigio de la profesión o actividad"; por lo que aplicando estos conceptos jurídicos indeterminados a las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, en las dos distintas infracciones calificadas que, como se dijo, han de sancionarse por separado, nos encontramos con que se trata de infracciones realizadas en establecimiento de categoría una estrella, con consiguiente escasa capacidad económica de su titular, que no se han originado perjuicios a los clientes ni al prestigio de la industria hotelera, pero que de una de ellas, había sido sancio-

nado con anterioridad; todo lo cual determina a reducir las sanciones de multa correspondientes a cien mil pesetas por la que es reincidente y cincuenta mil por la otra.

CONSIDERANDO: Que de todo lo anteriormente expuesto, resulta la procedencia de estimar parcialmente el recurso, para reducir las sanciones a las expresadas, sin que, por otra parte, proceda hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por "G. B. C., S.A." contra los acuerdos del Consejo Ejecutivo del General Interinsular de Baleares de 1º de Diciembre de 1981 y 6 de Marzo de 1982, que le impusieron una sanción de 830.000.- pesetas de multa por diversas infracciones en materia turística y le concedieron un plazo máximo de treinta días para legalizar la situación del establecimiento hotelero del que es titular, debemos declarar y declaramos tales actos parcialmente disconformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos también parcialmente, declarando en su lugar que el recurrente debe satisfacer una multa de 100.000.- pesetas por infracción en materia turística, siendo reincidente, de no tener en la puerta principal placa distintiva de categoría y de 50.000.- pesetas por otra infracción de igual clase de no tener a la vista, en habitaciones y recepción los precios autorizados, así como también su obligación de solicitar la legalización de la situación de ampliación por adquisición de dos Hoteles contiguos, en el plazo de treinta días, sin hacer declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

C. INDICE ANALITICO

- Actos administrativos, 16
- Base imponible
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 20
- Bonificaciones
 - Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, 27
 - Tasas
 - Balcones y Miradores, 27
 - Entrada de Carruajes, 27
 - Prevención y Extinción de Incendios, 27
- Concesión administrativa
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 4
- Conceptos jurídicos indeterminados, 30
- Documento privado
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 20
- Estibadores portuarios, 7
- Exenciones tributarias
 - Contribución Territorial Urbana, 14
 - Tasa
 - Monopolio de Petróleos, 19
- Funcionarios
 - Concurso-oposición, 12
 - Condiciones de trabajo, 18
 - Retribuciones, 5, 6, 10
 - Suspensión de empleo y sueldo, 26
 - Toma de posesión, 23
 - Traspasos, 24
 - Trienios, 6
- Hecho imponible
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 4
- Impuestos
 - Contribución Territorial Urbana, 4
 - Transmisiones Patrimoniales, 4, 20
 - Incremento valor de los Terrenos, 17, 27
- Infracción normas laborales, 7
- Intrusismo profesional, 2
- Litispendencia, 8
- Regulación de empleo, 9
- Sanciones administrativas
 - Interpretación restrictiva, 15
 - Principio de legalidad, 13, 30
- Silencio administrativo, 2, 22
- Tasas
 - Balcones y Miradores, 27
 - Entrada de Carruajes, 27
 - Monopolio de Petróleos, 19
 - Prevención y Extinción de Incendios, 27
- Urbanismo
 - Estudio de detalle, 11
 - Información urbanística, 11
 - Licencia de obras, 1, 25
 - Obras efectuadas sin licencia, 32
 - Plan Parcial, 3, 21
 - Plan Provincial de Obras y Servicios, 29
 - Proyecto de urbanización, 28

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Presupuestos para su concesión y necesidad de una concreta postulación. *Sentencia de 13 de enero de 1983**.
2. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Criterios para su fijación. Estudio de las circunstancias concurrentes. *Sentencia de 17 de enero, de 1983**.
3. **Culpa extracontractual.** Obligación solidaria de reparar a cargo de los responsables que excluye la existencia de litis-consorcio pasivo necesario: Doctrina del T.S. Culpa "in vigilando". Necesidad de probar los daños y perjuicios producidos. Presuntos perjudicados por empleo de obreros de la perjudicada en la reparación, con desplazamientos de su trabajo ordinario: Falta de prueba. *Sentencia de 19 de enero de 1983.*
4. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C. *Sentencia de 19 de enero de 1983.*
5. **Separación matrimonial.** Infracción por parte del padre de su obligación de velar por los hijos que ha repercutido en su estado psicológico. Prueba. *Sentencia de 21 de enero de 1983.*
6. **Separación matrimonial.** Alimentos. Lo paccionado privadamente no es vinculante para los Tribunales. *Sentencia de 22 de enero de 1983.*
7. **Separación matrimonial.** Alimentos: Elementos tenidos en cuenta para su fijación. *Sentencia de 22 de enero de 1983.*

(1) La presentación y selección de esta sección han sido realizadas por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, J. Ferrer Marcel, con la colaboración de los Profs. C. Gutiérrez e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal.

8. **Separación matrimonial.** Infidelidad conyugal. No se infiere del hecho de acompañar a una mujer y visitarla en su domicilio. Conducta vejatoria para el otro cónyuge: la implica tal comportamiento. Falta grave y reiterada al deber de ayuda mutua: La constituye el negarse la esposa a tener en el domicilio conyugal a un cuñado subnormal. *Sentencia de 25 de enero de 1983**.
9. **Alimentos.** Determinación de su importe. Criterio de proporcionalidad. El ejercicio de un oficio, profesión o industria debe entenderse como posibilidad concreta y eficaz: contemplación de la actual situación socio-económica. Doctrina del T.S. Aumento del auxilio que se estableció en el proceso de separación matrimonial. *Sentencia de 25 de enero de 1983**.
10. **Divorcio.** Cese en la convivencia: inconcurrencia del tiempo exigido por la Ley. Diligencias para mejor proveer: derecho a la asistencia Letrada que no se puede prohibir, sin perjuicio del artº 340 de la L.E.C. a efectos de intervención. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*
11. **Arrendamientos urbanos.** Calificación del contrato: es de local y no de industria. Concepto de esta última modalidad contractual en la doctrina del T.S. Interpretación del contrato: insuficiencia del método literal. *Sentencia de 28 de enero de 1983.*
12. **Divorcio.** Régimen de visitas a los hijos: intranscendencia de lo estipulado en el convenio privado de separación y de lo propuesto en el pleito por las partes que queda subordinado al bien de los mismos. Pericial psicológica. *Sentencia del 31 de enero de 1983.*
13. **Alimentos.** Hijo no matrimonial: procedencia de los mismos. No acogimiento de la pretensión de sustituir la pensión por el mantenimiento del alimentatario en la propia casa del alimentista. *Sentencia del 31 de enero de 1983.*
14. **Arrendamientos urbanos.** Calificación del contrato: es de industria y no de local. Presunta novación del primitivo contrato. Requisitos de la novación. Falta de "animus Novandi". *Sentencia de 3 de febrero de 1983.*
15. **Medidas provisionales de separación.** Vigencia temporal de las mismas. Demanda absolutoria de la separación que mantiene la vigencia de las mismas. Revocación, en este punto, de la sentencia apelada. *Sentencia del 3 de febrero de 1983.*

16. **Embargo preventivo.** Trabado sobre bien inmueble adquirido en documento privado por varios extranjeros y, después, por españoles que no ostentan la condición de deudor. Mantenimiento del mismo. *Sentencia de 7 de febrero de 1983**.
17. **Embargo preventivo.** Motivo racional para creer en una ocultación de bienes: se refiere de la negación de la propiedad de unos inmuebles y del no comparecer a absolver posiciones. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*
18. **Quita y espera.** Incidente sobre nulidad del auto de admisión a trámite del expediente. Cosa juzgada formal: no tiene esta condición el auto impugnado. Legitimación de los acreedores convocados a la Junta para interponer el recurso de nulidad. Carácter extraordinario del mismo que no se pierde por no haber usado, por imposibilidad, de los recursos ordinarios. Comerciante de hecho: habitualidad. Improcedencia del expediente de quita y espera, reservado a los no comerciantes. *Sentencia de 7 de febrero de 1983**.
19. **Propiedad horizontal:** Resolución del contrato de arrendamiento por desarrollo en el local de actividades incómodas para la comunidad. Sonoridad superior a la permitida por las OO.MM. Innecesidad de demandar al propietario. Estimación de la demanda. *Sentencia de 7 de febrero de 1983**.
20. **Arrendamientos urbanos:** Cesión, subarriendo o traspado. Letrero luminoso de un tercero anclado en una terraza que constituye parte del objeto arrendado. Supone introducción de este tercero en el mismo. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de febrero de 1983**.
21. **Separación matrimonial:** Ayuda económica: aumento de los ingresos del obligado a prestarla: correlativo aumento de la ayuda hasta alcanzar la mitad de aquellos. Régimen de visitas: audiencia de los menores en ejecución de sentencia. *Sentencia de 11 de febrero de 1983.*
22. **Arrendamientos urbanos:** Resolución por Cierre. Análisis de la prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 11 de febrero de 1983.*
23. **Arrendamiento de industria:** Desahucio por expiración del plazo contractual: Prórroga del mismo no probada. Estimación de la demanda. *Sentencia de 14 de febrero de 1983.*
24. **Contratos:** Calificación. Escrito de réplica: alteración en él de lo ale-

gado en la demanda. *Sentencia de 14 de febrero de 1983.*

25. **Arrendamientos urbanos:** Resolución por cierre: oposición basada en que lo arrendado es una almacén. Prueba de la que resulta el destino del local a ventas al por mayor, al detall y a depósito de mercancías. Posterior cese de la venta al por menor. Doctrina del T.S. Hay cierre. *Sentencia de 16 de febrero de 1983*.*
26. **Juicio ejecutivo** fundado en una valoración de daños causados por incendio: carácter unilateral de la misma lo que la convierte en título inhábil para despachar ejecución. Estudio de los arts. 406 y 410 del C. de Comercio. *Sentencia de 17 de febrero de 1983*.*
27. **Juicio ejecutivo:** póliza de préstamo. *Sentencia de 17 de febrero de 1983.*
28. **Prenda.** Restitución: es requisito necesario el cumplimiento de la obligación que garantiza.- "Exceptio non adimpleti contractus" fundada en la no entrega, pactada, de los documentos acreditativos de la deuda en que se subrogó la demandada: accesoriedad del pacto y consiguiente desestimación de la "exceptio". Solidaridad: La hay cuando tal es la voluntad de los contratantes, aval personal, en este caso.- Doctrina del T.S. *Sentencia de 18 de febrero de 1983*.*
29. **Juicio ejecutivo cambiario:** Declaraciones cambiarias características. Acepto: alegación de que fue puesto por el demandado en su condición de administrador: desestimación de la excepción. Provisión de fondos: sus clases: letra que renueva a otra anterior: existe provisión. *Sentencia de 21 de febrero de 1983*.*
30. **Arrendamientos urbanos:** traspaso: lo constituye la aportación del local a una sociedad civil. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*
31. **Arrendamientos urbanos:** Local de negocio, Cierre. Interpretación del contrato en el que se pacta el destino del local a actividades de "lícito comercio" lo que significa su afección a local y no a almacén. Supuesto consentimiento tácito al cambio. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*
32. **Arrendamientos urbanos.-** Acción de nulidad de una donación. Legitimación del inquilino. Inadecuación del procedimiento incidental de la L.A.U. Transcendencia de la notificación de la donación cuya falta no la vicia de nulidad. *Sentencia de 21 de febrero de 1983*.*

33. **Corretaje.** Personas obligadas al pago de la comisión: Doctrina del T.S. Inexistencia de contrato. Análisis de la prueba y desestimación de la demanda. *Sentencia de 21 de febrero de 1983**.
34. **Arrendamiento de servicios.** Vigilante. Duración del contrato. Desistimiento unilateral y actos propios que lo contradicen. *Sentencia de 23 de febrero de 1983.*
35. **Arrendamiento de industria:** Desahucio por falta de pago: Contrato en el que se pacta una determinada renta como "mínimo asegurado", aumentable a tenor del coste de la vida. Cláusula que somete la prórroga del contrato a la obtención de determinados beneficios en los que participa el propietario. Resolución al amparo de que tal techo no se ha alcanzado. Tácita reconducción que enerva la facultad resolutoria. *Sentencia de 25 de febrero de 1983.*
36. **Personación en juicio:** poder otorgado después del término del emplazamiento: infracción del artº 840 de la L.E.C. y firmeza de la sentencia apelada. *Sentencia de 25 de febrero de 1983.*
37. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos, amparada en la inedificabilidad del terreno vendido. Existe provisión (provisión = venta). *Sentencia de 28 de febrero de 1983**.
38. **Tercería de dominio.** Requisitos: necesidad de que el dominio del tercerista esté vigente en el momento de la traba. Anterior adjudicación en subasta de los bienes embargados. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*
39. **Divorcio:** Alimentos y pensión compensatoria. Actualización. Análisis de la prueba. *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*
40. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Es motivo de nulidad y no de excepción. Costas. Criterio subjetivo. Revocación de la Sentencia de instancia en cuanto las impone. *Sentencia de 1 de marzo de 1983**.
41. **Alimentos.** Extranjería. Convenido de 20 de junio de 1956. Litis pendencia: exige los mismos requisitos que la cosa juzgada. *Sentencia de 2 de marzo de 1983**.
42. **Quiebra:** Graduación de créditos. Sentencias que no habían ganado firmeza al declararse la quiebra: no conceden privilegio alguno. In-

transcendencia, a tales efectos, de la fecha fijada de retroacción. Retroacción: alcance: No afecta a las sentencias. Documentos: aportación y antecedentes legislativos del artº 504. *Sentencia de 3 de marzo de 1983**.

43. **Juicio ejecutivo cambiario:** Excepción de falta de provisión de fondos: es oponible cuando el tercero ejecutante intervino en el contrato subyacente. Doctrina del T.S. Existencia de provisión. *Sentencia de 3 de marzo de 1983.*
44. **Juicio ejecutivo cambiario:** Falta de provisión de fondos: carga de la prueba de la misma. Doctrina del T.S. y de la Sala. Costas: no se imponen en aplicación del nº 3 del artº 1.474 de la L.E.C. *Sentencia de 4 de marzo de 1983*.*
45. **Venta en exclusiva:** Naturaleza y caracteres de estos contratos. Doctrina del T.S. Temporalidad de los mismos de la que deriva la susceptibilidad de ser unilateralmente resolubles. *Sentencia de 7 de marzo de 1983.*
46. **Separación matrimonial:** vulneración del deber de respeto: La implica las reiteradas y públicas salidas nocturnas con mujer no propia. *Sentencia de 7 de marzo de 1983.*
47. **Juicio ejecutivo cambiario:** falta de provisión de fondos fundada en la resolución del contrato subyacente. Supuestos en que la excepción es oponible al tercero tomador ejecutante: a) Conocimiento de la improvisión anterior al ejercicio de la acción y b) actuación de mala fe. Falta de prueba que impide el éxito de la excepción. La entrega de un talón en pago de las cambiales que resultó sin fondos y la acción penal por esta causa, no enerva la ejecutiva. Protesto: su alcance. No reproducción en el acta del reverso de la letra: implica su nulidad y la del juicio. *Sentencia de 10 de marzo de 1983.*
48. **Juicio ejecutivo cambiario:** Falta de provisión de fondos. Carga de la prueba de la misma. *Sentencia de 10 de marzo de 1983.*
49. **Ejecutivo de tráfico:** Culpa exclusiva de la víctima: carácter absoluto de la exclusividad: carga de la prueba. *Sentencia de 11 de marzo de 1983.*
50. **Derecho balear:** estudio de la presunción establecida en el nº 3 del artº 3 y su destrucción por la prueba. Prueba de la posición econó-

mica de los cónyuges antes del matrimonio de la que quepa inferirse la procedencia de los recursos necesarios para la adquisición de los bienes presuntamente comunes. Depósitos bancarios titulados indistintamente: No significa la atribución de los mismos por mitad. Análisis de la prueba y destrucción de la presunción de comunidad. *Sentencia de 14 de marzo de 1983**.

51. **Juicio ejecutivo** basado en escritura pública de cesión de crédito hipotecario. Improcedente despacho de la ejecución por su total importe al estar vencido sólo en parte. Nulidad parcial del juicio al amparo de la causa 2ª 1.474. *Sentencia de 14 de marzo de 1983*.
52. **Alimentos provisionales:** Peculiaridades procedimentales respecto del juicio sobre alimentos definitivos. Absoluta equiparación, a partir de la Constitución y consiguiente adaptación del C.C., a efectos de los mismos, entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Título: posesión de estado: concepto jurisprudencial y justificación de la misma: análisis de las pruebas que la acreditan. *Sentencia de 16 de marzo de 1983**.
53. **Daños y perjuicios:** daños a vehículos. Valor venal superior al de la reparación: es procedente indemnizar por el importe del primero en aquellos supuestos en que el seguro cubra la pérdida total, por el contrario, de la sentencia se deduce que de no mediar tal cobertura no procede indemnización alguna si el importe de los daños supera el valor en venta. *Sentencia de 16 de marzo de 1983**.
54. **Juicio ejecutivo cambiario.** Renovación de letras: el impago de las nuevas hace recobrar plena eficacia a las primitivas. Timbre: fraccionamiento del pago que produce una disminución del impuesto: queda subsanada la deficiencia mediante adición de pólizas complementarias. *Sentencia de 6 de marzo de 1983**.
55. **Reclamación de cantidad:** Temeridad: inexistencia. *Sentencia de 17 de marzo de 1983*.
56. **Servidumbre de paso:** Acción confesoria ejercitada por el titular de dos fincas contiguas: concesión de la servidumbre a favor de las dos pero por una sola vía. Determinación del lugar o punto menos perjudicial: elementos tenidos en cuenta. Acto de conciliación: no es necesario al ser el pleito consecuencia de otro anterior no fallado en cuanto al fondo por incompetencia de jurisdicción. Finalidad del acto de conciliación. *Sentencia de 21 de marzo de 1983*.

57. **Culpa extracontractual:** las obligaciones que dimanar del artº 1.902 del C.C. son solidarias. Consiguiente desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Requisitos para que surja la responsabilidad. Responsabilidad ex artº 1.903: es directa: doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de marzo de 1983**.
58. **Culpa extracontractual:** accidente de circulación del que resultó el fallecimiento de un tío de los accionantes: indemnización por daños morales y criterios para la determinación de su importe. Pleito anterior en el que se postulaba una indemnización por muerte, en el mismo siniestro, del padre de los actores: su influencia en el pleito actual y doctrina del T.S. Prescripción: no la hay y doctrina del T.S. Actuación conjunta, en el mismo ordinario, del auto ejecutivo y de la acción dimanante del artº 1.902 del C.C. *Sentencia de 22 de marzo de 1983.*
59. **Donación remuneratoria:** Régimen jurídico. *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*
60. **Recurso de apelación** impropio al pretenderse una rectificación terminológica del fallo: improcedencia del mismo al ser pertinente el recurso de aclaración. *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*
61. **Juicio ejecutivo cambiario:** El plazo para anunciar la oposición es improrrogable. Sumisión tácita: la supone dicho anuncio. Renovación de cargos sociales: innecesidad de otorgar nuevos poderes para pleitos. *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*
62. **Prescripción extintiva:** no es apreciable de oficio por lo que se debe oponer oportunamente. Acción personal ordinaria y no la trienal del nº 4 del artº 1.967 del C.C. *Sentencia de 25 de marzo de 1983.*
63. **Arrendamiento de industria:** notas que lo caracterizan según la doctrina de la Sala. Incorporación de nuevos elementos: no empece a aquella calificación. Interpretación de los contratos: prevalencia de los hechos constitutivos sobre el tenor literal.
64. **Fianza:** la obligación de los cofiadores es mancomunada, salvo que se pacte lo contrario. *Sentencia de 28 de marzo de 1983.*
65. **Marcas.** Contratos de licencia de uso: contenido de los derechos que transmite: Uso exclusivo. La transmisión de los productos incorporados a una marca supone la transferencia del derecho a usar de

ella y de anunciarla. *Sentencia de 28 de marzo de 1983.*

66. **Juicio de desahucio:** Incomparecencia del demandado y sus consecuencias: conformidad con los hechos de la demanda y consecuente sentencia de acuerdo con ellos. *Sentencia de 30 de marzo de 1983.*
67. **Indemnización de daños y perjuicios:** Se puede accionar tanto a partir del contrato como de las relaciones extracontractuales siempre que: 1º) el hecho causante sea incumplimiento obligacional e infracción del principio "nemo laedere", 2º) La doble infracción provenga del mismo autor y, 3º) el doblemente perjudicado sea el mismo sujeto pasivo. Derecho de éste a elegir la vía procesal que vincula, ex congruencia, al Tribunal. Contrato de fletamiento: obligaciones y responsabilidades del capitán del buque. Conocimiento de embarque: valor de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Defectos en el trincaje de las mercancías. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de abril de 1983*.*
68. **Legitimación activa:** venta por representante: la tiene la entidad vendedora representada. Deudores solidarios: asunción de la deuda por uno de ellos: no vincula a los acreedores que no la han consentido. Inexistencia de consentimiento. *Sentencia de 15 de abril de 1983.*
69. **Arrendamiento de obra:** Precio ajustado alzadamente: principio general que consagra su invariabilidad y supuestos en que el mismo quiebra. Cambio de constructor y forma de determinar lo levantado por el primero. Pacto contractual asociativo del contratista con los dueños de la obra mediante aportaciones a deducir del importe de las certificaciones que al no ser atendidas han impedido aquellas: eficacia del pacto y compensación de lo no aportado con lo adeudado. *Sentencia de 15 de abril de 1983.*
70. **Contrato de seguro.** Ley 50/1980, de 8 de octubre. Buena fe. Declaraciones inexactas del tomador que ocultan una dolencia previa de la que siguió su muerte. Alegación de que la firma que aparece en el correspondiente cuestionario no pertenece a aquel: queda desvirtuada por la apreciación del Tribunal al comprobar la similitud de rasgos con otras auténticas. *Sentencia de 19 de abril de 1983*.*
71. **Cosa juzgada penal:** toda sentencia penal produce efecto preclusivo y consuntivo respecto de cuantas acciones pudieran fluir de los hechos integrantes del tipo. Excepciones: a) reserva de la acción civil, b) remisión a la fase de ejecución, c) aparición de nuevas lesiones

- o agravación de las ya conocidas, con posterioridad a la sentencia penal. *Sentencia de 19 de abril de 1983.*
72. **Seguro de incendio:** tomador de la póliza que se intitula propietario siendo simple arrendatario: su intranscendencia a efectos indemnizatorios a la propiedad. *Sentencia de 21 de abril de 1983.*
73. **Contratos:** Consumación: análisis de la prueba: existencia de contrato de obra. *Sentencia de 23 de abril de 1983.*
74. **Juicio ejecutivo cambiario:** inasistencia a la vista del letrado apelante: confirmación de la sentencia recurrida. *Sentencia de 23 de abril de 1983*.*
75. **Contratos.** Cumplimiento según las exigencias de la buena fe y con el alcance que la misma impone. *Sentencia de 23 de abril de 1983.*
76. **Legitimación activa:** venta por representante: la tiene la entidad vendedora representada. Deudores solidarios: asunción de deuda por uno de ellos: para que vincule al acreedor es necesario su consentimiento que no resulta del simple sellado del documento mediante aquella asunción se comunica. *Sentencia de 26 de abril de 1983.*
77. **Asunción de deuda:** efectos: liberación del primitivo deudor. Litis consorcio pasivo necesario: Inexistencia. *Sentencia de 26 de abril de 1983.*
78. **Juicio ejecutivo:** Póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles: liquidez de la cantidad reclamada que resulta de la certificación de saldo intervenida por Corredor de Comercio Colegiado. Pluspetición. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*
79. **Prueba:** Hechos sobre la que ha de versar: no están en este caso los que no hayan sido negados llanamente. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*
80. **Responsabilidad por construcción defectuosa:** Solidaridad de la misma y presunción de culpa. Fundamentos de la responsabilidad de los que intervienen en el hecho constructivo. Posible responsabilidad de la propiedad por no emprender obras de reparación: inexistencia dada la génesis oculta de los defectos. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*
81. **Responsabilidad por construcción defectuosa:** Falta de litis consor-

cio pasivo necesario por no haberse demandado al Arquitecto al que se le imputa la dirección de las obras: desestimación de la excepción: Vicio del suelo: responsabilidad del Arquitecto. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*

82. **Culpa extracontractual:** responsabilidad ex artº 1.903 del C.C.: es directa lo que hace innecesario demandar al causante de daño. *Sentencia de 28 de abril de 1983.*
83. **Culpa extracontractual:** Carga de la prueba: inversión de la misma: doctrina del T.S. Responsabilidad del inquilino de una vivienda cuando los daños no se producen por defectos estructurales o de construcción. *Sentencia de 29 de abril de 1983.*
84. **Resolución de contrato por incumplimiento:** Imposibilidad sobrevenida y desaparición de la base del negocio, en este caso, construcción de una clínica sobre el solar objeto de la venta resuelta. Necesidad de que tal imposibilidad sea anterior al contrato y no imputable al deudor (de ser anterior, determinaría la inexistencia). Desestimación de esta defensa. *Sentencia de 29 de abril de 1983*.*
85. **Rendición de cuentas:** administrador de sociedad anónima. Derecho a información y sometimiento de la rendición a censura de cuentas. *Sentencia de 29 de abril de 1983.*
86. **Arrendamiento:** Objeto constituido por un conjunto de bienes singulares: implica complejidad arrendaticia sometida al derecho común. Indemnización por expiración del plazo solicitado por el arrendatario: no ha lugar. *Sentencia de 30 de abril de 1983.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1. **DIVORCIO.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Presupuestos para su concesión y necesidad de la concreta postulación. *Sentencia de 13 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada es impugnada por no haberse señalado a favor de la recurrente la pensión que estatuye el artículo 97 del Código Civil, pensión que debe ascender, según la parte apelante, a 18.000 pesetas mensuales, que es la que últimamente fijó a su favor el Juzgado de Primera Instancia de Inca, como alimentos definitivos, en base a la sentencia de separación conyugal definitiva perpetua dictada por el Tribunal Eclesiástico Diocesano de Tarragona el 26 de Enero de 1957, prestación económica que, según dicha parte, fué confirmada por esta Sala y está pendiente de recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo, resoluciones judiciales civiles que no han sido acreditadas, ya que no sólo no se adjuntó testimonio alguno de ellas sino que ni siquiera se propuso prueba para demostrar su certeza.

CONSIDERANDO: Que el derecho a percibir una pensión del otro conyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil —único precepto invocado por la recurrente en el acto de la vista como fundamento de su pretensión revocatoria—, es la exteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio—, ni por la suspensión judicial de la convivencia —separación—; tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia, para evitar su identificación con la tradicional del ordinal primero del artículo 143 en relación con el 142, ambos del citado Código, ni con cualquiera otra denominación específica en dicho artículo 97, ni en el apartado E) del artículo 90 del repetido Cuerpo legal, exige, para su efectividad, que se den, además de dos presupuestos fácticos expresados en dicho precepto y señalados por esta Sala en sentencia de 16 de Julio y 26 de Octubre de 1982 —a) que la separación o divorcio produzca a un cónyuge un desequilibrio económico en relación con la posición del otro y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio—, una petición en ese sentido formulada en el momento procesal oportuno, por así exigirlo el principio de congruencia —artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, pues la sentencia de divorcio o separación matrimonial no conlleva necesariamente la declaración de satisfacer la pensión que señala el repetido artículo 97, ya que se trata de un “derecho” que puede corresponder tanto a un cónyuge como al otro y que por razones y causas de las mas diversas indoles, puede no interesarle su declaración o reconocimiento.

CONSIDERANDO: Que consecuentemente con lo anteriormente expuesto y toda vez que la ahora apelante, en su escrito de contestación a la demanda, unicamente postuló, en cuanto a la cuestión de fondo que se dictase “sentencia desestimando totalmente la demanda, acordando no haber lugar al divorcio del referido matrimonio”, y en los funda-

mentos de derecho de dicho escrito se limitó a declarar la inaplicabilidad de todos los preceptos invocados por la contraparte, es por lo que procede desestimar la apelación formulada y confirmar el fallo recurrido por estar éste totalmente ajustado a derecho.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS Los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por J. G. A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha treinta de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez accidental del Juzgado de primera instancia de Inca en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

2

2. DIVORCIO. Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Criterios para su fijación. Estudio de las circunstancias concurrentes. *Sentencia de 17 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia apelada, que decreta la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los hoy litigantes y determina la entrega por el esposo a su esposa, dentro de los cinco días primeros de cada mes, de la suma de 20.000 pesetas, es impugnada por la esposa, unicamente en cuanto el importe de dicha pensión mensual que debe ser, según la recurrente, por los menos de 50.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que, a efectos de esta alzada, procede previamente indicar que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge que estatuye el artículo 97 del Código Civil, esteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio—, ni por la suspensión judicial de la convivencia —separación—, tiene como presupuestos fácticos, mencionados en el propio precepto 97 y señalados por esta Sala en Sentencias de 26 de Octubre y 22 de Diciembre de 1982, los siguientes: 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; requisitos éstos admitidos por la parte actora, ahora apelada, ya que en su escrito de demanda insta expresamente que se ratifique la pensión señalada a favor de su esposa, en 1976, en el expediente sobre medidas provisionales de separación matrimonial y ahora, en este recurso, al postular la confirmación del fallo recaído en el que se fija, como ya se indicó, la pensión de 20.000 pesetas mensuales; lo que determina que esta apelación quede circunscrita a la fijación del "quantum" de dicha prestación periódica.

CONSIDERANDO: Que la fijación de tal pensión se ha de realizar en resolución judicial, teniendo en cuenta las circunstancias que menciona el mismo precepto 97; siendo significativo que la última circunstancia que especifica, la octava, sea la del "caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", lo que revela que estos últimos elementos constituyen mas bien la base real o material de la efectividad y limite cuantitativo de la pensión, que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias precedentes, pues en el caso de ser las expresadas en el ordinal octavo las fundamentales para la fijación de la cuantía de dicha pensión, logicamente se hubieran mencionado en primer lugar y no en último. También hay que resaltar, por interesar igualmente a la presente litis, que la primera circunstancia que especifica el repetido artículo 97 para la fijación de dicha pensión es la relativa a "los acuerdos que hubieren llegado los cónyuges".

CONSIDERANDO: Que consta probado que los cónyuges aquí litigantes, cuando se separaron en el año 1974, conviniere que el esposo remitiría 25.000 pesetas mensuales a su cónyuge (posición 4ª del actor), lo que se cumplió desde Septiembre de 1974 hasta Junio de 1975 (folio 190), y esta cantidad de 25.000 pesetas mensuales y no la de 12.000 que se fijó por auto dictado en el expediente de medidas provisionales de separación matrimoniales nº 1553/75 del Juzgado de primera instancia nº Uno de Palma (folios 72 y 73), es la que este órgano jurisdiccional de segundo grado, toma como base para la fijación del debatido importe de la referida pensión, de conformidad con lo expuesto en el anterior fundamento, así como también se tiene presente, a tal fin, y a tenor de lo prescrito en el tantas veces mencionado artículo 97, las siguientes circunstancias concurrentes: a) que el marido tiene 36 años de edad, ella 34 (folio 69); b) que el esposo es artista pintor, de gran renombre y sus cuadros alcanzan altas cotizaciones, tanto en España como en el extranjero, la esposa, es profesora de dibujo si bien carece de título oficial; c) los hoy litigantes celebraron su matrimonio canónico el 14 de Septiembre de 1970 (folio 69), conviviendo hasta finales del año 1974 y desde entonces viven separados; d) la familia de la esposa y esta misma, contribuyeron, en su principio, al igual que la propia familia del actor-apelado, a subvenir a los gastos ordinarios que los cónyuges precisaban; e) el matrimonio no tiene hijos; f) los ingresos que obtiene el esposo por su actividad profesional son muy elevados, mientras que los de la esposa, escasos y esporádicos, y g) cuando se separaron los hoy litigantes, en 1974, quedaron en poder de la esposa, cinco cuadros pintados por su marido, de los cuales ha vendido uno. Por todo, estimando en parte el recurso de apelación, se fija en 44.000 pesetas mensuales la pensión que el esposo debe abonar a su esposa, lo que conlleva la revocación parcial del fallo impugnado.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por M. L. S. N., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiocho de Enero de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. señor Magistrado Juez del Juzgado de primera instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto ahora se fija en CUARENTA Y CUATRO MIL pesetas la suma que el esposo entregará a su esposa, en vez de 20.000 pesetas señaladas en el fallo recurrido, confirmando todos los demás particulares de dicho fallo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

8

8. SEPARACION MATRIMONIAL. Infidelidad conyugal: No se infiere del hecho de acompañar a una mujer y visitarla en su domicilio. Conducta Vejatoria para el otro cónyuge: la implica tal comportamiento. Falta grave y reiterada al deber de ayuda mutua: la constituye el negarse la esposa a tener en el domicilio conyugal a un cuñado subnormal. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que decreta la separación matrimonial por existir concurrencia de voluntades de separarse, y determina las medidas reguladoras de tal separación, es apelada por ambos cónyuges, no por haberse acordado la separación matrimonial, instada por ambos esposos, si bien por causas diferentes, sino por no existir petición concorde de los cónyuges ni conformidad de los consortes a la petición del otro.

CONSIDERANDO: Que dos son los supuestos que señala el artículo 81 del Código Civil para que pueda decretarse judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a saber: a) por postulación concordada de los esposos —“a petición de ambos cónyuges o de uno de ellos con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio” (ordinal primero)— y b) “a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación” (ordinal segundo); en este último caso no se exige la duración mínima matrimonial de un año, pero sí la existencia de alguna de las causas que menciona el artículo 82 del mismo Código. Los cónyuges aquí contendientes, fundan sus respectivas pretensiones de separación matrimonial en el último supuesto mencionado, la sentencia la decreta en base al número primero del supradicho artículo 81, lo que impugnan ambos contendientes. Impugnación que ha de prosperar pues el hecho de que en esta litis concurren dos peticiones de separación matrimonial, la de la esposa, instada en el escrito de demanda y la del esposo, formulada por vía reconvenicional, cada una de ellas por distintas causas, no tiene efecto cualificador ni modificador de las acciones ejercitadas ni de su régimen jurídico que exima al juzgador de examinar la existencia y procedencia de las causas de separación invocadas por cada uno de los cónyuges, al no existir conformidad de las partes en la procedencia de las pretensiones formuladas de adverso, pues solo la concordancia de postulación, que no se dá en el presente caso, dispensa el acreditar causa legal y hace viable la propuesta de convenio regulador de la separación, que necesariamente debe acompañarse con la demanda, según prescribe el ordinal primero del artículo 81 mencionado, propuesta de convenio que lógicamente no se pudo adjuntar al escrito instaurador de este proceso.

CONSIDERANDO: Que la actora funda su pretensión de separación matrimonial —enlace celebrado el 11 de Marzo de 1971 (folio 6)— en la infidelidad de su esposo y en la conducta injuriosa y vejatoria de éste respecto a ella (n° 1 del artículo 82 del Código Civil). Del hecho acreditado por la prueba practicada, de que el demandado durante los meses de Septiembre y Octubre de 1981 acompañara asiduamente a una mujer divorciada, frecuentara el domicilio particular de ella, sin causa profesional ni familiar que lo justificara, y se les viera cogidos del brazo por distintos lugares públicos, no puede en puridad, deducirse infidelidad conyugal a efectos de esta litis, pero sí calificarse de conducta vejatoria respecto a su esposa, causa de separación matrimonial mencionada en el apartado primero del referido artículo 82.

CONSIDERANDO: Que igualmente se ha de estimar la petición de separación matrimonial formulada por el esposo reconviniente por violación grave y reiterada por parte de su esposa de sus deberes conyugales de ayuda y actuación en interés de la familia (nº 1 del artículo 82 del Código Civil). Como antecedentes fácticos de esta conclusión y base de la misma, conviene señalar, al ser hechos reconocidos o probados, que el marido tiene dos hermanos subnormales, uno de ellos profundo que es atendido por unos parientes lejanos en una pequeña localidad de la provincia de Salamanca, el otro, llamado F. C. P., de 36 años de edad, con un coeficiente intelectual aproximado de 40-50, vive desde poco antes de la muerte del padre de ellos —Septiembre de 1980— con su hermano mayor, el hoy reconviniente, que es su tutor testamentario, y que había asumido moral y legalmente, juntamente con su otro hermano, de profesión médico, la custodia y guarda de dicho incapaz frente a su padre, el cual entregó al aquí reconviniente en distintas ocasiones, importantes sumas de dinero —varios millones de pesetas— con el único objeto de que atendieran a sus hermanos incapacitados “cuando tengan necesidad”, y la esposa, ahora reconvenida, que era sabedora antes de contraer matrimonio que su futuro marido tenía dos hermanos subnormales y que conocía la obligación que asumió su marido de atender y cuidar de sus hermanos incapacitados y a la que dió su plena conformidad y consentimiento, firmando en los años 1973, 1975 y 1980 los correspondientes documentos en los que se hacía constar en primer lugar la entrega del efectivo aludido o se reconocía su recibo, si bien, en su escrito de contestación a la reconvencción, tachó de falsas las firmas que aparecen con su nombre en los referidos documentos y cuyas autenticidades fueron afirmadas en el amplio y completo peritaje caligráfico practicado en este pleito (folios 276/278), niega reiteradamente la necesaria y lógica ayuda y cooperación que su marido necesita para que pueda cumplir sus obligaciones morales y legales con su hermano subnormal, que también son propias de la reconvenida, no queriendo que el citado incapaz viva en el hogar conyugal e incluso le expulsó de casa, alegando que dicho subnormal realiza actos insoportables, sin mencionarlos ni aludirlos, y que su presencia en el hogar es dañosa para sus dos hijos, cuanto consta probado que el repetido incapaz, durante los seis meses al año que está con el hoy reconviniente —los otros seis meses permanece con el otro hermano que es médico—, asiste desde las 9 de la mañana hasta las 5 de la tarde a un taller ocupacional buscado por la propia reconvenida (posición 16ª), observa buena conducta y carece de todo tipo de agresividad (folio 90). La expresada conducta de la esposa, tan insolidaria como obstativa al cumplimiento de las legales y morales obligaciones recayentes sobre su marido y asumidas expresamente por ella misma, respecto a un hermano de aquel, necesitado por su subnormalidad de una especial ayuda en el ámbito familiar, constituye una violación grave y reiterada de sus deberes conyugales, incluida en el número primero del artículo 82 del Código Civil como causa de separación matrimonial.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede estimar ambos recursos formulados y revocar la sentencia apelada en cuanto decreta la separación matrimonial “por existir concordancia de voluntades acerca de la procedencia de la separación matrimonial”, y acordarla por las causas concretas antes mencionadas; manteniendo, por no haber sido objeto de impugnación, todas las medidas reguladoras de dicha separación matrimonial establecidas en la parte dispositiva de la resolución apelada.

CONSIDERANDO: Que al prosperar ambas apelaciones no es dable hacer especial imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por doña M. C. A. F. y el interpuesto por don C. C. P., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintisiete de abril 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, unicamente en el particular que dice: “y, sin necesidad de entrar en el examen de las causas de separación alegadas por uno y otro consorte, por existir concordancia de voluntades acerca de la procedencia de la separación matrimonial”, particular que se sustituye por el siguiente: “por conducta vejatoria del esposo y por violación grave y reiterada de los deberes conyugales de la esposa”, confirman-

do el resto del fallo recurrido; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

9

9. ALIMENTOS. Determinación de su importe: Criterio de proporcionalidad. El ejercicio de un oficio, profesión o industria debe entenderse como posibilidad concreta y eficaz: contemplación de la actual situación socio-económica. Doctrina del T.S. Aumento del auxilio que se estableció en el proceso de separación matrimonial. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de decisión se centra exclusivamente en la determinación del importe de la deuda alimenticia que debe soportar el esposo apelante respecto de su esposa de la que está jurídicamente separado, y de un hijo de ambos mayor de edad, en atención a las particulares circunstancias en que éstos se hallan, imposibilitados o, cuando menos, seriamente dificultados para subvenir a sus propias necesidades, contrayéndose la impugnación del marido a la insuficiencia de sus percepciones laborales para prestar el auxilio dispuesto por la sentencia recurrida —ascendiente a 40.000 pesetas en favor de su esposa y 20.000 pesetas para su hijo—, así como a las posibilidades de éstos para, en cierta medida, atender a su propio cuidado, solicitándose una ponderada reducción en el montante señalada por el juzgador de instancia. Debe examinarse, en primer término, la cuantía de los ingresos que el esposo percibe, por razón de su trabajo o por cualquier otra causa, como medio de establecer una de las dos bases a que debe atenderse, según indica el artículo 146 del Código Civil, a la hora de fijar la suma en que debe traducirse la prestación alimenticia, condicionada siempre por un criterio de proporcionalidad en que tanto se tenga en cuenta la posibilidad económica de quien los debe dar como la necesidad de quien los recibe; y, a tal efecto, ha de estarse a los elementos probatorios obrantes en autos, desprendiéndose de ellos, y singularmente de la certificación expedida por la entidad en que aquél trabaja, que sus ingresos líquidos superan con mucho el millón y medio de pesetas, lo que significa que, en números redondos, obtiene mensualmente cerca de las 150.000 pesetas, incluidas las remuneraciones extraordinarias, a lo que debe añadirse el montante de pequeñas inversiones mobiliarias y otros ingresos, cuyo concepto no aparece especificado en la certificación expedida por la entidad bancaria en que aquél deposita sus ingresos, pero que en modo alguno pueden olvidarse si es que lo pretendido es precisar lo más exactamente posible uno de los soportes en que ha de basarse el aludido criterio de proporcionalidad. De otra parte, en relación con la situación en que se encuentran la esposa e hijo alimentistas, ha quedado suficientemente demostrado que ninguno de ellos es capaz actualmente de desempeñar trabajo alguno que les permita subsistir con las cantidades hasta ahora rémitidas por el alimentante (quince mil pesetas), pues tanto una como otra padecen de deficiencias físicas decididamente imposibilitadoras que tan sólo pueden ser compensadas mediante un incremento de esa cantidad: la cardiopatía mitral con predominio de la estenosis, que impide a la esposa el desempeño completo de cualquier actividad

laboral, y buena prueba de ello es la cesación en la explotación de una tienda de comestibles que hasta 1977 dirigía, lo que le permitía subvenir parcialmente a su cuidado y al de su hijo, así como la minusvalía de éste, de carácter permanente, que le imposibilita realizar cualquier trabajo físico o aquellos otros para los que se exija tener buena visión, imponen modificar el importe del auxilio económico soportado hasta ahora por el esposo, aumentándolo sustancialmente.

CONSIDERANDO: Que, frente a esta conclusión, no puede tener eficacia el hecho de que el hijo del matrimonio pudiera dedicarse a alguna actividad laboral, siempre dentro de los límites que su estado físico impone, pues el ejercicio de oficio, profesión o industria a que se refiere el número tercero del artículo 152 del Código Civil no debe entenderse "como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias" (sentencia de 10 de julio de 1979, que reproduce la doctrina expuesta en las de 31 de diciembre de 1942 y 9 de diciembre de 1972), y son patentes las dificultades actualmente existentes para hallar una colocación debidamente remunerada; ni puede tener tampoco incidencia la circunstancia de que la esposa vendiese o traspasase la tienda de comestibles, pues, tal y como ha quedado acreditado en autos, sirvió el importe obtenido para comprar una vivienda cuya titularidad corresponde al hijo del matrimonio, significando ello una reducción en los gastos ordinarios que en otro caso se hubiesen visto incrementados, reflejándose probablemente en la cuantía de lo que se reclama, pero sin que ello pueda justificar en modo alguna una aminoración en la suma de la deuda alimenticia, ya que ésta se contrae tan sólo a los conceptos de alimentación, vestido, medicamentos y gastos de mantenimiento de la vivienda, por lo que, dados tales condicionantes es a partir de éstos que han de ser depuradas las necesidades de los reclamantes. Supuestas, pues, las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades de los alimentistas, aparece evidente que el objeto de la necesidad de éstos puede detraerse de las posibilidades económicas de aquél sin que queden seriamente afectados sus recursos, en tanto que el esposo puede atender de modo adecuado sus particulares necesidades sin excesiva mengua de sus ingresos y posibilidades de actuación en la vida, dándose cumplimiento así a las exigencias impuestas por los artículos 142, 146 y siguientes del Código Civil así como a sus principios, inspiradores.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no debe hacerse especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador R. en nombre y representación de don F. G. C., contra la sentencia de ocho de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en el juicio de alimentos provisionales de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Clement Duran).

16. EMBARGO PREVENTIVO. Trabado sobre bien inmueble adquirido en documento privado por varios extranjeros y, después, por es-

pañoles que no ostentan la condición de deudor. Mantenimiento del mismo. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el problema a dirimir se centra en la oposición a un embargo preventivo decretado sobre un bien inmueble, fundamentándose la impugnación en que uno de los demandados en el juicio declarativo de que dimana el incidente que se examina (el único que ostenta nacionalidad española), que aparece como comprador del inmueble en su escritura pública de venta, no es deudor al propio tiempo de la entidad actora, promotora del embargo, sino que sus deudores —tal y como consta en la documentación incorporada de la deuda— son otros demandados (éstos extranjeros), por lo que se estima que mal puede embargarse un bien perteneciente a persona distinta de los deudores. Para centrar exactamente lo que debe ser resuelto, se hace preciso aceptar como dados los siguientes hechos: 1º) el día 22 de febrero de 1980 se suscribió contrato privado, entre Inmobiliaria R. S.A. y R. K., H. W., A. K. y P. E., por virtud del cual aquélla vendía a éstos el inmueble de referencia; 2º) en sucesivas fechas —7 de octubre de 1980, 5 y 8 de enero y 3 de julio de 1981— fueron suscritos diversos contratos entre F. (la entidad actora) y A. K., P. E. y R. K., por los que se adquiría maquinaria diversa así como se convenía la realización de obras relacionadas con su instalación y puesta en funcionamiento; 3º) el día 3 de julio de 1981 (por tanto, la misma fecha que la del último contrato) se inscribió en el Registro Mercantil la escritura de constitución de la sociedad anónima No name, adquiriendo así personalidad jurídica, la cual estaba integrada por P. E. y A. K., quienes suscribieron, cada uno de ellos, una cuartanparte de sus acciones, correspondiendo a un súbdito español, cuya identidad no viene al caso, la suscripción de la otra mitad; 4º) el día 9 de julio de 1981 fue otorgada escritura pública de venta del inmueble de referencia, siendo R. S.A. quien vendía a J. R. M., que intervino en su propio nombre y derecho; y 5º) el día 22 de julio de 1981, J. R. M. compró al contado, con intervención de Corredor de Comercio, 75.000 pesetas en acciones de la entidad N. N. S.A.

CONSIDERANDO: Que, analizados cuidadosamente los hechos expuestos y conectados con la fundamentación mantenida por los impugnantes, ha de llegarse a una conclusión totalmente opuesta a la misma, ya que, sin entrar en el estudio de la cuestión de fondo y sin prejuzgar lo que debe ser objeto de resolución después de haberse seguido el litigio por sus trámites y garantías procesales, se muestra como incontestable que la concurrencia de dos documentos, uno privado y otro público, en los que aparece como vendedora la misma entidad y como objeto vendido el mismo bien inmueble, modificándose tan sólo la persona del comprador, que es distinto en cada uno de ellos, sin que consten las relaciones que haya podido haber entre los mismos, no permite anticipar cuál de esos documentos es el que ostenta verdadera eficacia, so pena de inmuscuirse en asuntos que escapan del objeto de la presente resolución, por lo que, dadas las características de esta cuestión litigiosa, centrada exclusivamente en determinar la procedencia o improcedencia de un embargo preventivo, no es posible dejar de aceptar la posibilidad de que sea decretada la eficacia de sólo uno de esos documentos al resolverse el problema sustantivo o de fondo planteado en el juicio declarativo principal, y, si esto es así, no existe inconveniente alguno para poder reputar, prima facie, la posible eficacia del contrato privado de venta, con lo que, dándose cuantos requisitos exige el artículo 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (extranjería de los demandados no naturalizados y también sospecha o motivo racional para creer que ocultarán sus bienes en España, así como existencia de una deuda suficientemente acreditada a su cargo), y siendo así que es admisible la hipótesis —pendiente de dilucidación en juicio declarativo— de que el inmueble embargado pueda pertenecer a esos deudores, debe confirmarse la sentencia recurrida manteniéndose el embargo preventivo decretado.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto el pago de costas.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Colom Ferrá en nombre y representación de don P. E. Don R. K., Don A. K y Don J.A. R. M., contra la sentencia de veintidos de febrero de mil novecientos ochenta y dos, en el incidente de oposición a embargo preventivo de que este rollo dimana, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran)

18

18. QUITA Y ESPERA. Incidente sobre nulidad del auto de admisión a trámite del expediente. Cosa juzgada formal: no tiene esta condición el auto impugnado. Legitimación de los acreedores convocados a la Junta para interponer el recurso de nulidad. Carácter extraordinario del mismo que no se pierde por no haber usado, por imposibilidad, de los recursos ordinarios. Comerciante de hecho: habitualidad. Improcedencia del expediente de quita y espera, reservado a los no comerciantes. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que frente a la pretensión deducida por las entidades bancarias acreedoras, ahora recurrentes, y que, fundamentada sustantiva y esencialmente en la vulneración del artículo 1130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por corresponder a los deudores la condición de comerciantes, tiene como objeto la nulidad del auto por el que, en fecha 6 de febrero de 1981, se admitía a trámite el expediente de quita y espera, los promoventes de éste oponen una defensa, de necesario examen previo dado su carácter formal, estructurada sobre los motivos siguientes: 1) Cosa juzgada formal del auto citado; 2) Falta de acción y 3) Falta de litisconsorcio pasivo.

CONSIDERANDO: Que los dos primeros motivos de oposición enunciados proceden ser conjuntamente desestimados, pues tanto a la excepción de cosa juzgada formal en su específica entidad de efecto dentro del mismo proceso, implícito en la inimpugnabilidad de toda resolución judicial, como a la falta de acción de los acreedores le es aplicable la doctrina que contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1930, indica: 1) La imposibilidad de que los acreedores interpongan los recursos ordinarios, previos y precisos para utilizar el extraordinario de nulidad, dado que no eran parte en el procedimiento cuando se dictó el auto declarando en estado de quita y espera a los deudores; 2) La legitimación de los acreedores convocados a Junta y comparecidos en el procedimiento para interponer el recurso extraordinario mencionado y 3) La potencialidad de la causa fundamentadora que luego se analizará para lograr los efectos anulatorios pretendidos.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al tercer motivo de oposición enunciado tanto por la fundamentación, ahora compartida, del Juez a quo, como por la

que, con finalidad corroborativa, se articula en lo que sigue: A) La quita y espera, en cuanto procedimiento que tiende a eliminar unos procesos de ejecución individual o colectiva, es un beneficio del deudor no comerciante; B) En la quita y espera no hay declaración de derechos y C) La pretendida nulidad de la solicitud y admisión de un beneficio que no corresponde a los deudores comerciantes no afecta a la situación jurídico-patrimonial de los acreedores cuyos derechos se mantienen con la misma entidad y posibilidades de realización que tenían con anterioridad a la solicitud instauradora del procedimiento de quita y espera.

CONSIDERANDO: Que para la resolución de la cuestión sustantiva conviene precisar a modo de premisas que como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 11 de octubre de 1982: 1) que la condición de comerciante en nuestro sistema se basa en la nota de habitualidad requerida por el artículo 1-1º del Código de Comercio. Nota de habitualidad que no se acredita exclusivamente por el vía contemplada en el artículo 3 del Cuerpo legal referido, hasta el punto de haber sido equiparada a la de profesionalidad; 2) que este ejercicio continuado, profesionalizado, determina la condición de comerciante sin el aditamento de formalidad alguna; 3) que como tiene declarado esta Sala en sentencia de 8 de febrero de 1982 "resulta básico en trance acreditativo de esta situación de "comerciante de hecho" o no matriculado, parificable en lo adverso a la de comerciante inscrito conforme al artículo 18 del Código de Comercio, la propia forma de conducirse en sus relaciones jurídicas el deudor, y su reiterada autoproclamación de la condición de comerciante o industrial, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en su Sentencia 115/979, de 25 de junio..." y 4) que ejercer el comercio en nombre propio quiere decir adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio bien directamente, bien a través de simples personas o sociedades interpuestas, pues en ambos casos resultará, en sentido jurídico, ser dueño del negocio con los efectos antedichos.

CONSIDERANDO: Que la constancia de los datos precitados resulta acreditada en los autos en cuanto los medios probatorios aportados ofrecen como resultado: 1) Una reiterada autoproclamación por parte del deudor D. E. D. R. bien de la condición industrial, bien de la de comerciante, en distintas escrituras públicas de disolución de comunidad, compraventas, préstamos con garantía hipotecaria, e incluso en la inscripción de la constitución de la Sociedad Anónima C. en el Registro Mercantil y 2) Un ejercicio reiterado y continuo de actos u operaciones mercantiles realizados en nombre propio por los deudores-solicitantes y evidenciado por: a) Los numerosos efectos cambiarios aceptados por D. E. D. R.; b) La admisión exprese realizada por este deudor y su esposa cuando en documento de reconocimiento de deuda por importe de 6.391.406,30 pesetas se hace constar "Que debido a las relaciones comerciales mantenidas entre "V. C. S.A." y "D. E. D. R., bien personalmente, bien girando en nombre de "C" se ha efectuado un pase de cuentas al 30/10/80..."; c) Las solicitudes que los tres deudores dirigieron al B. C. S.A. para obtener descuento de efectos comerciales de su tráfico mercantil, con exclusión de todo otro origen y d) La propia confesión judicial en la que reconocen ser los únicos socios y accionistas de C, que esta entidad tiene un capital social de 500.000 pesetas y que, pese a carecer de recursos económicos, no tiene obligación alguna pendiente de cumplimiento, pues, —hecho primero de la solicitud del beneficio de quita y espera— las han asumido personalmente ascendiendo a 151.999.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que los hechos anteriores imponen concluir que los deudores son comerciantes pues utilizan una sociedad de estructura familiar para la realización de actos de comercio, como reconoció D. R. D. en su confesión judicial al manifestar ser cierto que "el confesante y demás socios de COANSA pretenden desarrollar una actividad de comercio al amparo de dicha sociedad anónima la cual carece de recursos propios, bienes y patrimonio". Conclusión que conduce necesariamente a la nulidad pretendida dado que ha sido infringido el artículo 1130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto exigen que los deudores no ostenten la condición de comerciantes para que les corresponda la posibilidad del beneficio de quita y espera establecido por la normativa que tal precepto contiene. Nulidad frente a la que ninguna eficacia tiene la argumentación contenida en el cuarto considerando de la resolución recurrida, por cuanto la impugnación del convenio en base a la normativa contenida en el artículo 1149 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil está limitada a las causas por éste establecidas entre las que no se halla la motivadora de la nulidad que se declara, y la oposición permitida por el artículo 1170 del mismo Cuerpo legal se dirige contra la declaración de concurso que pretender ser evitada, precisamente, por el convenio al que se dirige el procedimiento cuya exigencia básica ha sido incumplida.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las de este grado jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el B. E. C., S.A. y el B. C., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el once de febrero de mil novecientos ochenta y dos, en el incidente sobre nulidad de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos esta resolución, y estimando las demandas interpuestas por las entidades bancarias recurrentes, previa desestimación de la oposición formal que frente a las mismas formularon D. F. D. R., D^a. F. J. C. y D. R. D. J., debemos declarar y declaramos, por ostentar los deudores la condición de comerciantes, la nulidad del auto que en fecha seis de febrero de mil novecientos ochenta y uno admitió a trámite la solicitud del beneficio de quita y espera, así como la de las diligencias subsiguientes, y ello sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: J. Luis Calvo Cabello).

19

19. PROPIEDAD HORIZONTAL. Resolución del contrato de arrendamiento por desarrollo en el local de actividades incómodas para la comunidad. Sonoridad superior a la permitida por las OO.MM. Inneccesidad de demandar al propietario. Estimación de la demanda. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*

Se acepta la fundamentación de la sentencia recurrida excepto la contenida en sus dos últimos considerandos.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente el tema litigioso objeto del nuevo enjuiciamiento que se realiza en esta alzada, conviene precisar: A) Que atendido el contenido íntegro de la demanda instauradora de la litis, la única acción ejercitada por la Comunidad de Propietarios, ahora apelada, es la establecida por la normativa contenida en el párrafo 2º de la L.P.H.; B) Que con el ejercicio de dicha acción se pretende obtener la resolución del contrato de arrendamiento concertado entre el demandado Don A. R. M., como propietario, y el demandado Don J. L. L. A., como arrendatario, y que tiene como objeto el local de negocio sito en la planta baja del edificio de la Comunidad actora y C) Que la causa resolutoria consiste en la actividad incómoda que se desarrolla en el music-pub instalado en el local citado, infringiéndose el artículo 7 de la L.P.H. y los artículos 8 y 24 de los Estatutos de la Comunidad.

CONSIDERANDO: Que de las premisas anteriores se deriva el inmediato rechazo de la inadecuación de procedimiento alegada ex novo en esta instancia, dado que del análisis de la normativa contenida en el artículo 19, de la L.P.H. y en los artículos 122 y 123 de la Ley Arrendamientos Urbanos es claro que la competencia para el conocimiento y resolución del tema litigioso corresponde a los Juzgados de Primera Instancia mediante el trámite establecido para los incidentes.

CONSIDERANDO: Que como dice la Exposición de Motivos de la L.P.H. "Intimamente unidos a los derechos de disfrute aparecen los deberes de igual naturaleza" por lo que se ha procurado dictar unas normas —especialmente la contenida en el artículo 7 del texto legal citado, tanto por su específico contenido prohibitivo como por la validez que otorga al de igual naturaleza que pueda establecerse en los Estatutos— dirigidas a asegurar que el ejercicio de los derechos propios no genere perjuicios de los ajenos ni menoscabo del conjunto de éstos, al objeto de dejar así establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica. Convivencia normal que la Comunidad actora entiende no puede existir cuando en el inmueble se desarrolla una actividad incómoda como es la musical propia del music-pub instalado en un local de la planta baja de aquél.

CONSIDERANDO: Que la calificación de una actividad como incómoda no ha de hacerse apriorísticamente y sólo por las características que ella tenga, sino atendiendo al modo de realizarla y a la conducta que su titular adopte frente a las advertencias que le hayan sido hechas, y analizado el material probatorio obrante en la litis resulta acreditado: 1) Que la actividad musical realizada en el local objeto del contrato cuya resolución se pretende se desarrolla de modo que, objetivamente, es molesta, pues así debe concluirse de la simple comparación entre los 47 decibelios que, como promedio, fueron detectados por el Servicio de Industria de la Delegación Provincial de Baleares cuando el día 23 de mayo de 1981 se efectuaron mediciones de nivel sonoro en un piso situado en la planta primera del edificio donde se ubica el local mencionado, y los 20 decibelios permitidos, como límite máximo, por las Ordenanzas Municipales de esta Ciudad, y 2) Que la conducta mantenida por el codemandado arrendatario ha sido contraria al mantenimiento de las normas de convivencia pues sabedor desde el 11 de junio de 1981 —fecha del requerimiento obrante al folio 20— que la actividad musical que se producía en el local era incómoda para la Comunidad actora y que ésta tenía la intención de acudir a los Tribunales para obtener el restablecimiento de una convivencia tranquila ninguna acción realizó —graduación del volumen musical o adopción de medidas técnicas— para lograr conseguir el mismo fin a, que en definitiva, resultaba obligado en su condición de ocupante de un local que forma parte de una comunidad.

CONSIDERANDO: Que cuanto antecede conduce necesariamente a mantener la sentencia impugnada en su pronunciamiento resolutorio y a modificarla en su pronunciamiento condenatorio del propietario del local arrendado, pues siendo que, una vez desatendido por este titular el requerimiento fehaciente que preceptivamente debe realizar la Junta de Copropietarios para que, en término prudencial, ejercite la acción directa destinada a obtener el lanzamiento o la resolución del contrato, el párrafo segundo del artículo 19 de la L.P.H. faculta a la Junta mencionada para subrogarse en el lugar del propietario y, por tanto, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de junio de 1972, con sus mismos derechos y obligaciones, es obvio que ni es necesario dirigir la demanda contra él, ni existe causa que motive su condena.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 149 de la L.A.U. no procede hacer especial declaración sobre el pago de las costas causadas en la primera instancia, como tampoco sobre las de este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. R. M. y desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J.L. L. A., ambos contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma, en veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio sobre resolución de contrato de arrendamiento de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y estimando parcialmente la demanda in-

terpuesta por la C. P. E. T. contra los citados recurrentes, debemos absolver y absolvemos de sus pedimentos al demandado D. A. R. M., confirmando el resto de la resolución excepto en su pronunciamiento sobre las costas que se sustituye por el que ahora se dicta consistente en la ausencia de declaración expresa sobre las mismas así como sobre las de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

20

20. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Cesión, subarriendo o traspaso. Letrero luminoso de un tercero anclado en una terraza que constituye parte del objeto arrendado. Supone introducción de este tercero en el mismo. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la pretensión del apelante se centra, al igual que en la instancia, en la resolución de contrato de arriendo tanto por la cesión, traspaso o subarriendo de una parte de su objeto sin consentimiento del arrendador (causas segunda y quinta del artículo 114 de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos) como por la realización, sin el consentimiento debido, de obras modificadoras de la configuración de lo que se arrendó, aduciendo que la colocación de un letrero luminoso, situado en la cornisa superior del edificio, y que precisó de algunas varillas metálicas para su sujeción, las cuales se tuvieron que anclar en el suelo de su azotea, comporta la cesión a un tercero —el que ordenó instalar dicho letrero— del uso de la porción de espacio ocupado por las varillas y enclajes, dando por supuesto que la parte arrendadora se reservó, tal y como se especificó en el contrato, la utilización de la total cornisa superior de la edificación para la instalación de anuncios publicitarios, y, por otra parte, ello significa la variación de la configuración del terrado que fue arrendado en unión de varias plantas de un edificio para ser destinado a explotación hotelera. Determinado con precisión lo que la parte recurrente pretende, y antes de examinar el problema jurídico suscitado, se hace necesario puntualizar, para una mejor delimitación del tema a resolver, lo siguiente: a) es claro que, aun cuando en el texto del contrato se reseña que la finca objeto del contrato sea el zaguán y los pisos primero al cuarto, sin mencionar para nada el terrado, ha de entenderse incluido éste dentro del objeto arrendado, no sólo porque así se infiere de una interpretación lógica y sistemática del contrato, sino porque es el mismo arrendatario quien manifiesta, al confesar en juicio (posición octava, folios 57 y 58), que utiliza el terrado como lavandería, trastero y tendero de ropa; b) es asimismo obvia la exclusión de la total cornisa superior de la edificación arrendada, pues expresamente se consignó (cláusula sexta) que el arrendador se la reservaba con el objeto de poderla destinar a la instalación de letreros publicitarios; c) es la colocación de un letrero luminoso en dicha cornisa lo que precisamente engendra el problema que ahora se ventila, quedando fijado, como elemento del que debe partirse para su adecuada solución, que la situación de tal letrero se corresponde con exactitud con la mencionada cornisa, esto es, ocupa la zona que contractualmente se determinó como excluida del objeto arrendado, y así se desprende de las manifestaciones efectuadas confe-

sando en juicio el arrendador (posiciones quinta y sexta, folios 62 y 63); d) por consiguiente, el problema litigioso no se halla tanto en la ubicación del mismo letrero luminoso cuanto en la de las varillas metálicas que sirven de soporte al mismo y que discurren ya a través del terrado arrendado y se sujetan en su suelo mediante tornillos. Es precisamente en relación con tales varillas, su recorrido y anclaje, que se suscita el problema de determinar si ello ha supuesto alguna modificación en la configuración del terrado, como parte del objeto arrendado, y si, en su caso, ha conllevado la cesión, traspaso o subarriendo de una parte del mismo.

CONSIDERANDO: que la instalación de varillas metálicas, que soportan y sujetan el mencionado letrero luminoso, las cuales discurren y se anclan en el suelo del terrado, objeto parcial del arrendamiento, supone una clara invasión en lo arrendado y la consiguiente introducción de un tercero ajeno al contrato en el uso y disfrute de ese objeto, por lo que se hace precisa la expresa autorización del arrendador para efectuar la instalación so pena de conculcar los derechos que éste siempre mantiene sobre aquél y que exclusivamente cedió, por vía contractual arrendaticia, al mismo arrendatario, sin que éste pueda, unilateralmente y sin contar con el arrendador, consentir, tolerar o meramente ignorar las actividades que un tercero pueda realizar en todo o parte de lo locado, introduciéndose en él y beneficiándose con su uso o disfrute, de tal suerte que ha de ser el arrendatario quien responda de cualquier obra que se realice en el local contratado, bien porque él mismo las efectuó o bien porque autorizó o no se opuso a que un tercero las hiciese, o porque, cuando menos, no lo puso en conocimiento del arrendador, deviniendo así en responsable de las infracciones que se hayan podido cometer (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1965). Es obvio, pues, que en modo alguno cabe la introducción de un tercero ajeno al contrato, dada la prohibición legal de que lo arrendado por una persona sea ocupado en todo o en parte por otra, salvo si existe autorización por el dueño o arrendador (sentencia de 3 de abril de 1965), ya que por la esencia misma de este contrato se transmite el goce o disfrute de la cosa arrendada únicamente al arrendatario, quien, sin consentimiento del arrendador, no puede introducir en ese goce o disfrute, total ni parcialmente, ni de una manera permanente ni limitada, ni gratuita ni onerosamente, a un tercero ajeno a la relación arrendaticia, sin exponerse a las sanciones previstas en los números segundo y quinto del artículo 114 de la ley (sentencia de 23 de junio de 1965). En el presente caso, aparece clara la penetración de un tercero, colocando las varillas de sujeción en el suelo del terrado que es objeto parcial del arriendo, y disfrutando de una porción de terreno para lo que tan sólo estaba facultado el arrendatario, lo que debe estimarse, cuando menos, como consentimiento tácito o tolerancia de éste, arrojándose unas facultades que en modo alguno tiene concedidas, sino que únicamente son ostentadas por el arrendador como dueño que es del objeto arrendado, de tal suerte que, lejos de autorizar o tolerar o ignorar la instalación de esas varillas, debió aquél comunicar en debida forma al propietario arrendador la introducción de ese tercero en el goce de algo sobre lo que carecía de derecho, por lo que, a falta de constancia de esa comunicación, ha de entenderse producida una cesión en el uso y disfrute de una parte del objeto arrendado sin conocimiento ni autorización de aquel a quien correspondía otorgarla, significando ello, en consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación especial arrendaticia urbana en materia de cesión o traspaso (causa quinta del artículo 114), que se remite a sus artículos 23 y siguientes (capítulo IV de la ley), y procediendo así la resolución del contrato de arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que, en relación con la causa de resolución séptima del mencionado artículo 114, no procede estimarla en tanto que la introducción de algunas varillas metálicas en una azotea no significa una manifiesta alteración en su configuración, requiriéndose un cambio esencial y sensible y no meramente accidental o circunstancial, como ocurre en el presente caso, por lo que debe ser rechazada.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149, de la normativa especial arrendaticia urbana, procede rectificar el pronunciamiento sobre costas debiéndose condenar al arrendatario al abono de las costas causadas en la primera instancia, sin hacerse especial pronunciamiento en cuanto a las ocasionadas en esta alzada al no apreciarse temeridad en el recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. F. en nombre y representación de D. J. B. C. contra la sentencia de ocho de junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Uno de los de Palma, en el juicio de arrendamiento urbano de que este rollo dimana, debemos revocar dicha sentencia y la revocamos, y, en consecuencia, estimando la demanda interpuesta en la instancia por el Procurador Sr. F. en representación del referido demandante debemos decretar y decretamos la resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio sito en la plaza Rosellón, número cuatro, letra a, condenando al demandado a estar y pasar por esta resolución mediante el desalojo del mismo. Asimismo debemos condenar y condenamos al arrendatario al abono de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las ocasionadas en esta alzada. (Ponente: Carlos Climent Duran).

25

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por cierre: oposición basada en que lo arrendado es un almacén. Prueba de la que resulta el destino del local a ventas al por mayor, al detall y a depósito de mercancías. Posterior cese de la venta al por menor. Doctrina del T.S. Hay cierre. *Sentencia de 16 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando la cuestión litigiosa sobre resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por cierre durante más de seis meses en el curso de un año (artículo 62, número tercero, en relación con el número decimoprimer del 114, de la legislación arrendaticia urbana), a cuya pretensión se accedió en la primera instancia, se solicita por el recurrente la modificación de dicha resolución y la reposición de la vigencia del contrato, apoyando su petición en la que, en su entender, estima premisa errónea de que se parte, pues, siendo la causa resolutoria la del cierre del local de negocio por haberse variado el objeto del arriendo, que de ser un local negocial abierto al público ha pasado a constituir un almacén de mercancías, lo que imposibilita el mantenimiento constante de relaciones con la clientela, conllevando eso el cierre del local, correspondía a los actores demostrar que se produjo en verdad una tal modificación, o, lo que es lo mismo, que con anterioridad al pretendido cierre se desarrollaba una actividad comercial distinta que conllevaba una relación inmediata y constante con el público, y que a raíz de esa alteración se ha operado una interrupción en tales relaciones que significan por tanto el cierre del local, única manera ésta de contrastar debidamente, en opinión del recurrente, el cambio que se dice producido, toda vez que, datando el arrendamiento de 1952, y celebrado verbalmente entre los arrendatarios y el anterior propietario del local, que lo transmitió a los actores en 1963, no ha quedado prefijado en manera alguna el verdadero destino de dicho local ni consiguientemente existe un punto de partida seguro e incontestable a partir del cual quepa realizar correctamente el análisis del problema suscitado. No cabe, sin embargo, admitir las anteriores argumentaciones en tanto que, si bien fue verbalmente con-

certada la relación arrendaticia entre los arrendatarios y el causante de los actuales propietarios del local, sin que exista constancia documental acerca del destino o finalidad que debía darse al local arrendado, y, no habiéndose justificado en otra manera alguna cuál fuera el tipo de actividad negocial a que debía dedicarse dicho local, ha de acudirse a los elementos probatorios obrantes en autos con el objeto de determinar el destino que en efecto le era dado; y del conjunto de las pruebas practicadas se desprende con toda nitidez que no sólo se ejercían en él actividades de venta al por mayor o de depósito de mercaderías para la venta ambulante, cual pretenden los arrendatarios, sino que al propio tiempo, y con independencia de la previa obtención de las licencias o autorizaciones administrativas precisas al efecto, se desarrollaban también actividades de venta al por menor o al detalle, de tal suerte que cualquier persona podía acceder al mencionado local y adquirir en él cualesquiera de los productos ofrecidos en venta. Por consiguiente, ha de partirse ineludiblemente de lo que constituye una realidad evidenciada a partir de los elementos probatorios obrantes en los autos, esto es, que en el local arrendado se ejercían actividades mercantiles de muy diversas especies, que comprendían desde el depósito de mercancías hasta la venta detallada de los objetos allí existentes, realizándose tales actividades continuamente en el tiempo y a cualquier persona que deseara adquirirlos. Tomando como dado este presupuesto, apoyado en el conjunto de elementos probatorios existentes en la causa, se hace preciso comprobar si, en efecto, se ha producido alguna variación sustancial en el objeto contractual que haya traído como consecuencia el cierre del local arrendado, de acuerdo con la noción elaborada por la doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

CONSIDERANDO: Que es doctrina consolidada por numerosas resoluciones del Tribunal Supremo la que entiende que se produce el cierre de un local cuando es variado el destino del mismo, de tal modo que si inicialmente su utilización comportaba actividades creadoras de riqueza cuyo desenvolvimiento exigía la existencia de relaciones con terceras personas, y con posterioridad fue alterada esta finalidad, suprimiendo esas relaciones, ha de estimarse ocasionado un cierre del local, con probable perjuicio tanto para el arrendador como para el interés social del servicio público (sentencias, entre otras, de 22 de febrero de 1960, 5 de abril de 1961, 20 de diciembre de 1962, 3 de diciembre de 1963, 8 de diciembre de 1964, 8 de febrero de 1965, 26 de marzo de 1965 y 7 de junio de 1971. Esta doctrina jurisprudencial, suscitadamente expuesta, permite su aplicación al caso presente, pues apareciendo que el objeto a que era destinado el local arrendado se contraía tanto a la venta genérica y al depósito de mercancías para ulterior venta ambulante como a la venta detallada en el mismo local, fue a partir de 1981 cuando se produjo la variación referenciada, cesándose cuando menos en la venta al por menor en dicho local e interrumpiéndose la relación personal e inmediata que se daba con el público, significando ello una sustancial alteración de lo que constituía el objeto del arrendamiento, que, a su vez, conlleva el cierre del local, tal y como ha sido interpretado jurisprudencialmente este concepto. Así debe inferirse de los diversos elementos probatorios traídos a la causa, y en especial de la constatación notarial de la existencia de un letrero indicativo de que el local quedaba relegado a la mera función de almacén, expresándose en él el lugar en que radicaban las nuevas oficinas y despachos, así como de detalles de tanta trascendencia como el de que durante más de un año no haya sido posible determinar la cantidad de energía consumida por imposibilidad de penetrar en el local para examinar el contador correspondiente, o el de la reducción de la correspondencia con el correlativo aumento respecto del local en que se hallan actualmente las oficinas y despachos, o el recogido en la diligencia de reconocimiento judicial, expresivo de un estado de abandono impropio de un local destinado a la venta detallada al público, de todo lo cual, y en general de la apreciación conjunta de la prueba practicada, no cabe sino inferir que, en efecto, ha sido variado el objeto a que se destinaba anteriormente el local, quedando cerrado al público durante un periodo de más de seis meses, tal y como consta suficientemente acreditado, procediendo, a la vista de cuanto se ha expuesto, acceder a la causa de resolución contractual ya estimada en la sentencia recurrida, confirmando integralmente al carecer de virtualidad enervatoria las argumentaciones expuestas por la parte recurrente.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Dupuy Perelló, en nombre y representación de D. B. B. R. y D^a. I. G. S., contra la sentencia de veintiseis de mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de primera instancia de Inca, en el juicio de arrendamientos urbanos de que dimana este rollo debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

26

26. JUICIO EJECUTIVO. Fundado en una valoración de daños causados por incendio: carácter unilateral de la misma lo que la convierte en título inhábil para despachar ejecución. Estudio de los arts. 406 y 410 del C. de Comercio. *Sentencia de 17 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el problema litigioso se centra en esta alzada en la determinación de la naturaleza ejecutiva del título que, en su momento, dió inicio al presente juicio, constituido por un "estudio económico", tal es la denominación que aparece en su encabezamiento, realizado por la entidad "Peritos españoles S.A.", a encargo de la entidad aseguradora "M. N. S.A.", como consecuencia de un incendio que dañó diversas mercancías almacenadas por el asegurado ejecutante. Se hace preciso, pues, determinar antes que nada la verdadera índole de dicho título, pues sólo así cabrá examinar su contenido y las razones aducidas en pro y en contra de su eficacia como tal; y, con el objeto de delimitar adecuadamente lo que ha de ser objeto de resolución, han de tomarse como datos los siguientes extremos: a) como consecuencia del incendio ocurrido el día 16 de diciembre de 1980, quedaron dañadas las mercancías que el ejecutante tenía almacenadas en una nave situada en el Polígono de La Paz, en Palma de Mallorca, las cuales estaban aseguradas en la entidad "M. N. S.A." (póliza número 175.605) en la suma total de 20.030.000 pesetas; b) instruidas las diligencias criminales, las cuales serían posteriormente sobreesidas, se encargó un perito de elaborar un estudio económico que, emitido el día 30 de enero de 1981, después de hechas cuantas comprobaciones estimó oportunas, desplazándose incluso a la sede principal de la empresa del asegurado, sita en Murcia, y examinando cuanta documentación y demás datos precisó, se extendió, según consta en su encabezamiento, a la realización de un estudio de su situación patrimonial y fijación de los costos de los productos siniestrados, partiendo de los datos contables de la empresa; c) confeccionado ese estudio, y en virtud de sendas cartas (fechadas a los días 6 y 14 de marzo), comunicó la entidad aseguradora la no aceptación del siniestro e instaba al asegurado para que si, a bien lo tenía, procediese en la forma establecida en el articulado de la póliza suscrita designando un perito e iniciándose así el procedimiento de tasación contradictoria allí regulado. Por el ejecutante se pretende dotar de eficacia ejecutiva el mencionado estudio económico en virtud de lo prescrito en el artículo 410 del Código de Comercio, que indica que la decisión de los peritos será título ejecutivo contra el asegurador, en relación con lo preceptuado en su artículo 406 y en el clausulado de la citada póliza, centrándose en este punto el objeto de decisión.

CONSIDERANDO: Que el juicio ejecutivo, regulado en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige, como condición inexcusable para su prosperidad mediante el dictado de sentencia de remate, su apoyatura en un título que reúna formalmente cuantos requisitos vienen normativamente exigidos, pues en caso contrario no podrán obtenerse los beneficios que dispensa la tramitación y resolución de este procedimiento especial y sumario, siendo ésta la razón que impulsa a no permitir la eficacia ejecutiva de otros títulos más que aquéllos que están revestidos de cuantas exigencias formales y materiales impone la norma jurídica, quedando siempre abierta la posibilidad de acogerse a un juicio declarativo ordinario tanto en los casos en que se estima inviable el título en virtud del cual se pretende se despache ejecución como cuando, aún despachada ejecución, y dictada o no sentencia de remate, se desea reproducir nuevamente la cuestión litigiosa por carecer la sentencia dictada autoridad de cosa juzgada. Es indudable que el carácter restringido que informa a los títulos ejecutivos se extiende a todos aquellos supuestos en que aparece legalmente reconocida la posibilidad de entablar un proceso de esta especie, y desde luego se proyecta también en casos que, como el presente, encuentre su fundamento en el artículo 410 del Código de Comercio, por lo que debe ser el tenor literal de este precepto el que dé las pautas indicadoras de la procedencia o improcedencia de dictar sentencia de remate. La aludida disposición declara textualmente que la decisión de los peritos será título ejecutivo contra el asegurador, esto es, que únicamente cabrá dictar sentencia de remate cuando se compruebe que el título en virtud del cual se despachó ejecución constituya la decisión o dictamen de dos o más peritos, excluyéndose en consecuencia de la cualidad de título ejecutivo cualquier otra valoración, informe o estimación que no se atenga a esa prescripción normativa, dado el carácter estricto que debe tener la interpretación de la misma. Es obvio que la adecuada comprensión del artículo 410 requiere su inmediata conexión con el precepto de que éste trae causa, esto es, con el artículo 406, relativo a los procedimientos legalmente establecidos para fijar la valuación de los daños causados, los cuales pueden ser de tres especies: o bien por peritos (en la forma establecida en la póliza de seguros), o bien por convenio celebrado entre las partes, o bien, subsidiariamente, de acuerdo con las prescripciones procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 610 y siguientes). El primero de tales procedimientos, que necesariamente ha de realizarse por peritos, relega a la voluntad de los contratantes (en la forma establecida en la póliza) la determinación concreta del "cómo" ha de hacerse la valoración: por consiguiente, la eficacia ejecutiva de la decisión pericial, elaborada conforme a la autonomía de la voluntad o de acuerdo con los mecanismos de adhesión contractual tan frecuentes en la actualidad, queda condicionada al cumplimiento de los requisitos estipulados por los contratantes, si bien es siempre condición insoslayable que esa decisión o valuación haya sido tomada por dos o más peritos, de tal suerte que, faltando este esencial requisito o incumpliendo las cláusulas contractuales relativas a la formación de tal decisión o tasación, ha de quedar privada de fuerza ejecutiva, y ello por las exigencias restrictivas impuestas por el formalismo que impera en materia de títulos ejecutivos. Es también patente que en modo alguno cabe ampliar o interpretar extensivamente la dición literal del precepto que se examina so pena de destruir los principios que informan nuestra legislación procesal en relación con el juicio ejecutivo. No cabe, por otro lado, entender asimilable a la hipótesis legal contemplada en el artículo 410 —la decisión de los peritos— el segundo de los mecanismos evaluadores recogido en el 406 (el convenio celebrado entre las partes), pues, aun cuando aparezca reflejado en el clausulado de la póliza (artículo 23, así como el 19 y el 26) que la valuación puede hacerse también amistosamente, ello no significa que la remisión a la póliza (operada por mandato del artículo 406) se extienda a casos diferentes de aquél que es específicamente contemplado por la norma, sino que tal remisión se entienda referida únicamente en relación con la valuación pericial a practicar, es decir, aquélla que se efectúa por peritos contrastada o contradictoriamente, no teniendo virtualidad alguna el hecho de que también se indique en la póliza que, al lado de esa tasación contradictoria, quepa una tasación amistosa, pues ello significaría extender el mandato legal del artículo 410 a supuestos no comprendidos en él, convirtiendo en título ejecutivo lo que no es sino un mero mecanismo para solventar un problema de valoración amistosa. Es claro, por tanto, que lo que en la póliza se denomina tasación amigable se equipara al convenio a que se refiere el artículo 406, y ello conduce directamente a tener que rechazar en cualquier caso su eficacia ejecutiva. En el presente caso, como sea que, una vez ocurrido el incendio, se encargó un sólo perito de examinar lo sucedido recabando del

asegurado cuanta información precisaba, la cual le fué inmediatamente proporcionada, no se daban las condiciones que eran inexcusablemente precisas para la formación del título ejecutivo, y esto debe mantenerse así pese a que sea el mismo asegurado quien acepte la valoración efectuada, pues, con independencia de las razones de fondo que se den en el presente litigio, no deben ser examinadas al ser cuestión previa la determinación de su fuerza ejecutiva, y, como quiera que no se dan cuantos requisitos aparecen exigidos por los artículos 410, en relación con el 406 y 407, del Código de Comercio, ha de rechazarse el recurso promovido, confirmándose íntegramente la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia al no apreciarse temeridad ni mala fe en los litigantes.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. B. en nombre y representación de D. P. L. A., contra la sentencia de dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana, debemos confirmarla íntegramente y la confirmamos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durant).

28

28. PRENDA. Restitución: es requisito necesario el cumplimiento de la obligación que garantiza. “Exceptio non adimpleti contractus” fundada en la no entrega, pactada, de los documentos acreditativos de la deuda en que se subrogó la demandada: accesoriadad del pacto y consiguiente desestimación de la “exceptio”. Solidaridad: La hay cuando tal es la voluntad de los contratantes, aval personal, en este caso. Doctrina del T.S. *Sentencia de 18 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en cuanto desestimó las dos excepciones formuladas por la entidad demandada personada y al no ser recurrida por dicha parte —tampoco se adhirió a la apelación formulada por la contraparte—, quedó firme en lo referente a dichos pronunciamientos y en su consecuencia la presente alzada queda circunscrita a la cuestión de fondo, que recae a si la aceptación por la ahora apelada de una letra de cambio con fecha de expedición 5 de Octubre de 1979 y vencimiento 5 de Enero de 1980, cuya fotocopia obra al folio 36, extendida “para mayor garantía del cumplimiento” de la obligación de pagar la deuda reconocida de 445.367 pesetas en documento privado (folios 22/23 y 25/26) y cuyo pago se postula en esta litis, determina la improcedencia de

tal postulación, al no haberse presentado dicha cambial con la demanda instauradora de este juicio declarativo de menor cuantía, tesis ésta que aducida por la sociedad demandada ha sido acogida por el juez "a quo" como base de su sentencia desestimatoria de la demanda mencionada.

CONSIDERANDO: Que la resolución impugnada, condiciona, en base al carácter abstracto que puede ostentar la letra de cambio aceptada antes referida, en caso de su endoso a un tercero, el pago de la deuda reconocida y pendiente, a la restitución de la prenda —la cambial—, siendo así que el artículo 1871 del Código Civil, invocado por el juez "a quo" dispone precisamente lo contrario, esto es, que no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso, como expresamente lo afirmó el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Julio de 1977, en un caso muy similar al de autos. Mantener la tesis contraria implica trastocar la estructura y finalidad que la prenda ostenta como derecho de garantía de una obligación principal (nº 1 artículo 1857 del citado Código), pues no solamente no aseguraría el cumplimiento de la deuda garantizada sino que su existencia daría base para facilitar el incumplimiento de la obligación principal, es decir que en vez de reforzar el cumplimiento de la obligación asegurada, lo empece; el deudor estaría con "tal garantía", según la tesis que se sustenta en la sentencia recurrida, en peor situación jurídica para obtener el pago de la deuda reconocida que si no tuviera garantía prendaria alguna.

CONSIDERANDO: Que la parte demandada personada, aquí apelada, adujo también en su escrito de contestación a la demanda y reiteró en el acto de la vista como causa del impago de la suma reclamada, el incumplimiento por la entidad actora, ahora apelante, de su compromiso de facilitarle, a la firma del documento de reconocimiento de deuda (clausula sexta), los documentos de crédito pendientes de pago por parte de una sociedad anónima en cuyas obligaciones y deudas se subrogó la compañía demandada, documentos que se acompañan a la demanda. Se formula en realidad la "exceptio non adimpleti contractus" que el demandado puede oponer en las obligaciones bilaterales o recíprocas cuando el actor no haya cumplido su prestación ni ofrecido realizarla; excepción que no cabe su estimación en el presente caso por cuanto el compromiso asumido por la entidad demandante de entregar dichos documentos es accesorio y está jurídicamente desvinculado de la obligación de los demandados de pagar la deuda reconocida en el plazo de 18 meses a partir de la firma del supradicho documento y porque dichas dos obligaciones no son recíprocas, por no tener por contenido un sinalagma doble —genérico y funcional—, pues la atribución patrimonial de una obligación no se debe a la otra, que por cierto carece de contenido patrimonial y no existe interdependencia entre ellas.

CONSIDERANDO: Que, reconocida expresamente la deuda y su cuantía, y rechazadas las causas de oposición, procede determinar si la obligación de los demandados de abonar el importe de dicha deuda, tiene el carácter de solidaria con que se postula su pago en el suplico de la demanda.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la solidaridad no se presume sino que debe pactarse expresamente (párrafo último del artículo 1137 del Código Civil), sin embargo hay casos en que la Ley lo establece, bien como aación de una falta o acto ilícito, o como interpretación de la voluntad de las partes en garantía del acreedor, como ocurre en el contrato de seguro (Sentencias 23 de Abril 1903, 23 de Junio de 1963, 18 de Febrero de 1967, 14 de Octubre de 1969 y 30 de Junio de 1977), o puede deducirse de la voluntad de los contratantes, cuando ésta se dirige a crear una unidad en la obligación y una responsabilidad "in solidum" de los cointerésados (Sentencia 16 de Diciembre de 1976 y 2 de Junio de 1980), como ocurre en el presente caso, pues en la clausula cuarta del referido documento se estipuló que "la deuda contraída por E. M. S.A. (demandado personado) con la entidad acreedora A. G. A. M. A. (entidad actora) será avalada la forma personal por D. V. G. (demandado rebelde), no solo por el presente documento, sino también la cambial que nace del mismo".

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto procede, previa estimación de la ape-

lación interpuesta, revocar el fallo impugnado en cuando desestima la demanda y por contra, estimar dicho escrito inicial.

CONSIDERANDO: Que la indemnización procedente de una deuda de dinero causada por la mora del deudor consiste, salvo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos o de los legales, según estatuye el artículo 1108 del citado Código; disponiendo el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuese dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de descuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso, fuera revocada totalmente".

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por la A. G. A. y revocando la sentencia de fecha dieciocho de Marzo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Illmo. señor Magistrado-Juez accidentalmente encargado del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de dicha Asociación y se absuelve al demandado de la pretensión ejercitada por la actora, estimamos la demanda formulada por la A.G.A.M.A. contra la entidad mercantil E. M. S.A. y D. J.M. V. G. debemos condenar y condenamos a los demandados a que solidariamente satisfagan a la entidad actora la suma de CUATROCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTAS SESENTA Y SIETE PESETAS(445.367), más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy y desde esta fecha hasta que sea totalmente satisfecha, el interés señalado en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la rebeldía del demandado D. J.M. V. G. notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la citada Ley Procesal, si dentro del término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: J. Llovet Alabau).

29

29. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Declaraciones cambiarias características. Acepto: alegación de que fue puesto por el demandado en su condición de administrador: desestimación de la excepción. Provisión de fondos: sus clases: letra que renueva a otra anterior: existe provisión. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cam-

bio protestada por falta de pago, el ejecutado opuso en primera instancia y ahora reitera en esta alzada, como apelante, las siguientes causas de oposición: Primera. Nulidad del juicio por no tener el demandado el carácter o representación con que se le demanda (nº 4 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y Segunda. Excepción de falta de provisión de fondos (nº 1 del mismo artículo mencionado).

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el estudio de dichas causas de oposición, es conveniente señalar que las declaraciones cambiarias se distinguen por dos características: una de forma y otra de fondo. Aquella por cuando dichas declaraciones son de una extraordinaria brevedad en aras a la mayor capacidad dirreculatoria de la letra; la voluntad de los interesados solo juega en tanto en cuanto pueden o no querer suscribir la cambial, pero una vez suscrita, la ley asigna a su declaración los efectos propios de la firma del librador, o del endosante, o del aceptante. Las formas legales son distintas, siendo para el aceptante, las palabras "acepto" o "aceptamos" (artículo 447 del Código de Comercio) y su firma, porque la suscripción confirma la declaración de haber aceptado la letra. La otra característica, la de fondo, viene dada porque las declaraciones cambiarias están destinadas a un círculo muy amplio de personas: a todas las que vayan sucesivamente adquiriendo y cediendo la letra, como título esencialmente destinado a la circulación; son declaraciones dirigidas a la generalidad, y, en tal carácter, se diferencian de las demás por su difícil impugnabilidad.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el concreto estudio de las causas de oposición formuladas, la de nulidad del juicio del número 4º del artículo 1467 de la mencionada Ley Procesal, al afirmar el ejecutado ser solamente administrador de la sociedad propietaria del hotel donde el ejecutante realizó los trabajos de carpintería impagados y que como tal administrador aceptó la cambial que ahora se ejecuta y por ello la acción debió dirigirse contra dicha sociedad o contra el referido hotel, no puede prosperar por las siguientes razones: a) por no haber probado el carácter de administrador que el hoy recurrente afirma. b) ya que como mero administrador no estaría facultado para aceptar letras de cambio giradas a cargo de la sociedad. c) por cuanto en la letra de cambio mencionada consta, como librado, su nombre el letras mayúsculas y debajo de su nombre, como domicilio y con las correspondientes letras minúsculas "Hotel Los Leones", y no al revés, como pretende sostener, ya que la referencia a dicho establecimiento es como domicilio del hoy apelante y no como librado. d) el hoy apelante aceptó la letra de cambio sin antefirma alguna, y el artículo 447 del Código de Comercio exige antefirma cuando se pusiere la firma a nombre de otro en cuya representación se obre; y e) por no constar en la aceptación fuese en nombre y representación de otra persona y regir el principio cambiario, señalado por esta Sala (sentencias 103/1973 de 28 de Octubre, 29/1977 de 4 de Marzo, y 134/1979 de 25 de Septiembre) "que lo que no está en la letra de cambio no está en el mundo".

CONSIDERANDO: Que el artículo 456 del Código de Comercio impone al librador la obligación de hacer provisión de fondos oportunamente a la persona a cuyo cargo hubiere girado la letra. El propósito del legislador de reforzar la posición del acreedor facilitando el pago de la letra a su vencimiento, ha inducido a nuestra legislador a traer a la superficie del Derecho cambiario las relaciones económicas que explican la creación de la letra y están ya protegidas por el Derecho Civil. La reclamación legal de la provisión de fondos es una de las materias más confusas de nuestro derecho cambiario, ya que puede revestir varias formas, a saber: a) envío de metálico, b) remisión de mercaderías a diverso título y c) provisión por razón de deuda; exigiendo para este último supuesto al artículo 457 del repetido Código que "al vencimiento de la letra aquél 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". Consta confesado por el ejecutado que para pago de una letra de cambio de 250.000 pesetas que no atendió a su vencimiento y que obra en los autos principales (folio 42), aceptó dos nuevas cambiales de 125.000 pesetas cada una de ellas, con vencimientos a los días 17 de Abril y Mayo de 1981, de las que hizo pago de la primera solamente, dejando protestar la segunda (posición 8ª), que es la que motiva las presentes actuaciones, por lo que al ser la letra de cambio ahora ejecutada renovación parcial de otra anterior de superior cuantía, se reputa hecha provisión de fondos por razón de deuda, a tenor del citado artículo 456, y en su consecuencia se rechaza igualmente la última causa

de oposición formulada; siendo por otro lado totalmente inoperante a los efectos de este proceso ejecutivo y por los principios cambiarios en que se basa, la alegación de la parte recurrente de que el importe de esta letra de cambio está reconocido a favor del ejecutante en la relación de acreedores obrate en el expediente de suspensión de pagos de la sociedad propiedad del Hotel Los Leones, ahora en situación de suspensión de pagos.

CONSIDERANDO: Que al tener fuerza ejecutiva la letra de cambio que se acompaña a la demanda instauradora de este proceso sin que se hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al protestar la letra por falta de pago (nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al rechazarse las causas de oposición formuladas, al haberse observado todas las prescripciones legales y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que se integran a la presente, procede confirmar el fallo impugnado, previa desestimación de la apelación interpuesta.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en el apelante a efectos de condena de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por D. J. L. O. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cinco de Mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez, por prórroga de jurisdicción, del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, con condena de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Julio Llovet Alavau).

32

32. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Acción de nulidad de una donación. Legitimación del inquilino. Inadecuación del procedimiento incidental de la L.A.U. Transcendencia de la notificación de la donación cuya falta no la vicia de nulidad. *Sentencia 21 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que para la mejor comprensión de la cuestión litigiosa conviene exponer a modo de premisa fáctica, el presupuesto de igual naturaleza que afirmado como existente por el actor, ahora recurrente, y admitido como cierto por el demandado comparecido, aparece estructurado básicamente por los elementos siguientes: 1) D^a A. V. C. y D^a A. V. P. eran titulares proindiviso de la vivienda sita en el nº 70 de la C. G. de V. C.; 2) El actor ocupa dicha vivienda en virtud de título arrendaticio; 3) El 28 de mayo de 1981 D^a A. V. C. dona a D. M.A. T. M. la mitad indivisa de la finca citada; y 4) Posteriormente, el 23 de julio del mismo año, D^a A. V. P. vende al donatario precitado la otra mitad indivisa de la finca.

CONSIDERANDO: Que el actor pretende se declare la nulidad de las dos transmisiones dominicales precitadas, así como de las posteriores inscripciones registrales, en base

a una serie de causas que, expuestas sin la precisión que resulta obligada como motivadoras de unas pretendidas nulidades contractuales, se sintetizan en: 1) Incumplimiento del orden de prelación establecido en el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dado que las copropietarias demandadas enajenaron en febrero de 1981 la vivienda sita en el n.º 67 de la calle Stuart de Villa Carlos, sobre la que ostentaban un régimen de propiedad idéntico al existente sobre la finca litigiosa; 2) Incumplimiento de la normativa contenida en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto no fueron realizadas las notificaciones de la decisión de vender y de la transmisión efectuada, a los efectos de utilizar los derechos de tanteo y de retracto; y 3) Fraude de ley.

CONSIDERANDO: Que tal pretensión anulatoria debe ser rechazada, no por la fundamentación contenida en la sentencia impugnada pues es claro que la naturaleza de los derechos de adquisición preferente correspondientes al inquilino y la normativa vigente —apartado 1.º del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— legitiman el ejercicio de la acción utilizada, sino porque el procedimiento incidental establecido por la legislación arrendaticia urbana, no es el adecuado, como tiene declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia que dictada el 20 de noviembre de 1967 y referida a la pretensión de que fuera declarada nula una estructura de donación, puntualiza “no son estas cuestiones propias de la Ley especial, ya que a lo largo de su articulado no se hace mención de tal materia de nulidad, y sólo en el artículo 53 se prevé que aparte de la acción de simulación, se podrá impugnar la transmisión del inmueble en los supuestos que expone y a los fines que determina, que al igual que el artículo 54 en relación con el 62 y 64, siempre a efectos y con repercusión a la prórroga arrendaticia que como principio general informa la Ley, quedando por tanto fuera del ámbito de la Ley la acción de simulación, la que conforme a reiterada doctrina de esta Sala ha de ventilarse por el trámite ordinario de la ordenación procesal civil...” (en igual sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre 1966).

CONSIDERANDO: Que con independencia de lo expuesto, las causas enunciadas en los dos primeros números del segundo considerando de esta resolución, carecen de potencialidad anulatoria por cuanto: A) El orden de preferencia fijado por la normativa contenida en el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al que expresamente se remite el artículo 53, se establece para respetar la situación privilegiada del inquilino de permanecer en el uso de lo arrendado y como obligado complemento de las acciones de tanteo, retracto e impugnatoria; B) Si el apartado 1 del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ofrece el remedio del retracto con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1518 del Código Civil, cuando no se hubiese hecho la notificación del artículo 47 a los efectos del tanteo o no se hubiere realizado con la expresión de los requisitos pertinentes, es evidente que la notificación ni era inexcusable, ni dejaba indefenso al arrendatario, ni puede viciar de nulidad la transmisión efectuada sin aquella, y C) El incumplimiento de la notificación relativa a la transmisión efectuada incide exclusivamente en la fijación del día inicial del plazo de caducidad establecido por la normativa contenida en el artículo 48 del texto legal citado.

CONSIDERANDO: Que así reducidas las posibilidades de la temática causal invocada, queda como único motivo susceptible de generar los efectos pretendidos el articulado en base al fraude de ley que, en la tesis del actor, se habría producido como consecuencia de las dos transmisiones efectuadas, pues si bien éstas, consideradas independientemente son válidas, sin embargo examinadas combinadamente lesionan los derechos de adquisición preferente correspondientes al arrendatario, en cuanto —siempre en el parecer del recurrente— frente a la transmisión donacional existe imposibilidad legal para ejercitarlos y frente a la posterior transmisión por venta sería oponible el derecho de retracto preferente que corresponde, en aplicación de la normativa contenida en el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al donatario en su ya adquirida condición de condueño. Causa de nulidad cuyo análisis y resolución no puede realizarse en este procedimiento dada la inadecuación del mismo establecida anteriormente.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. N. E. P. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de primera instancia de Mahón, el diez de julio de mil novecientos ochenta y dos en el juicio arrendaticio urbano de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en los participantes relativos a la desestimación de la demanda y a la declaración sobre costas, dejando sin efecto el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma por ser inadecuado el procedimiento utilizado, y ello sin hacer expresa condena sobre las costas de esta instancia. Dada la rebeldía de las demandadas D^a. A. V. P. y D^a A. V. C., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

33

33. CORRETAJE. Personas obligadas al pago de la comisión: Doctrina del T.S. Inexistencia de contrato. Análisis de la prueba y desestimación de la demanda. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el contrato de corretaje, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1978 "*unicamente produce sus efectos entre quienes en él intervinieron* —Sentencias de 12 noviembre 1969, 27 junio 1961 y 9 febrero 1965 (R. 536)—, de suerte tal que la retribución del último (el mediador), cuando su gestión se haya referido a la venta de fincas rústicas o urbanas, ya se ajuste en su cuantía a lo pactado, en los supuestos previstos en la Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1969 (R. 6143) o a las Tarifas de los Colegios Oficiales de estos Agentes, conforme a lo ordenado en el artículo 23, párrafo 1º y Disposición Transitoria 2ª del Reglamento de 4 de diciembre de 1969 (R. 2299 y N. DICC 777), *debe exigirse exclusivamente del comitente u oferente* —Sentencias de 28 de febrero 1957 (R. 733) y 3 marzo 1967 (R. 1243)— *o de la persona o personas que hicieron el encargo* —Sentencia 27 diciembre 1972 (R. 5072)—, *que son las únicas contra las que está activamente legitimado el gestor para reclamar su comisión* —Sentencia de 8 marzo 1967 (R. 1310)—". Ambito de eficacia contractual que circunscribe la cuestión básica a determinar, atendida la aportación probatoria correspondiente a la agencia inmobiliaria, si entre los litigantes se celebró un contrato de corretaje por el que la demandada, ahora apelada, se obligara a pagar a la Inmobiliaria actora, ahora recurrente, una remuneración —450.000 pesetas según la demanda— para que esta última parte realizara la actividad de ponerla en relación con un tercero a fin de concertar el contrato de compraventa de un apartamento de su propiedad.

CONSIDERANDO: Que examinado el material probatorio aportado por la actora al objeto de cumplir con la carga precitada, si bien es cierto resulta acreditado que el 15 de octubre de 1980 se celebró un contrato de compraventa entre la demandada, como vendedora, representada por D. I. H. K. y los Sres. B., tras ponerse en contacto con la Agencia Inmobiliaria recurrente, como compradores, cuyo objeto era el apartamento propiedad de aquella, señalado con el nº 519 del Edificio de Mar, sito en Costa d'en Blanes, Calviá, por precio de 9.000.000 de pesetas, sin embargo y a los efectos expuestos en la fundamenta-

ción anterior, conviene destacar: A) La ausencia de medio de prueba que, como la nota de encargo a que se refiere el artículo 30 del D. de 4 de diciembre de 1969, acredite directamente la celebración del contrato de corretaje; B) La ausencia de medio probatorio alguno que, acreditando la habitual publicidad de la oferta de venta realizada en cumplimiento del encargo, verifique la existencia de éste; C) La ineficacia probatoria de las declaraciones de D. N. J. B. y D^a A. L. B. por haber sido emitidas por quienes, en su condición de compradores, tienen interés en acreditar que el contrato de corretaje había sido celebrado por la demandada; y D) La imposibilidad de presumir que si la Inmobiliaria actora poseía las llaves de acceso al apartamento de la demandada era porque ésta había contratado los servicios de aquélla, dado que tal tenencia es igualmente explicable en el supuesto de que la propietaria hubiera aceptado una previa oferta de compra realizada por la Inmobiliaria en base a un previo corretaje celebrando con los compradores.

CONSIDERNADO: Que lo anterior, reducido a una falta de prueba respecto al origen de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, conduce necesariamente a la confirmación de la sentencia de instancia previa desestimación del recurso que la impugnó.

CONSIDERANDO: Que al no apreciarse temeridad o mala fé en la interposición del recurso que se resuelve procede, en uso de la facultad establecida por la Disposición Adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, no hacer expresa declaración sobre el pago de las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Inmobiliaria M. contra la sentencia dictada por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de esta Ciudad, el veintitres de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada. Dada la rebeldía de la demandada D^a I. V. D. C., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

35

35. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. Desahucio por falta de pago: Contrato en el que se pacta una determinada renta como "mínimo asegurado", aumentable a tenor del coste de la vida. Cláusula que somete la prórroga del contrato a la obtención de determinados beneficios en los que participa el propietario. Resolución al amparo de que tal techo no se ha alcanzado. Tácita reconducción que enerva la facultad resolutoria. *Sentencia de 25 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: que el objeto de este litigio está constituido por la resolución de

contrato de arrendamiento por impago de la renta pactada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1569 del Código Civil y 1561 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reproduciéndose la pretensión ejercitada en primer grado y que fue desestimada en la sentencia recurrida. Una adecuada solución del problema debatido exige tener presente, como uno de los presupuestos de que indeclinablemente debe partirse, que, habiéndose suscrito por los contendientes el contrato litigioso, fechado al día primero de agosto de 1980, y que, según calificación dada por los mismos contratantes, sin necesidad de entrar ahora en el análisis de su verdadera naturaleza por ser cuestión ésta muy secundaria para la resolución del pleito, constituye un arrendamiento de industria, cuya vigencia se extiende hasta el día 30 de octubre de 1984, aparece subdividido el plazo de su duración en cinco periodos (tal y como consta en su cláusula quinta) en atención precisamente a haber sido prefijadas las cantidades, o en su caso el modo de determinarlas, que debían ser satisfechas a la finalización de tales periodos, los cuales tienen, cada uno de ellos, su respectiva fecha de terminación fijada el día 30 de octubre de cada año (párrafo primero de la cláusula sexta en relación con la quinta), pues se estima que la finalización de la temporada de cada año se produce en esa fecha concreta. Por consiguiente, es claro que cada uno de esos periodos equivale o se corresponde con cada una de las campañas o temporadas veraniegas, estando ello en consonancia no sólo con la interpretación emanada del tenor literal y de la armonización y coordinación de lo estipulado, sino también con la realidad del lugar en que se explota la industria arrendada, esto es, una población o isla cuya mayor actividad es la turística y en la que la explotación de un complejo industrial fundamentalmente destinado a discoteca y esparcimiento de las personas se concentra casi exclusivamente en el periodo veraniego el de mayor afluencia de visitantes. Es también presupuesto de que debe partirse, junto al de la duración contractual, el relativo al importe de la renta pactada, que, de acuerdo con las estipulaciones reflejadas en el contrato referido, interpretadas armónicamente, se cifra en la suma de tres millones de pesetas, en relación, claro está, con el primero de los periodos de los cinco que integran la total vigencia del contrato; y así debe inferirse tanto del hecho de haberse pactado esa suma como "mínimo asegurado" para el primero de los periodos o "años" (tal es la dicción empleada en la cláusula quinta), incrementándose cada año conforme el aumento que experimenta el costo de la vida, como también se deduce de que el resto de las cantidades que hayan de ser abonadas y que exceden de este mínimo, han de serlo únicamente "en caso de haber cantidades superiores a las que se consideren como mínimas de cada año" (pacto quinto), lo que no puede significar sino que tales sumas, inciertas en cuanto dependen de la buena o mala marcha del negocio, no constituyen verdaderamente renta contractual, sino un "plus" inseguro o aleatorio subordinado a la gestión negocial, evidenciándose también que tan sólo constituye la renta acordada la de tres millones de pesetas la circunstancia de que el pago de ésta debe verificarse antes del inicio de la campaña veraniega, posponiendo a su finalización el abono de los posibles beneficios que se pudieran obtener (denotándose así rasgos asociativos en la relación contractual, que no deben ser examinados al mostrarse patente la existencia de una renta mínima que dota al contrato de un indudable carácter de arriendo). De todo ello se desprende que el contrato litigioso tiene, obviadas consideraciones innecesarias acerca de su naturaleza, una renta y una duración perfectamente prefijadas y que consiguientemente a partir de estos datos ha de solucionarse el problema suscitado en esta alzada.

CONSIDERANDO: Que las precedentes aseveraciones deben ser puestas en relación con los hechos ocurridos y relaciones habidas entre los contratantes, lo que permitirá resolver adecuadamente la cuestión litigiosa; y, a tal fin, debe tenerse presente que, habiéndose satisfecho inicialmente la suma de tres millones de pesetas y cubierto por ende el "mínimo asegurado" del primero de los periodos contractuales, y habiendo transcurrido la temporada veraniega, sin que en modo alguno conste acreditada la existencia de beneficios obtenidos por la arrendataria, fue ésta enterada, en virtud de requerimiento efectuado el día 22 de enero de 1981, de la voluntad resolutoria de la arrendadora, amparándose en lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato, alusiva a que no podrá prorrogarse el contrato en el caso de que en el primer año no se obtuviera, en concepto de pago de renta, la cantidad de cinco millones y medio de pesetas; a dicho requerimiento, contestado negativamente, siguió el pago por el arrendatario de otros tres millones de pesetas, lo que tuvo lugar el día primero de julio, seguido del abono de 462.000 pesetas complementarias en

concepto de saldar el incremento experimentado por el coste de la vida. Ante tales hechos, se pretende por el arrendador la resolución de dicho contrato al entender que el arrendatario ha dejado de abonar la totalidad de la renta estipulada, y más en concreto la diferencia resultante entre los tres millones iniciales, efectivamente pagados, y los cinco millones y medio determinados en la cláusula cuarta, y cuyo impago trae como consecuencia, de acuerdo con lo acordado, la imposibilidad de prorrogar el contrato.

CONSIDERANDO: Que, expuesto lo acaecido entre los contratantes y consideradas las puntualizaciones precedentes, ha de partirse de un hecho perfectamente aceptado por el arrendador, tanto al confesar en juicio (posición séptima como al reproducir la pretensión en la vista celebrada en grado de apelación, relativo a que el abono de las 3.462.000 pesetas, pagadas en los primeros días de julio de 1981, se corresponde con el "mínimo asegurado" para el periodo de ese año, lo que además está en consonancia con la imputación o destino dado por el arrendatario al pago realizado. Consecuencia de ello es que tanto el mínimo de 1980 como el de 1981 están íntegramente satisfechos, y, por tanto, la cuestión litigiosa queda centrada tan sólo en la precisión de si el impago de los dos millones y medio que pretende el actor (derivado de la diferencia entre cinco millones y medio, importe cuya no cobertura puede impedir la prorrogabilidad del contrato —cláusula cuarta—, y los tres millones satisfechos como mínimo asegurado en el momento de suscribir el contrato) constituye causa suficiente como para decretar la resolución postulada, esto es, si la falta de abono de dicha cantidad significa el impago parcial de la renta contractual pactada, pudiéndose hacer efectivo lo dispuesto en la cláusula cuarta, relativa a la resolución contractual por no haberse pagado la cantidad prefijada. No debe olvidarse cuanto se ha indicado acerca de la finalización de los periodos señalados en el contrato, problema éste que adquiere la mayor importancia para la solución del caso controvertido: la fecha de terminación de ellos es el día 30 de octubre (así lo establecen las cláusulas quinta y sexta), y ello trae como consecuencia el que, transcurida esa fecha, que tiene por objeto comprobar si ha habido beneficios como consecuencia de la explotación de la industria arrendada, es entonces cuando el arrendador ha de ejercitar en debida forma la facultad resolutoria que le otorga la mencionada cláusula cuarta. Es obvio que ésta concede tan sólo una facultad que precisa de concreto ejercicio dentro de los plazos legalmente establecidos para que puedan producirse los efectos previstos, de tal suerte que si no es hecha valer en plazo ha de operar la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código Civil. Dicho plazo, de quince días de duración, comenzaba a correr el mismo instante en que finalizaba el término para liquidar los posibles beneficios habidos, y es durante ese periodo de tiempo cuando el arrendador debía haber pretendido en la forma debida la resolución que ahora postula. En modo alguno cabe entender que los periodos contractuales eran anuales, sino que, conforme se ha visto y late además en el espíritu de los contratantes, esos periodos eran temporales y ceñidos exclusivamente a la temporada veraniega, y ello queda resaltado en la facultad, contractualmente concedida, de poder controlar e inspeccionar la marcha del negocio arrendado (cláusula sexta) hasta el día 30 de octubre de cada año, al que se añade un plazo de 15 días más para el pago del resto de la renta (aquella que excede del mínimo asegurado, en el supuesto de existir beneficios). Consiguientemente, una vez transcurridos esos plazos, podía ejercitar el actor la facultad resolutoria contractualmente concebida, sin necesidad de esperar a que transcurrieran varios meses, pues entenderlo así carecería de sentido: pudiéndose fijar y concretar la renta el día 30 de octubre y gozándose de un plazo de quince días más para bonarla, no tiene justificación posible la ampliación del plazo de ejercicio de la facultad resolutoria hasta el comienzo de la temporada siguiente, sino que debe entenderse finalizado el periodo contractual en la fecha mencionada (15 de noviembre) y a partir de entonces podía instarse la resolución del contrato. El hecho de haber esperado al día 22 de enero, cumplido sobradamente el plazo legal de 15 días, trae como consecuencia la enervación de esa facultad resolutoria, así como la tácita reconducción del contrato. En suma, debe entenderse que el contrato se prorrogó automáticamente a partir del primero de diciembre de 1981, no pudiéndose estimar los pagos realizados durante 1981 más que correspondientes al mínimo asegurado de este año y no complemento de la renta mínima del año anterior, tal y como ha quedado expuesto. El pago de la cantidad mínima de 1981 trae como consecuencia la afirmación de que el arrendatario no incumplió lo pactado, y por tanto es improcedente la resolución contractual, debiéndose confirmar íntegramente la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dado el tenor del artículo 1582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede confirmar la condena en costas del demandante en la instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. L. L. en nombre y representación de la entidad C. S. A. contra la sentencia de trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de los de Ibiza, en el desahucio de industria de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran).

37

37. EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de falta de provisión de fondos, amparada en la inedificabilidad del terreno vendido. Existe provisión (provisión = venta). *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que se pretende por la parte apelante, reproduciendo la solicitud formulada en la instancia, el reconocimiento de carencia de provisión de fondos en relación con las letras de cambio que dieron origen al juicio ejecutivo que ahora se resuelve en segundo grado, aduciendo que la venta de un terreno con un chalet ubicado en su interior no ha sido efectuada en los términos y condiciones pactadas, y, que, en consecuencia, habiéndose incumplido la relación contractual existente entre los litigantes falla la cobertura económica subyacente a toda relación cambiaria. La argumentación expuesta en la sentencia recurrida es suficientemente expresiva de las razones por las que ha de improsperar la pretensión del apelante, pues, habiendo quedado debidamente justificada la conclusión de la antedicha venta, conforme a contrato suscrito privadamente, y aun cuando en él se produjo una patente confusión, indicando erróneamente el objeto vendido, que de los aproximadamente diez mil metros cuadrados que se consignaron eran objeto de transmisión tan sólo dos mil de ellos, esto es, una parte segregada de una finca de mayor extensión, más en concreto lo único de que los vendedores eran propietarios, queda ello subsanado con el expreso reconocimiento, efectuado al tiempo de absolver posiciones, de que los compradores eran conscientes de lo que era objeto de transmisión, es decir, tan sólo unos dos mil metros cuadrados, y esta expresa admisión impide admitir que falte una provisión de fondos que es ciertamente existente al haberse producido la transmisión. El que el objeto adquirido no reúna las condiciones esperadas, al que más concretamente no quepa levantar sobre él un chalet o vivienda, por impedirlo ciertas disposiciones administrativas o municipales es cuestión al margen por completo de lo que en esta alzada se ventila: existe provisión de fondos, esto es, una relación subyacente entre los contendientes, constituida por la aludida venta, y basta con ello para hacer improsperable tal excepción causal. Las posibles deficiencias o incumplimientos del vendedor es cuestión que queda al margen de un juicio especial y sumario como el presente: como muy bien indica

la sentencia recurrida, podrán ser utilizados los mecanismos legales para su subsanación mediante el saneamiento de la compraventa; pero es esto algo que excede de los límites del juicio ejecutivo y que no debe ser examinado en su seno.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTAS las disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. P. F. en nombre y representación de D. B. S. A. y D^a E. S. A. contra la sentencia de ocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de los de esta Ciudad, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran).

40

40. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima. Es motivo de nulidad y no de excepción. Costas. Criterio subjetivo. Revocación de la sentencia de instancia en cuanto las impone. *Sentencia de 1 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, estando centrado el problema litigioso en la determinación de si procede estimar o no la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, de acuerdo con el artículo primero de la normativa especial sobre uso y circulación de vehículos de motor, cuya admisión por la resolución recurrida ha motivado su impugnación y la formulación del presente recurso, y aceptándose la narración que de los hechos acaecidos recoge la sentencia apelada, esto es, que como consecuencia de la irrupción del ciclomotor conducido por el recurrente, *sin respetar la señal de stop* existente en el cruce con la vía por la que marchaba correctamente y con sujeción a las normas reglamentarias el conductor de la motocicleta asegurada en la entidad apelada, fue aquél colisionado por éste, no pudiendo evitar el choque ante la inminencia y proximidad existente entre ambos vehículos, debe concluirse reproduciendo en esencia las argumentaciones expuestas en la sentencia que se pretende modificar, pues, de un lado, ha quedado patentizado que la víctima infringió imprudentemente el mandato de detención ordenado por la señal de stop, introduciéndose de una manera precipitada y alocada, sin efectuar cuantas comprobaciones eran precisas acerca del estado de la circulación por la vía preferente antes de reanudar su marcha, y ello ocasionó la colisión referenciada; y, de otra parte, no cabe apreciar en la conducta del otro motorista, asegurado en la entidad demandada, no sólo infracción alguna de las normas de circulación, pues marchaba correctamente y a velocidad permitida y prudente, dadas las características de la vía por la que circulaba, *sino imposibilidad de ninguna especie de poder prever y evitar* el accidente, porque tanto la proximidad temporal como espa-

cial existente entre el momento en que el ciclomotor penetró en la calle preferente y el del choque impedían al otro representarse mentalmente la posibilidad de que acaeciera un hecho de tal naturaleza (irrupción en la calzada), ni, aun representada esa posibilidad, *le era factible evitar la colisión realizando una maniobra denominada jurisprudencialmente de evasión o de fortuna*, susceptible de ser hecha de acuerdo con las posibilidades deparadas por la técnica, el buen hacer y las circunstancias concurrentes. Se denota así una completa y absoluta falta de concurrencia culposa en el conductor de la motocicleta asegurada, y consiguientemente la atribución de toda responsabilidad a quien penetró indebidamente, no respetando la indicación de stop, en la vía por la que aquél circulaba. Siendo esto así, y aceptándose por consiguiente la excepción de culpa exclusiva de la víctima, carece de sentido examinar la excepción también aducida sobre plus petición, al no darse lugar a la pretensión del actor.

CONSIDERANDO: Que, en relación con el abono de las costas causadas en la primera instancia, ha de tenerse presente lo declarado por esta Sala en sentencias, entre otras, de 6 de julio de 1979 y 12 de mayo de 1980, relativas al encuadramiento formal que debe darse a la causa de oposición estimada de culpa exclusiva de la víctima, esto es, si procede incluirla en el ámbito del artículo 1464 o en el del 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos, respectivamente, a las excepciones aducibles en los juicios ejecutivos y a los motivos de nulidad del juicio, con la subsiguiente consecuencia de que, en caso de ser estimada esa causa de oposición, ha de proceder en lo relativo al pronunciamiento sobre costas (de acuerdo con los números segundo y tercero del artículo 1473, en relación con el 1474, ambos de la Ley Procesal Civil mencionada), o bien la preceptiva imposición de costas al ejecutante o bien la adopción del criterio subjetivo tradicionalmente imperante en nuestro Derecho. Es manifiesto que la elección, ante tan difícil alternativa, derivada de la remisión que sin más hace el artículo 18 de la normativa especial sobre circulación de vehículos a tales preceptos procesales, debe inclinarse en pro de su consideración como un motivo de nulidad incluíble en el número segundo del artículo 1467 (no ser exigible la cantidad reclamada), pues el otro precepto (artículo 1464) recoge varias excepciones que o se refieren a óbices procesales o contemplan la relación jurídica subyacente como extinguida o extinguible, sin incluir ningún motivo de oposición referido a la inexistencia inicial de lo que es objeto de reclamación; y, por consiguiente, y en vista de que no parece correcto cohonestar los supuestos legales contemplados en el artículo 1464 con la causa de oposición radicada en la culpa exclusiva de la víctima, ha de ser incluída ésta en el ámbito del número segundo del artículo 1467, único precepto que permitiría su encuadramiento formal a los efectos procesales que exclusivamente se pretenden: los del pronunciamiento en materia de costas. Así pues, y a tales estrictos efectos, ha de entenderse incluída esa causa de oposición dentro de los motivos de nulidad aducibles en cualquier juicio ejecutivo, imposibilitándose así los efectos derivados de los criterios objetivos que rigen en materia de costas en los juicios ejecutivos, y dejándose por tanto al arbitrio del Tribunal la determinación del abono de las costas causadas. Por consiguiente, y haciéndose aplicación de los preceptos antedichos, y no apreciándose temeridad ni circunstancia alguna que conduzca a condena sobre costas, procede modificar el fallo recurrido sólo en cuanto a este extremo se refiere, sin que proceda tampoco hacer especial pronunciamiento sobre el abono de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador T. en nombre y representación de D. I. C. H. contra la sentencia de diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Ibiza, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, a excepción de lo relativo a la condena sobre las costas causadas en primera instancia, que deberán ser satisfechas por cada una de las partes respecto de las causadas a su instancia, y las comunes por mitad. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

41

41. ALIMENTOS. Extranjería. Convenido de 20 de junio de 1956. Litis pendencia: exige los mismos requisitos que la cosa juzgada. *Sentencia de 2 de Marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando este litigio sobre reclamación de alimentos, promovida por el Ministerio Fiscal en cumplimiento del Convenio de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero, al que se adhirió España el día seis de octubre de 1966 (B.O.E. número 281, de 24 de noviembre de 1966), solicitándose el abono de las cantidades señaladas por sentencia dictada por tribunal alemán, fechada el día 30 de julio de 1976, que, a su vez, se atuvo al acuerdo extrajudicial económico tomado por los litigantes a raíz del divorcio entre ellos mediante; y contra la sentencia estimatoria de la demanda, dictada por el Juzgado de primera instancia de Ibiza número uno, se pretende por el marido alimentante su revocación, aduciendo, como soporte de su petición, la excepción de litis pendencia de la cuestión litigiosa ante un tribunal alemán, el mismo precisamente cuya resolución ha dado pie ulteriormente a la interposición del presente pleito, indicando el esposo que pende ante él reclamación directa e íntimamente relacionada con lo que ha de ser ahora objeto de resolución, y aportando, en justificación de ello, una certificación, debidamente traducida, expedida por dicho tribunal en que, según expresa el esposo, se acredita suficientemente la excepción procesal que alega.

CONSIDERANDO: Que son principios procesales de nuestro Derecho, claramente consolidados en nuestra doctrina jurisprudencial y científica, los que dejan al arbitrio y voluntad de los litigantes la determinación de lo que debe ser el objeto del litigio y la aportación de cuantos medios probatorios estimen oportunos para demostrar sus alegaciones o negar, impedir o extinguir los efectos de las normas aducidas por las partes contendientes, de tal suerte que es mínima la intervención efectiva de los tribunales, quienes se limitan a ordenar y dirigir el proceso hasta el momento de dictar sentencia, quedando a la libre decisión de los particulares el acopio de materiales probatorios y la realización de las pruebas que estimen convenientes, si bien sujetándose a las normas procesales; y son buena expresión de que esto es así la disposición contenida en el artículo 1214 del Código Civil, sobre carga de la prueba, y brocados tan tradicionales como "iudex iudicat secundum allegata et probata partium" y "quod non est in actis non est in mundo". Así pues, y en virtud de esos principios dispositivos y de aportación de parte, ha de corresponder a quien alega una excepción, en este caso un hecho impeditivo, su demostración, y, en el supuesto de no hacerlo satisfactoriamente, ha de prosperar la pretensión del demandante, siempre que ello quede también debidamente justificado. En el presente caso, ha comparecido el esposo y se ha personado en los autos, y en relación con lo que inicialmente era objeto de reclamación, esto es, cantidades que no sólo se extendían a su esposa, sino que abarcaban lo devengado en favor de la hija del matrimonio, ha acreditado, en relación con esta última, que no le adeudaba la suma pedida por mediar un particular acuerdo suscrito ante notario, dándose lugar en la sentencia recurrida a esa excepción y concediendo tan sólo el monto reclamado por su esposa. Adujo también el marido que, en relación con lo por ésta reclamado, pendía cuestión litigiosa ante la jurisdicción alemana, sin justificar absolutamente nada sobre dicho extremo a lo largo de la tramitación en primer grado; y es durante la sustanciación de esta alzada cuando ha traído una certificación que, al parecer, se refiere al mismo tribunal y a la misma causa que constituyen el soporte de la reclamación de la esposa. Pero no debe olvidarse que, conforme al artículo 1252 del Código Civil, es imprescindible, para la eficacia de las excepciones de cosa juzgada y la litis pendencia, que concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes

y la calidad con que lo fueron, y se hace preciso acreditar debidamente que existen esas identidades, pues de lo contrario ninguna incidencia ha de tener la excepción postulada. El esposo, que ha comparecido y ha tenido oportunidad de defenderse, como efectivamente lo ha hecho, y que ha podido servirse de cuantos mecanismos judiciales necesitase para demostrar en debida forma la realidad de la excepción por él propugnada, incluso valiéndose de los medios que concede el convenio internacional ya referido para la obtención de lo actuado en el tribunal del país de que es nacional, no ha logrado probar adecuadamente que pende ante aquel tribunal una pretensión cuya estimación pudiese afectar a una resolución contraria de este tribunal, y al no haberlo hecho así, pues son inconcretas y faltas de claridad las menciones recogidas en la certificación aportada al rollo de esta Sala, ignorándose lo que en realidad se halla pendiente de resolución ante el tribunal alemán, procede desestimar la excepción aducida de litis pendencia por no darse cuantos requisitos son precisos para que pueda prosperar.

CONSIDERANDO: Que, en relación con lo que constituye el objeto de resolución de fondo, ha de estimarse plenamente demostrado, a la vista de la documentación traída por la esposa alimentista, que ha sido devengada en su favor la cantidad que reclama, y, no existiendo obstáculo legal ni procesal alguno para su estimación, procede acceder a ella.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor L. en nombre y representación de D. L. H. S., contra la sentencia de once de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de primera Instancia numero uno de los de Ibiza, en el juicio de alimentos provisionales de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas devengadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

42

42. QUIEBRA. Graduación de créditos. Sentencias que no habían ganado firmeza al declararse la quiebra: no conceden privilegio alguno. Intrascendencia, a tales efectos, de la fecha fijada de retroacción. Retroacción: alcance: No afecta a las sentencias. Documentos: aportación y antecedentes legislativos del artº 504. *Sentencia de 3 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada que estima las impugnaciones de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores en el juicio de quiebra de que dimana el presente incidente, y declara que determinados créditos de las entidades bancarias impug-

nantes deben extraerse de la sección IV de "Acreedores comunes" y ser consideradas como "Privilegiados por derecho común", es apelada por la Sindicatura de dicha quiebra por las mismas causas —una de índole adjetiva o procesal, y otra de carácter sustantivo o material— que ya adujo en primera instancia para oponerse a la demanda iniciadora de este incidente, a saber: a) infracción de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber aportado tres, de los cuatro promotores de este incidente, con sus respectivos escritos de demanda, copias de las sentencias en que fundan sus impugnaciones y b) por desconocer el efecto del auto declarativo de la quiebra y el de su retroacción respecto a los créditos de los impugnantes.

CONSIDERANDO: Que la obligación impuesta en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los litigantes de acompañar, respectivamente, a su demanda o contestación el documento o documentos en que cada parte funde su derecho, ya establecida en la Novísima Recopilación —ley 1ª, título 3º, Libro II—, tiene por objeto hacer iguales las condiciones del debate, y poner coto a la mala fé de los litigantes, que solían reservarse los documentos mas decisivos para sorprender a su contrario, presentándolo cuando éste ya no pudiese proporcionar los medios para combatirlo; siendo complemento de dicho precepto los artículos 505 y 506 de la misma ley procesal, señalando este último, como excepción, los casos que despues de la demanda y contestación se admitirán al actor y al demandado, otros documentos. Al debatirse la cuestión litigiosa como incidente dentro de la sección cuarta de este juicio universal de quiebra, y al constar en dicho procedimiento concursal, las referidas sentencias, de cuya existencia y contenido tenían perfecto y completo conocimiento los Síndicos —ahora apelantes—, como se desprende del Estado de acreedores del quebrado confeccionado por la Sindicatura de la quiebra a efectos de la Junta de reconocimiento de créditos (folios 25/41) ya que bajo los ordinales 12, 14 y 47 se mencionan detalladamente las mencionadas sentencias, es por lo que se ha de desestimar el motivo primero de apelación.

CONSIDERANDO: Que la causa segunda del recurso se apoya en que las sentencias en que constan los créditos de las entidades impugnantes, ahora apeladas, son de fecha posterior a la retroacción —1º de Junio de 1976— fijada por el auto de declaración de quiebra de 9 de Diciembre de 1976, por lo que no ostentan, según la parte apelante, la preferencia de graduación que les reconoce la sentencia recaída en primera instancia.

CONSIDERANDO: Que la quiebra, como el concurso de acreedores para el deudor no comerciante, es un procedimiento de ejecución forzosa que tiene por fin el reparto equitativo del patrimonio del deudor entre sus acreedores. La declaración de quiebra, "condictio iuris" del estado legal de quiebra, aunque el artículo 874 del Código de comercio, dominado por la preocupación antiprocesalista haya omitido tan esencial requisito, es el punto de determinación de este juicio concursal, no solo de las cuantías de los créditos existentes contra el deudor —de ahí que se produzca, entre otros efectos, el vencimiento de los créditos aplazados (artículo 883), la interrupción del curso de los intereses (artículo 884)—, sino también de sus respectivas naturalezas y de fijación por ellas de la prelación de su pago (artículos 913 y 914) en las dos secciones en que divide la graduación de los créditos (artículo 912, como los últimamente invocados, del Código de comercio), pues como operación previa al pago de los créditos reconocidos, se impone la debida clasificación de dichos créditos para determinar su respectiva naturaleza, a fin de decidir por ella la clase de bienes con que han de hacerse efectivos y orden de su pago. *Es el momento procesal de la declaración de quiebra y no el de carácter sustantivo de la retroacción de la misma declaración, el que determina la naturaleza de lo créditos reconocidos como existentes en este procedimiento universal.* Mantener la tesis contraria implica desconocer tan fundamental principio, como desvirtuar el alcance y efecto de la retroacción de la quiebra. El Tribunal Supremo en sentencia de 12 Noviembre 1977 afirmó que la declaración de nulidad establecida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio "se conecta con los actos de dominio o administración, realizados por el quebrado durante ese lapso de tiempo, que fueron en detrimento de la "par condictio creditorum" significativo del principio de igualdad de acreedores"; o sea, que tal declaración de nulidad de desenvuelve y actúa lógica y necesariamente, en el ámbito del derecho sustantivo o material —actos del quebrado—, pero no puede en modo alguno afectar actos de índole procesal y por ende de

derecho público, como son las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales.

CONSIDERANDO: Que consecuente con lo que se acaba de exponer y toda vez que las sentencias en que consten los créditos de las entidades, Banco A S.A. (de 17 de Enero de 1977 —227.500 pesetas—, 19 de Enero de 1977 —150.000 pesetas— y 13 de Diciembre de 1976 —135.000 pesetas—) y B. M. S. S.A. (de 12 de Febrero de 1977 —384.372 pesetas—) son de fecha posterior a la declaración de quiebra —9 de Diciembre de 1976— y carecían en tal decisivo momento del carácter de firme que exige el apartado B) del ordinal tercero del artículo 1924 del Código Civil para que sus titulares ostenten el carácter de acreedores "privilegiados por derecho común" —nº 2 del artículo 913 del Código mercantil, es por lo que procede estimar la apelación en cuanto la resolución ahora apelada, considera dichos créditos con tal privilegio, y desestimarla respecto a los otros dos créditos, el de Banco U. S.A. y el de A. M. T. S.A. ya que constan en sentencias firmes de fecha 14 Septiembre y 15 Noviembre de 1976 respectivamente, anteriores ambas a la de la declaración de quiebra, aunque posteriores a la época de retroacción de la quiebra; y la condición privilegiada de los créditos que constan por sentencia firme lo tiene reconocido la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 27 Enero y 13 Junio 1958, 27 Abril 1967, 3 Noviembre 1971 y 10 Noviembre 1977.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don J. G. M. en nombre y representación de la SINDICATURA DE LA QUIEBRA DE D. A. S. F., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiseis de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez accidentalmente encargado del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad en el incidente de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a lo que a continuación se declara, y se confirma en el resto:

I) Que, estimando las impugnaciones de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores celebrada el once de Septiembre de mil novecientos setenta y nueve sobre graduación de créditos, formuladas por los Procuradores señores O. y M., respectivamente en nombre y representación de B. U. S.A. y A. M. T. S.A. en el juicio universal de quiebra de don A. S. F. —número 983 de 1976 de dicho Juzgado—, habiéndose opuesto en el incidente la Sindicatura mencionada, representada por el Procurador señor G., debemos declarar y declaramos la nulidad de los acuerdos impugnados por dichas entidades bancarias y en su lugar, debemos declarar y declaramos que el crédito de CUATRO MILLONES CUATROCIENTAS CUARENTA MIL QUINIENTAS TRES PESETAS (4.440.503) reconocido a favor del BANCO U. S.A., y el de QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000) reconocido a favor de A. M. T. S.A., deben extraerse de la Sección IV de "Acreedores comunes" y, ser considerados como "Privilegiados por derecho común" y, por ello quedar incluidos en la Sección II del Estado de Graduación de créditos del referido juicio universal.

II) Que, desestimando las impugnaciones interpuestas contra los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores antes mencionada, formuladas por los Procuradores señores B. y B., respectivamente en nombre y representación de B. A. S.A. y B. M. S. S.A., en el juicio universal de quiebra antes referida, habiéndose opuesto en el incidente la Sindicatura, representada por el Procurador señor G., debemos declarar y declaramos no haber lugar a las nulidades postuladas por estas dos últimas entidades bancarias.

III) Que no procede hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

Dada la incomparecencia en esta alzada de las entidades apeladas Banco A. A. S.A. y Banca M. S. S.A., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y

283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si no se instan sus notificaciones personales en el término de tres días. (Ponente: Julio Llovet Alabau)

44

44. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de provisión de fondos: carga de la prueba de la misma. Doctrina del T.S. y de la Sala. Costas: no se imponen en aplicación del nº 3 del artº 1.474 de la L.E.C. *Sentencia de 4 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la falta de provisión de fondos al librado —oponible en el juicio ejecutivo cuando éste se desenvuelve entre los intervinientes en la relación causal conforme reiteradamente sanciona el Tribunal Supremo (Sentencias 7-3-67, 8-1-68 y 17-1-1970)— plantea el tema de la carga probatoria que si bien un sector doctrinal atribuye al librado en base al dato de que la no formulación de oposición y declaración de rebeldía del ejecutado engendra la procedencia de dictar sentencia de remate, eximiendo al ejecutante de acreditar aquella provisión, sin embargo, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 21-12-1973, recogida por la de 25-2-1974 “ninguna duda cabe en orden a que, como ya declaró esta misma Sala (Sentencia, por todas 82/1972, de 27 de septiembre), la carga de la prueba de la provisión de fondos corresponde al librador, lo que claramente dimana: a) De que, conforme dispone el artículo 456 del Código de Comercio, es una obligación del librador; b) De los artículos 458 (“a menos que pruebe que había hecho oportunamente la provisión de fondos”) y 460 del mismo cuerpo legal (“siempre que pruebe que al vencimiento de la deuda tenía hecha provisión de fondos para su pago”), solución que coincide, obviamente, con la adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias, por todas, de 15 de diciembre de 1916, 1 de julio de 1929, 30 de enero de 1936 y 20 de enero de 1954). Principio distributivo del onus probandi que no puede ir más allá de lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil, como declaró esta Sala en Sentencia de 25-2-1974 que al mismo tiempo puntualiza: “1º) Lo único que ha de probar el librador es la existencia de una deuda a su favor de entidad, conforme dispone el artículo 457 del Código de Comercio, “igual o mayor” que la figurada en la cambial; 2º) Demostrada esta existencia inicial, su desvirtuación por pago u otras causas extintivas, incumbe, con arreglo al primer precepto, al deudor, como ya declaró esta misma Sala en sus sentencias 38/1970, de 22 de mayo, y 141/1973, de 21 de diciembre, al decir que “solo exige al librador en el juicio ejecutivo la justificación de aquellas sus relaciones con el librado normalmente determinantes de la aceptación de la letra y de la existencia de la provisión de fondos en este último, mientras se impone al ejecutado, partiendo de aquella probanza del ejecutante, la obligación de desvirtuarla, sea por inexistencia sea por insuficiencia de tal provisión”.

CONSIDERANDO: Que frente a la oposición articulada en primera instancia y reiterada en ésta, el Consorcio F. I. S.A., Sociedad ejecutante apelada, afirma la existencia de provisión de fondos en poder del librado por cuanto éste resulta ser deudor por los conceptos que motivaron el libramiento y aceptación de las letras de cambio ejecutadas y que se exponen seguidamente: A) Deudas anteriores a las fechas de libramiento de las cambiales citadas —1 de febrero y 1 de mayo de 1979—; E) Compra de 810 acciones de las que

el C. F. I. S.A. emitió el 15 de diciembre de 1979 para ampliar su capital y de cuyo valor únicamente una parte había sido satisfecho mediante entrega de dinero en efectivo; C) Préstamo concedido por el Consorcio ejecutante para suscribir 640 acciones del Consorcio F. B. S.A. y D) Compra de 240 acciones del socio Dr. M. B. quien únicamente había desembolsado el 25% de su valor.

CONSIDERANDO: Que examinadas las afirmaciones causales precitadas se observan injustificadas omisiones como son, en la primera, la relativa al importe y origen de las deudas existentes con anterioridad al libramiento de las cambiales que se ejecutan y, en la segunda, la referente al quantum de la entrega en efectivo realizada para pago del valor de 810 acciones de las que el Consorcio ejecutante había emitido para ampliar su capital, —dato necesario para determinar el quantum que causó la aceptación de las cambiales mencionadas—.

CONSIDERANDO: Que analizado el material probatorio aportado a la litis con la finalidad de verificar la realidad de las afirmaciones básicas expuestas resulta que: 1) Ningún medio probatorio ha sido aportado en relación con las deudas anteriores al libramiento de las letras de cambio aportadas con la demanda; 2) El contenido de la escritura pública otorgada por el Consorcio F. I. S.A. el 16 de marzo de 1979 en cuanto revela, según manifestación propia de la Sociedad ejecutante mencionada, que "los expresados suscriptores (suscriptores, entre los que se encuentra el ejecutado, de las acciones representativas del capital social ampliado) han desembolsado en efectivo metálico, el importe de sus respectivas acciones (810 fueron adquiridas por el demandado) habiéndolo ingresado en la Caja Social antes de este acto, por lo cual se declara totalmente desembolsado el aumento de capital de cinco millones de pesetas", impide tener como verdadera la afirmación causal de que las letras de cambio habían sido aceptadas para cubrir el valor de las acciones no desembolsado en dinero efectivo; 3) Ningún medio de prueba ha sido ofrecido al juzgador para acreditar la realidad del préstamo que el Consorcio Financiero actor afirma haber realizado al oponente apelado al objeto de adquirir 640 acciones del Consorcio F. B. S.A., sin que la existencia de tal contrato pueda deducirse de la Póliza de operaciones al Contado (folio 78) aportada como medio de prueba específico pues acredita que el socio demandado adquirió 640 acciones del propio Consorcio F. demandante; y 4) El valor no desembolsado de las acciones adquiridas al socio titular anterior —360.000 pesetas pues según confesión del demandado fueron 480 acciones y no 240 como se afirma en la contestación a la oposición— es inferior al importe de toda y de cada una de las letras de cambio que la sociedad actora pretende fundamenten su acción ejecutiva.

CONSIDERANDO: Que el incumplimiento de la carga probatoria que al Consorcio F. actor le correspondía a tenor de la doctrina expuesta en la fundamentación primera de esta resolución, motiva su deber de soportar las consecuencias inherentes a la inexistencia de la cantidad reclamada y que se concretan en la solicitada declaración de nulidad del juicio ejecutivo prevista en el número tercero del artículo 1473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que a tenor del último párrafo del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la imposición de costas deja de ser preceptiva en la primera instancia cuando, como ocurre en este caso, no existe causa para apreciar temeridad en el ejecutante, sin que tampoco proceda, atendido el contenido de esta resolución, hacer especial declaración sobre las causadas en este grado jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don E. F. F. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Ibiza, el once de marzo de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando la oposición formulada por el citado recurrente y desestimando la demanda formulada contra éste por el Consorcio. F. I. S.A. debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio eje-

cutivo mencionado, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

50

50. DERECHO BALEAR. Estudio de la presunción establecida en el n° 3 del art° 3 y de su destrucción por la prueba. Prueba de la posición económica de los cónyuges antes del matrimonio de la que quepa inferirse la procedencia de los recursos necesarios para la adquisición de los bienes presuntamente comunes. Depósitos bancarios titulados indistintamente: No significa la atribución de los mismos por mitad. Análisis de la prueba y destrucción de la presunción de comunidad. *Sentencia de 14 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de este litigio se centra en la reclamación de diversos bienes hereditarios, pretendidamente pertenecientes a la madre de la demandante, quien fue declarada, en virtud de auto de tres de septiembre de 1979 dictado por el Juzgado de primera instancia número Dos de Palma de Mallorca (autos n° 366 de 1979), heredada abintestado de aquella, aduciéndose como fundamental soporte de su solicitud la prescripción contenida en el número tercero del artículo tercero de la Compilación de Derecho civil especial de Baleares, instauradora de una presunción de comunidad real respecto de aquellos bienes que no resultan privativos de alguno de los cónyuges, y que, en el entender de la actora, ha de producir el efecto de transferir en su favor la mitad de los bienes reclamados al no constar en modo alguno su exclusiva pertenencia al esposo de la fallecida; y, al propio tiempo, es también objeto de reclamación un conjunto de bienes diversos pertenecientes, a juicio de la postulante, única y exclusivamente a ella, reivindicándolos respecto del marido de su madre. Determinado, pues, lo que es pretendido, se hace preciso sentar, como indispensables premisas de las que partir para realizar el análisis jurídico de la cuestión debatida, los siguientes extremos, sin los cuales no es posible enjuiciarla correctamente: A) el matrimonio contraído el día 11 de julio de 1972 entre el demandado, ahora apelado, y T. C. G., madre ésta de la reclamante, se rigió por el régimen de separación de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo tercero de la mencionada Compilación en relación con el artículo 14 del Código Civil, que impone a la mujer casada seguir la condición de su marido en lo tocante a la vecindad civil de derecho foral, haciéndose de aplicación todo cuanto aparece dispuesto en esa Compilación en materia de régimen económico conyugal; B) son hechos indubitados acaecidos en el seno de su matrimonio, además de su celebración ocurrida, según se ha indicado, el día 11 de julio de 1972, los siguientes: a) la demandante, hija de la esposa fallecida, pero no del marido de ésta (el ahora apelado), fue reconocida legalmente el 20 de noviembre de 1972; y b) la esposa falleció el día 6 de abril de 1978, sin otorgar testamento alguno. Debe ser, por tanto, a partir de tales hechos, como ha de ser enjuiciado el objeto litigioso sometido a la consideración de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que la normativa foral mallorquina viene caracterizada, como una de sus instituciones que mayor raigambre alcanza, ratificada por el favor dispensado por sus naturales y aforados, por el mantenimiento del régimen económico-matrimonial de absoluta separación de bienes —a falta de capitulaciones en contrario (artículo tercero de la Compilación)—, enraizado directamente en el derecho romano y reconocido en otros derechos forales y en diversas legislaciones extranjeras; y, aun cuando haya podido afirmarse que un régimen económico de tal naturaleza conlleva serios inconvenientes centrados esencialmente en la falta de convergencia de cada uno de los patrimonios separados hacia el cumplimiento de los fines conyugales y familiares, a diferencia de los regímenes comunitarios, en los que parece preponderante la atención de las necesidades familiares en que se inserta el matrimonio, no obstante no cabe desligar aquella institución jurídica de lo que son las características tradicionales de la familia mallorquina, enraizada secularmente en la negación de amalgamas patrimoniales, deseando tanto la distinción y nitidez de cada uno de los patrimonios conyugales como la proporcional contribución a cuantos gastos y necesidades origine la institución familiar, y haciendo de ello una feliz combinación en la que, sin detrimento de la pureza patrimonial, no queden desatendidas las exigencias económicas consustanciales a toda familia. Es obvio que la Compilación balear, reflejo de instituciones jurídicas y sociales arraigadas de antaño, reconoce el principio de diferenciación patrimonial, aunque introduce determinadas matizaciones o correcciones en aras de evitar perjudiciales consecuencias a que podría conducir una exacerbada radicalización de los principios informantes del sistema de separación de bienes; y, así de un lado, introduce la obligación, impuesta a cada cónyuge, de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio (artículo cuarto, párrafo primero "in fine"), estableciéndose, por otra parte, una presunción legal de copropiedad respecto a aquellos bienes que no resulten privativos de cada uno de los cónyuges (artículo tercero, párrafo tercero). Esta presunción de comunidad de bienes, respecto a aquéllos que no resulten pertenecer particularmente a ninguno de los esposos, que es sustitutiva de la antigua presunción muciana, y que probablemente desafine con el contexto de un régimen de absoluta separación de bienes, dejando abierto un conducto para una paulatina introducción de un régimen inspirado en una mayor confusión o interrelación de los patrimonios privativos, obliga a los consortes, titulares de bienes a título personal, a procurar la demostración de su exclusiva titularidad sobre los mismos, so pena de derivarse el efecto jurídico, impuesto por la aludida presunción normativa, de ser reputados como bienes comunes, pertenecientes por mitad y proindiviso a ambos cónyuges. Claro es que, dados los principios inspiradores de la legislación foral, inclinados decididamente en pro del régimen de absoluta separación patrimonial, y habida cuenta de que es norma vinculante la que obliga a interpretar los preceptos de la Compilación atendiendo a la tradición jurídica balear encajada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan (artículo segundo, párrafo segundo), no cabe sustraerse, ni siquiera a la hora de interpretar y aplicar aquella presunción de copropiedad, a estas orientaciones generales resultantemente favorables a la tradición jurídica foral.

CONSIDERANDO: Que las precedentes aseveraciones deben ser tenidas siempre presentes a la hora de estudiar el tema litigioso, como medio de comprender la parte dispositiva de esta resolución, la cual ha de girar indeclinablemente alrededor de las siguientes ordenadas: a) La duración del matrimonio ha sido particularmente breve: en efecto, habiendo sido contraído el día 11 de julio de 1972, quedó disuelto, como consecuencia del fallecimiento de la esposa, el día 6 de abril de 1978; b) el esposo ha acreditado ampliamente que, con anterioridad a la celebración del matrimonio, realizaba diversos trabajos, debidamente remunerados, así como transacciones y operaciones de adquisición y transmisión de bienes inmuebles, que le reportaron sustanciosos ingresos, prosiguiendo en tales actividades con posterioridad incluso a la contracción de matrimonio; c) por el contrario, escasísima ha sido la justificación en torno a bienes e ingresos de cualquier especie que sean pertenecientes a la esposa, no habiendo constado ni resultado que fuera ésta titular de bien alguno; y d) en modo alguno cabe olvidar el deber, impuesto proporcionalmente a cada consorte, de contribuir al sostenimiento de los gastos originados por el matrimonio o la familia por éste engendrada. Conviene examinar separada y más detalladamente cuando ha sido probado en relación con los bienes pertenecientes a uno y otro cónyuge. Y, así, en cuanto al patrimonio de la esposa, no queda patentizada otra cosa, en vista de cuanto ha

sido actuado, más que una absoluta carencia de bienes anteriores al matrimonio, siendo insuficiente la prueba efectuada con objeto de advenir ingresos provenientes de actividades laborales desarrolladas con anterioridad a las nupcias, pues ni los trabajos que se dicen realizados son susceptibles de engendrar unas ganancias capaces de traducirse en lo que es ahora objeto de reclamación, ni cabe siquiera estimar como de su exclusiva incumbencia la satisfacción de determinados gastos escolares o de vivienda, al parecer de bastante entidad, ocasionados inmediatamente antes de la boda; y otro tanto ha de afirmarse respecto de las percepciones obtenidas a raíz de haber trabajado como auxiliar de clínica en los periodos comprendidos entre los días 19 de enero de 1970 a cinco de octubre de 1972 (antes de contraer matrimonio, salvo los últimos meses), y primero de julio de 1976 a 30 de septiembre de 1977, ya que el escaso monto de lo obtenido por razón de su trabajo —que en total puede rondar las trescientas mil pesetas por cuanto se refiere a todo el trabajo desarrollado después del matrimonio— impide admitir la formación de un patrimonio privativo, que es incapaz de fundamentar la reclamación postulada. Pero es que son precisamente estos ingresos los que parcialmente justifican la aportación patrimonial que todo cónyuge realiza al matrimonio —sea en metálico, sea en especie—, pues suficientemente acreditada ha quedado la colaboración, debidamente remunerada, prestada por dos mujeres en las tareas cotidianas del hogar, reduciendo consiguientemente la efectiva contribución de personal o en especie la misma esposa, quien al desarrollar una actividad laboral coopera con sus salarios a la debida cobertura de las necesidades del hogar. Efectivamente, no cabe dar otra interpretación a las percepciones laborales de la esposa, pues, de acuerdo con lo prescrito en la Compilación balear (en el ya mencionado artículo cuarto, párrafo primero “in fine”), tanto uno como otro cónyuge deben contribuir proporcionalmente al sostenimiento del matrimonio, y es bien evidente que la esposa ha colaborado con dinero en lugar de con su propio y personal trabajo. Sostener una orientación diferente traería como consecuencia un flagrante incumplimiento por parte de la esposa de un deber de sufragar gastos familiares que tanto viene exigido al esposo como a la esposa: deben imputarse, pues, los ingresos de la esposa a la satisfacción de los gastos familiares ordinarios, a salvo de lo que ulteriormente se dirá acerca de determinada cantidad percibida por el marido después del fallecimiento de su consorte. Y, en lo que se refiere a la acreditación de bienes de la propiedad del esposo, ha quedado justificada con la suficiente amplitud y detalle, conforme se ha indicado, su intervención en numerosas negociaciones lucrativas, compras y ventas de pisos y de fincas rústicas, así como unos ingresos que, por razón de su trabajo, le permitían vivir con la suficiente holgura, habiendo abierto cuentas bancarias, formando parte de comunidades y manteniendo relaciones económicas muy anteriores a la época en que contrajo matrimonio a los 51 años de edad, cuya explicitación y detalle constan debidamente circunstanciadas en autos. No cabe concluir de ello sino que, tal y como ya se ha dicho, al tiempo de iniciarse el matrimonio, era éste quien poseía un patrimonio debidamente delimitado, careciendo prácticamente la esposa de bienes de su exclusiva pertenencia susceptibles de fundamentar la pretensión ejercitada en este litigio.

CONSIDERANDO: A modo de recapitulación, que es atendiendo a estos parámetros (breve duración del matrimonio, carencia de patrimonio de la esposa y correlativa obligación de ésta de contribuir a los gastos familiares, y justificación por el esposo de la pertenencia de un patrimonio suficientemente holgado antes de contraer matrimonio) como debe ser entendida e interpretada la presunción de comunidad del párrafo tercero del artículo tercero de la Compilación balear en relación con el caso enjuiciado; y, como sea que este precepto impone un deber de demostrar el carácter privativo de cualquier bien, so pena de que, en caso negativo, tenga eficacia la presunción legal y, no debiéndose acentuar esa carga probatoria hasta un límite tal que conduzca a una plena, absoluta e indubitada certeza, de tal suerte que no quepa el menor resquicio de duda, sino que ha de bastar con una demostración suficientemente consistente según el prudente arbitrio del tribunal, que, sopesando cuantas circunstancias concurren y tomando en consideración los principios informadores de la institución o instituciones jurídicas en las que se cobijan las pretensiones de las partes —en el presente caso, la institución foral de la absoluta separación de bienes, para cuya interpretación debe estarse al sentido proporcionado por la tradición jurídica balear—, determina si los bienes en litigio *resultan* o no privativos de uno de los consortes, ha de llegarse a la ya referida conclusión de que, a la vista de cuanta documentación y demás pruebas han sido traídos al pleito, pertenecen en su totalidad los bienes al esposo, a

salvo del pronunciamiento de la sentencia de instancia (exigido por el principio de la reformatio in peius), lo que va a ser comprobado al examinar cada uno de los bienes u objetos concretamente reclamados.

CONSIDERANDO: Que, en relación con las cuentas corrientes y depósitos bancarios que son objeto de reclamación —concretamente la mitad de sus saldos al tiempo del fallecimiento de la madre de la demandante—, debe partirse de que, en efecto, en algunos de ellos aparecen ambos cónyuges como titulares indistintos, de tal suerte que tanto uno como otro podían disponer libre e indiscriminadamente de sus fondos; pero ello no significa necesariamente la atribución dominical a cada uno de ellos de la mitad de sus respectivos saldos, conclusión a la que seguramente conduce una precipitada interpretación de la presunción contenida en el párrafo tercero del artículo tercero de la Compilación, sino que se hace preciso examinar cuantas circunstancias concurren en los esposos, y, sólo a la luz de lo que de ese examen resulte, hacer entonces aplicación o no de tal presunción. Son precisamente las consideraciones anteriormente expuestas las que enervan la eficacia de la aludida pretensión: el esposo ha acreditado de manera consistente su titularidad sobre los bienes que son reclamados, mientras que ninguna prueba sólida ha sido efectuada en sentido contrario acreditando que también la esposa tenía sus propios bienes, y es precisamente esta consideración —unida al corto tiempo de duración del matrimonio— la que aboca indeclinablemente a entender que el carácter indistinto dado a algunas libretas de ahorro o cuentas corrientes no permite hacer entrar en juego la presunción de copropiedad aducida por la reclamante. No debe olvidarse tampoco que el mero hecho de abrir una cuenta o libreta bancaria indistintamente a nombre de ambos cónyuges no significa, de un modo obligatorio, la constatación de una titularidad o propiedad conjunta e indivisa respecto de los fondos existentes, pues, aun cuando en el ámbito del derecho común suele suceder así, por imponerlo el régimen de comunidad en que se traduce el sistema de gananciales respecto de los frutos y ganancias obtenidos durante el matrimonio, se da una honda diferencia cuando el régimen imperante es el de separación de bienes, debiéndose diferenciar en éste entre la atribución o delegación de la denominada “potestad de las llaves” en uno de los cónyuges (ordinariamente la esposa), para que destine parte de los ingresos obtenidos durante el matrimonio al sostenimiento de sus cargas y atenciones cotidianas, actuándose como administrador de los fondos precisos para esas necesidades diarias, pero sin ostentar titularidad específica alguna sobre los mismos, y, de otra parte, la transmisión de bienes sea o no en concepto de liberalidad, del patrimonio de uno de los cónyuges al otro, siendo conveniente recordar a este respecto que, conforme dispone el párrafo tercero del artículo cuarto de la Compilación, son nulas las donaciones entre cónyuges (en correspondencia, por tanto, con lo establecido en el artículo 1334, derogado, del Código Civil, pero aplicable en virtud de la irretroactividad de las leyes civiles), a cuyo efecto de ineficacia podría llegarse en caso de reputar como donación el acto de convertir en indistinta la titularidad de una cuenta o depósito bancario, no cabiendo, en consecuencia, sino entender, a la vista de cuanto ha sido actuado, que el carácter indistinto de dichos depósitos obedece a una finalidad de facilitar el desenvolvimiento de la mencionada potestad doméstica, fundamentada en la confianza recíproca de los esposos, en el efecto que se dispensan o, simplemente, en la comodidad para uno de ellos, sin que quepa admitir que ese carácter indistinto responda a actos de liberalidad del esposo que, en cualquier caso, y como quiera que envuelven una transmisión a título gratuito, producirían el efecto de su ineficacia.

CONSIDERANDO: Que, entrando en el examen particularizado de los depósitos bancarios que se reclaman, aparece en primer término un depósito a plazo fijo cuyo montante asciende a cuatrocientas mil pesetas, el cual fue impuesto el día tres de febrero de 1975 en el B. C. B., siendo cancelado el día 8 de noviembre de 1978, después del fallecimiento de la esposa; y, habiendo quedado acreditado que el marido había sido titular de un depósito semejante, por suma de trescientas mil pesetas, que fue cancelado el mismo día tres de febrero de 1975, no cabe sino reputar que los fondos integrantes de uno y otro depósitos tienen la misma procedencia: el patrimonio del esposo. Así debe inferirse tanto de la común lógica y sentido (artículo 1253 del Código Civil), a falta de justificación en contrario, como del conjunto de circunstancias concurrentes, que ya han sido objeto de examen. Otro tanto cabe afirmar respecto de la cuenta corriente con número 60-050001-2, de la misma entidad bancaria, que, habiendo sido abierta el día diez de octubre de 1966,

mucho antes de celebrarse el matrimonio, se le dió el carácter de indistinta el día 12 de septiembre de 1974, para ser cancelada posteriormente, en fecha de treinta de octubre de 1977, y debe ser así entendido tanto en base de las precitadas consideraciones cuanto en razón de que ningún indicio concurre acerca de que la esposa efectuase ingresos en ella o aportase fondos. De igual modo, y en relación con la libreta de ahorros con número 175.383/98, de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares, cuyo saldo al día 30 de marzo de 1978, inmediatamente antes del fallecimiento de la esposa, era de 1.019.012, 61 pesetas, y que fue abierta el día 19 de diciembre de 1975 y cancelada nueve días después de su óbito, procede reputarla de la exclusiva propiedad del marido, tanto en atención a las consideraciones que reiteradamente se han mencionado como por el hecho de haberse acreditado cumplidamente el origen de los abonos impuestos en esa libreta, provenientes de las percepciones obtenidas por razón del trabajo del esposo. Semejantes conclusiones se obtienen respecto de la cuenta corriente abierta en el Banco Industrial del Mediterráneo, con el número 432, que fue aperturada el día 5 de mayo de 1976, también con el carácter indistinto apuntado, y cancelada el diez de abril de 1978, así como en relación con determinados bonos de dicho banco, por cuanto estaban además a nombre exclusivo del marido. Es, pues, obvia la consecuencia de cuanto ha sido expuesto y que una vez más se reitera: la reclamante no goza de derecho alguno sobre los saldos de dichos depósitos bancarios por resultar privativos del demandado.

CONSIDERANDO: Que, en lo concerniente a la reclamación de un turismo, marca Renault-12, con matrícula PM-7316-G, que fue comprado el día ocho de julio de 1975, apareciendo desde entonces como titular del mismo la esposa del demandado, hasta que en fecha de 28 de diciembre de 1978 se efectuó su transmisión en favor de éste, ha de seguirse la misma conclusión que respecto de los depósitos bancarios, y ello porque ha quedado suficientemente patentizado que el referido vehículo fue pagado mediante la entrega de otro que ya poseía el esposo (un Simca 1000, con matrícula PM-113.931), completándose el resto del precio mediante la entrega de un talón librado contra una cuenta corriente ya mencionada (la número 60-050001-2), del B. C. B), que, aunque estaba abierta indistintamente a nombre de ambos consortes, ha de seguir los efectos derivados de las consideraciones y principios que informan la resolución de este litigio. El hecho de que el vehículo fuera anotado en los registros oficiales como pertenecientes a la esposa no significa necesariamente que fuera dueña del mismo, porque, habiéndose justificado plenamente que la adquisición se verificó pagando el precio con dinero exclusivo del esposo, ha de derivarse de ello que, conforme a las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, el bien obtenido en sustitución del dinero pagado pasa a formar parte del patrimonio privativo de aquel que en verdad compró, y no del de su cónyuge, a menos que sea reputado el hecho como una donación o liberalidad a título gratuito, que, conforme a la legislación foral balear, según se ha indicado, se halla completamente prohibida. No siendo, pues, una donación, debe entenderse que la registración del vehículo a nombre de la esposa debió responder a otras finalidades de menor entidad, cuya averiguación no constituye objeto de decisión en este pleito.

CONSIDERANDO: Que, respecto a los inmuebles asimismo reclamados, dos de ellos situados en la calle Pérez Galdós, números 26 y 28, que constituyen una sola vivienda, y también un apartamento ubicado en Santa Ponsa, se aduce que constan adquiridos por sendas escrituras públicas fechadas, respectivamente, en los días ocho de marzo y cuatro de octubre de 1973, y en el día nueve de abril de 1975, por lo que, habiendo sido adquiridos durante el matrimonio, y no pudiéndose reputar comprados con bienes pertenecientes exclusivamente a uno de los cónyuges, ha de operar la presunción de comunidades tantas veces citada. No obstante, las consideraciones precedentemente realizadas en torno a los patrimonios privativos conyugales, así como el hecho de constar suficientemente acreditado, en virtud de la profusa prueba documental aportada, que la efectiva adquisición tuvo lugar bastante antes o en la misma época en que se contrajo el matrimonio, siendo en consecuencia realizados los pagos, por razón de compra o con el fin de hacer habitable las viviendas, por el esposo, y así se desprende de cuantas facturas han sido aportadas, permiten entender que, habiendo sido hechas las adquisiciones con capital del esposo, resultan de la pertenencia de éste esas viviendas o apartamentos, no teniendo en el presente caso virtualidad ninguna la disposición del artículo 1227 del Código Civil, en tanto que, con-

forme a doctrina jurisprudencial reiterada, la eficacia y extensión de tal precepto debe ceder en los casos en que se acredita suficientemente otra cosa.

CONSIDERANDO: Que, en relación con los restantes bienes reclamados, bien sean por pertenecer a la esposa difunta, bien por ser de la propiedad de la misma demandante, no se ha verificado demostración alguna mínimamente consistente que conduzca a su estimación, por lo que no es posible acceder a lo pretendido al faltar los soportes precisos para ello.

CONSIDERANDO: Que en atención a cuanto ha sido expuesto no procede acoger la pretensión impugnatoria de la sentencia recurrida, la cual debe ser confirmada íntegramente: tanto en relación con la condena al pago de la suma de 74.127 pesetas, que deben reputarse pertenecientes a la reclamante al constar acreditado ser un ingreso de su madre fallecida y que cobró su marido sin contar con la intervención de la actora, como en el pronunciamiento que, aun cuando no sea coincidente con las argumentaciones precedentemente expuestas, impone conceder a la parte reclamante una parte proporcional de determinadas cuentas y depósitos bancarios, cuya determinación ha de efectuarse en período de ejecución de sentencia, y ello en virtud de la exigencia procesal impuesta por el principio, sólidamente instalado en nuestro Derecho, que impide modificar una resolución judicial en perjuicio de una de las partes si no ha sido solicitado por la contraria (reformatio in peius), y, no habiéndose solicitado por la parte apelada, ha de proceder la confirmación, por imposibilidad de variación, de la misma.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. O. V. en nombre y representación de D^o. P. P. C. contra la sentencia de diez de febrero de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma en el juicio declarativo de mayor cuantía de este rollo dimana debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

Participese a la Oficina liquidadora del impuesto sobre derechos reales y actos documentados, la existencia de las escrituras fechadas a los días 8 de marzo y 4 de octubre de 1973, y 9 de abril de 1975, para que proceda como en Derecho corresponda. (Ponente: Carlos Climent Durán)

52. ALIMENTOS PROVISIONALES. Peculiaridades procedimentales respecto del juicio sobre alimentos definitivos. Absoluta equiparación, a partir de la Constitución y consiguiente adaptación del C.C., a efectos de los mismos, entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Título: posesión de estado: concepto jurisprudencial y

justificación de la misma: análisis de las pruebas que la acreditan. *Sentencia de 16 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el estudio del propio recurso de apelación formulado, basado en que sin previo reconocimiento o declaración de paternidad, supuestos que no se dan en la presente litis y que deben sustanciarse en el juicio declarativo correspondiente, no cabe la pretensión de alimentos postulada en este proceso sumario, procede determinar si se da nulidad de actuaciones, aducida en el acto de la vista, por no haber sido citado ni haber sido parte en primera instancia, en este juicio de alimentos provisionales, el Ministerio Fiscal. Nulidad que no ha lugar ya que la disposición transitoria 8ª de la Ley 7 de Julio de 1981, número 30/81, que preceptúa que será parte el Ministerio Fiscal, siempre que algunos de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes, se refiere, como se indica en dicha disposición, a los procesos de nulidad, separación o divorcio, pero no a los juicios de alimentos provisionales, y si bien el párrafo último del artículo 148 del Código Civil, añadido por la Ley 13 de Mayo de 1981, determina la intervención del citado Ministerio para instar del Juez la adopción de medidas cautelares oportunas a favor del alimentista, ello solo procede en los casos de urgencia y cuando no haya petición del que tenga derecho a alimentos, supuestos que no es el del presente juicio.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el estudio del fondo del recurso, interesa señalar que este juicio, ahora en segundo grado jurisdiccional, es un procedimiento breve y sencillo, en el que se oye sumariamente al que ha de prestar alimentos y que como juicio contradictorio está regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en el Libro Segundo —De la jurisdicción contenciosa—, entre los juicios sumarios, con una sustanciación especial que no concuerda con la de la Ley de 1855 que lo configuraba como acto de jurisdicción voluntaria, en el que no se daba audiencia al demandado aunque lo solicitara, sin que en virtud de su oposición se trocase contencioso el expediente, separándose de la regla establecida para dichos actos. La diferencia entre alimentos provisionales y definitivos, aquellos se señalan en juicio sumario, porque su asignación y pago es provisional o por vía interina, éstos se fijan definitivamente por ejecutoria en juicio declarativo, es recogida por la vigente Ley Procesal civil, cuyo Título XVIII, Libro II, lleva por rúbrica “De los alimentos provisionales” y su último artículo, el 1617, expresamente declara que la sentencia firme que recaiga no producirá excepción de cosa juzgada y quedará a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos por los trámites del declarativo correspondiente.

CONSIDERANDO: Que dado el carácter adjetivo que tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, su referido Título XVIII se limita, lógica y técnicamente, a ordenar el procedimiento sin determinar cosa alguna acerca del derecho para pedir alimentos provisionales ni de la obligación de prestarlos, por ser estas cuestiones propias del Derecho sustantivo; y al proclamar la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978 en su artículo 39.3 que “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los demás casos que legalmente proceda”, dió lugar a la promulgación de la Ley 13 de Mayo de 1981, número 11/81, que da nueva redacción, entre otras disposiciones a las del Título V del Libro I del Código Civil, para adaptarlas a las transcritas normas constitucionales, declarando el apartado segundo del actual artículo 108 del citado Código que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, y el 113 menciona, a falta de los medios que expresa en primer lugar para acreditar la filiación, la posesión de estado. Sobre este concepto, el Tribunal Supremo tiene declarado, si bien con referencia al n.º 2 del anterior artículo 135 del repetido Cuerpo legal, que estatúa la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, a efectos de reconocimiento de paternidad, que, como cuestión de hecho es de libre apreciación judicial, requiriéndose que sus elementos constitutivos se acrediten por prueba directa y no por presunciones (Sentencia de 5 de Enero 1945), y que se deriva la posesión de estado de

un conjunto o serie de actos notorios y reiterados que por su naturaleza y circunstancias determinan una situación de hecho de carácter permanente, acreditativa de voluntad (Sentencias de 28 de Noviembre de 1941 y 3 de Julio de 1945).

CONSIDERANDO: Que el artículo 1609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, primero del citado Título XVIII, exige, en su apartado primero, que con la demanda se presenten los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se pidan los alimentos provisionales. La palabra título tiene en nuestro derecho, doble significación: sustantivo o material, o sea causa o razón jurídica (negocio jurídico, disposición legal o decisión judicial o administrativa), y formal o instrumental, o sea prueba gráfica o documental que constata o autentiza aquella causa. Aquella acepción, la de causa jurídica, es la que se sustenta en el apartado segundo del mismo artículo 1809, cuando dispone que si el título se fundase en un derecho otorgado por la Ley —puede basarse también en contrato y testamento—, se presentarán los documentos que acrediten la relación de parentesco entre demandante y demandado, o las circunstancias que den derecho a los alimentos: supuesto este último que incluye la posesión de estado de hijo, cuya justificación se puede completar con testigos, según dispone el mismo precepto procesal; o sea que tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal, cabe el triunfo de la acción de alimentos provisionales en el juicio sumario regulado en el repetido Título XVIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que el demandante acredite posesión de estado de hijo respecto al demandado, sin que ello implique un reconocimiento judicial de paternidad, que solo es posible a través del juicio declarativo correspondiente, sino la concreción de efectos, de carácter provisional, derivados de una situación de hecho, cual es la posesión de estado de hijo.

CONSIDERANDO: Que, de la apreciación conjunta de la prueba practicada se estima que la niña M^a. I. P. M., nacida en Madrid el 26 de Diciembre de 1977, estuvo, desde su nacimiento, en posesión de estado de hija del demandado; como se desprende, entre otras pruebas, de la fotografía obrante al folio 18 en el que el demandado aparece sentado en un sillón teniendo en sus brazos a la citada niña cuando tenía unas semanas de edad, de los recibos del Colegio donde cursa sus estudios la citada menor, en los que figura como primer apellido de la niña el del hoy apelante (folios 21 y 22), así como también de la declaración del demandado prestada en el sumario número 171/1981 del Juzgado de Instrucción número Tres de esta ciudad (folios 36/37).

CONSIDERANDO: Que apelada la sentencia en su integridad, se transfiere al juzgador de segunda instancia el conocimiento íntegro y pleno, y por tanto con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis (Sentencia de 12 de Abril 1980), por lo que procede también examinar si la suma de 20.000 pesetas fijada por el juez "a quo" como alimentos provisionales que el demandado debe pagar, es la adecuada, al disponer el artículo 146 del Código Civil que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, y al tener la madre de la alimentista unos ingresos propios, está obligada a contribuir a la prestación alimentaria de su hija (n^o 1 del artículo 154 del repetido Código). Y teniendo en cuenta: a) que la madre de la alimentista, tiene 30 años de edad, es asistente técnica sanitaria, trabaja en el Instituto Nacional de la Salud, percibiendo 58.885 pesetas mensuales (folio 23), vive con su madre en el domicilio de ésta y tiene otro hijo mayor que la alimentista, nacido de una unión anterior; b) que el demandado está casado, es Policía Nacional, siendo su retribución mensual 62.937 pesetas (folio 33), y c) que la alimentista tiene 6 años de edad, y cursa sus estudios en el Colegio San Cayetano de esta Ciudad, se fija en 13.000 pesetas mensuales la cuantía que el demandado debe prestar, en concepto de alimentos provisionales, a la menor M^a. I. P. M.; revocándose en este particular el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por don J. C. Ll., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha seis de octubre de mil novecien-

tos ochenta y dos dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio de alimentos provisionales de que dimana el presente rollo, unicamente en cuanto se fija en TRECE MIL pesetas (13.000) la cantidad mensual que el demandado J. M. C. Ll. debe pagar a la actora y para la hija de ésta M. J. P. M., confirmando el resto del fallo recurrido, y sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Lloret Alabau)

53

53. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños a vehículos. Valor venal superior al de la reparación: es procedente indemnizar por el importe del primero en aquellos supuestos en que el seguro cubra la pérdida total, por el contrario, de la sentencia se deduce que de no mediar tal cobertura no procede indemnización alguna si el importe de los daños supera el valor en venta. *Sentencia de 16 de Marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia que condena a la Compañía Aseguradora demandada al pago de la diferencia resultante entre la cantidad reclamada por la actora en su demanda por los daños causados a cuatro de sus vehículos de motor en sendos accidentes y asegurados por aquella Compañía, y la postulada por vía reconvenicional, es apelada unicamente por la entidad aseguradora, por lo que quedó firme el fallo recaído en cuanto acoge la reconvenición formulada, y por ello queda circunscrito este recurso a la estimación o no de la demanda instauradora de este juicio declarativo de mayor cuantía, ahora en segundo grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que, además de unos concretos motivos impugnativos de las indemnizaciones postuladas por cada uno de los automóviles que resultaron dañados y que mas adelante son objeto del correspondiente estudio, la parte apelante aduce unas causas genéricas de impugnación referentes a todas ellas que, invocadas ya en primera instancia, fueron rechazadas por el juez "a quo", a saber: a) la suspensión de los de las pólizas de seguro suscritas por los hoy litigantes, y b) las valoraciones de los desperfectos de los vehículos asegurados, se realizaron sin intervención alguna de la hoy apelante, según reconoció expresamente en su confesión (posición 4ª) la ahora recurrida-demandante. La pretendida suspensión de vigencia de las pólizas de seguro, en base a la carta que la actora remitió a la entidad Aseguradora, cuya copia obra al folio 71, sería a partir del día 1º de Agosto de 1980, pues en dicha misiva se afirma que "cancelamos las pólizas en treinta y uno de julio del presente año" —1980—, lo que resultaría de total inoperancia a los efectos de esta segunda instancia, ya que todos los siniestros, cuyas indemnizaciones se reclaman en esta litis, acaecieron con anterioridad a aquella fecha; amén que consta en autos certificación de la propia compañía aseguradora acreditativa de que uno de los seguros estaba vigente (folio 15), y la posible cancelación de las pólizas no impide que se reconozcan y se cumplan, en su caso, los efectos producidos por los contratos suscritos ante de la repetida data; y ello es así ya que la propia hoy apelante, por vía reconvenicional, postuló y se le reconoció a su favor en primera instancia, 72.369 pesetas a cargo de la reconvenida, aquí apelada, suma derivada de unos contratos cuya eficacia la ahora recurrente continúa

sin embargo negando en esta alzada, no siendo lícito ir validamente contra sus propios actos la Compañía aseguradora (Sentencia de 7 de Marzo de 1975); y si ya es incongruente tal actuación, nada serio resulta que se insista sobre tal suspensión de eficacia ante este Tribunal "ad quem", cuando en su escrito de conclusión y con referencia al resultado de la prueba practicada en este juicio, afirmó literalmente lo siguiente: "III.- *Vigencia de las pólizas de que se trata*: Hay que reconocer que las pólizas que emparaban los vehículos matricula PM 9733 M y PM 9736 M, se hallaban vigentes, según certificaciones de Mediodía que así lo expresaron, y obran por testimonio llegado a estos autos, de los correspondientes procesos penales.- Igualmente hay que considerar vigentes las pólizas de los restantes vehículos PM 9711 N (folios 51, 52 y 53), y PM 4049 L (recibo del folio 29; a pesar de que la entidad aseguradora consideraba suspendida su vigencia, según la nota acompañada con la contestación a la demanda)". El otro motivo genérico de impugnación, igualmente se ha de desestimar, ya que habiéndose probado que la aseguradora cumplió su obligación de poner oportunamente en conocimiento de la compañía Aseguradora los siniestros de los que se derivan las indemnizaciones que se interesen en este juicio, la pasividad o inactividad de dicha compañía, al no practicar ni acordar peritaje alguno respecto a los siniestros sufridos por los automóviles asegurados, no puede en modo alguno invalidar ni modificar las valoraciones realizadas a instancia de la asegurada, por un perito industrial colegiado y ratificadas judicialmente, pues del mismo modo que a causa de que "la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (artículo 1256 del Código Civil), los suscritos por los hoy contendientes no pueden depender su efectividad de la arbitraria y contradictoria conducta de la entidad aseguradora que recurre.

CONSIDERANDO: Que entrando en el estudio de las impugnaciones referentes a cada una de las indemnizaciones estimadas por el juez de instancia, hay que distinguir: I) respecto al automóvil turismo marca SEAT, modelo 124, matricula PM-9733-M, no puede prosperar la impugnación ya que su póliza de seguro expresamente incluye como riesgo cubierto el de "Pérdida Total" (folio 11) y según informe pericial, el importe de su reparación excede en mucho, su valor venal que es de 397.000 pesetas (folios 16/18), que es el que reclama la actora. II) en cuanto al coche turismo marca SEAT, modelo 124, matricula PM-9736-M, tampoco puede prosperar su impugnación por la misma razón que la anterior: su póliza (folio 27) incluye el riesgo de pérdida total, y su valor venal —397.000 pesetas (folio 31)—, es inferior al de los daños sufridos por el mismo coche. III) Distinta es la solución, al ser estimada la impugnación referente a la indemnización postulada y otorgada referente al automóvil marca SEAT, modelo 133, matricula PM-4049-L, cuya póliza, a diferencia de las otras tres obrantes en autos, no fué aportada por la actora, sino por la entidad Aseguradora demandada (folio 59), no incluye, como las otras tres referidas, como riesgo cubierto, el de "Pérdida Total", que es el que se reputa producido, ya que según peritaje obrante a los folios 40/41, el importe de su reparación —269.000 pesetas—, supera el valor venal del vehículo que es de 180.000 pesetas; careciendo de base fáctica la afirmación del juez "a quo" que reputa sin embargo incluido tal riesgo en el seguro de dicho turismo por ser su recibo, el del seguro, superior al de la póliza del vehículo PM-9736-M que si lo incluye, premisa inexacta ya que la prima total de la póliza de seguro de este último turismo es de 7.636 pesetas, mientras que la del automóvil PM 4049-L, es de 3.781 pesetas; y IV) respecto al turismo marca SEAT, modelo 126, matricula PM-9711-N, su impugnación no puede prosperar, pues su póliza (folio 53) incluye como riesgo cubierto el de "Pérdida Total" y la valoración de los daños practicada por perito industrial colegiado excede al de su valor venal que es de 245.000 pesetas (folios 57/58); sin que pueda acogerse la tesis contraria que sustenta la apelante de que el siniestro que produjo la pérdida total fué el incendio, riesgo no incluido expresamente en la póliza suscrita por los hoy litigantes, pues el estudio sistemático de los riesgos expresados en la referida póliza de seguro, lleva a la conclusión de que el riesgo "Pérdida Total", es un simple "riesgo resultado", a diferencia de los otros precedentes inmediatos a aquel que se indican en la póliza, "Daños-incendios" y "Daños-Colisión" que son riesgos "resultado-*causa*", por lo que la pérdida total del vehículo asegurado a tenor de los artículos 39, apartados 1 y 4 y artículos 44 y 47 de las condiciones generales del seguro contratado, subsume, a efectos indemnizatorios de este seguro concertado, cualquiera que sea la causa determinante del siniestro —incendio, colisión—; pues de admitir la tesis de la recurrente la cobertura de "Pérdida Total" del

bien asegurado y por la que se abona una prima especial, constituiría un verdadero fraude, al no estar incluidas expresamente, como en el caso que se contemple, las causas que normalmente determinan la pérdida total del vehículo asegurado —incendio y colisión—, como tampoco los de carácter excepcional —inundación, motín, actos de terrorismo, etcétera—, o sea, que se aseguraría, cobrando la oportuna prima, la posible pérdida total de un automóvil, pero no se abonaría su indemnización, al no incluirse en la póliza del seguro, las causas de tal pérdida. Conclusión absurda que como tal se ha de rechazar.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto, procede estimar la apelación formulada en cuanto la sentencia impugnada acoge la pretensión indemnizatoria de 180.000 pesetas por pérdida total del automóvil asegurado matrícula PM-4049-L, ya que se ha de desestimar en tal indemnización, y ello determina reducir en dicha cuantía la suma a que se condena a la entidad demandada a pagar a la actora, cantidad que queda fijada en 966.631 pesetas.

CONSIDERANDO: Que al estimarse en parte el recurso formulado no hay imposición especial de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Cia. M., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha cinco de Julio de mil novecientos ochenta y dos 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, en cuanto se oponga a la presente, en la que declaró: Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador señor S. en nombre y representación de la entidad M. contra la compañía M., representada por el Procurador señor C., y así mismo estimando en su totalidad la reconvencción formulada por la sociedad demandada, y por compensación de las pretensiones económicas estimadas, debemos declarar y declaramos que la entidad inicialmente demandada, la compañía M. adeuda a la actora inicial M. la suma de NOVECIENTAS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS TREINTA Y UNA PESETAS (966.631) a cuyo pago se condena a aquella compañía a favor de ésta, así como también de los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda iniciadora de este juicio hasta el día de hoy, y desde esta fecha hasta su total pago, del interés prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; absolviendo a la compañía M. del resto de la reclamación contra ella formulada; confirmando el resto del fallo recurrido. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

54

54. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Renovación de letras: el impago de las nuevas hace recobrar plena eficacia de las primitivas. Timbre: fraccionamiento del pago que produce una disminución del impuesto: queda subsanada la deficiencia mediante adición de pólizas complementarias. *Sentencia de 6 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva ejercitada por el librador de las letras de cambio aportadas con la demanda rectora de la litis, el librado aceptante, ahora recurrente, articuló su oposición en primera instancia en base a: 1) Excepción de pago por cuanto las cambiales ejecutadas habían sido objeto de renovación —excepción que fue abandonada en el acto de la vista del recurso y sustituida, en base a igual pacto renovador, por la causa de nulidad prevista en el n° 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—; y 2) Falta de fuerza ejecutiva de los títulos aportados por reintegro insuficiente.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de oposición procede ser radicalmente rechazado pues: 1) la existencia de un pacto renovador —con independencia de la alteración sobre su encuadramiento como motivo de oposición— debe ser objeto de verificación, y examinados los medios probatorios que el oponente ha aportado al objeto de cumplir su específica carga, ninguno existe que permita establecerlo como cierto, sin que pueda otorgarse tal eficacia a la simple presentación de fotocopia de dos letras de cambio pues ni existe elemento complementario alguno que permita establecer la relación documental opuesta, ni dato específicamente cambiario del que inferirla, sino que, al contrario, la afirmación del recurrente relativa al momento en que se celebró el pacto renovador —una vez vencidas las cambiales que se ejecutan— queda evidenciada como incierta al desprenderse del texto de las cambiales fotocopias que éstas fueron libradas con anterioridad al vencimiento de las presuntamente renovadas; y 2) aun admitiendo —a efectos argumentativos— la realidad de la renovación, igual conclusión se establecería ante el impago de las cambiales renovadoras —impago expresamente admitido en el escrito de oposición— por cuanto, en aplicación a la normativa contenida en el artículo 1170 del Código Civil, la falta de realización de las letras de renovación motiva que las renovadas recobren su eficacia (Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1974).

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria corresponde al segundo motivo de oposición pues si bien es cierto que la Ley del Timbre de 14 de abril de 1955 y el texto refundido de 3 de marzo de 1960 estiman en el párrafo 2° de su artículo 18, que la disminución del impuesto motivada por la expedición de dos o más efectos por el mismo librador a cargo del mismo librado o de persona interpuesta, como consecuencia de una misma operación, es equivalente a la omisión del timbre motivadora de la carencia de fuerza ejecutiva, sin embargo la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 excluyó como supuesto sancionable el referido fraccionamiento —artículo 170, apartado 2°, párrafo segundo— como lo excluye el artículo 26 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados al establecer únicamente que "procederá la adición de las bases respectivas, a fin de exigir la diferencia". Diferencia de tributación que ha sido pagada por el librador mediante las pólizas suplementarias incorporadas al dorso de las cambiales ejecutadas.

CONSIDERANDO: Que desestimada la oposición y examinados, en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 1440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los títulos presentados procede, al no apreciarse en éstos defecto alguno de los mencionados en los párrafos 1° y 2° del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que la acción de interponer y mantener un recurso en base a argumentos carentes de credibilidad en su apoyatura fáctica debe calificarse de temeraria, motivando la expresa condena del recurrente al pago de las costas causadas en este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. H. A. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de esta Ciudad, el diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena del recurrente al pago de las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

57. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Las obligaciones que dimanarían del artº 1.902 del C.C. son solidarias. Consiguiente desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Requisitos para que surja la responsabilidad. Responsabilidad ex artº 1.903: es directa: doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo ha establecido, en sentencias de 20 de Mayo de 1968, 20 de Febrero de 1970, 20 de Marzo de 1975 y 15 de Octubre de 1976, entre otras muchas, que las obligaciones derivadas del artículo 1.902 del Código Civil son siempre solidarias, cuando haya o pueda haber varios intervinientes en la producción del daño, pues si bien es cierto que la solidaridad no se presume, hay casos o presupuestos en los que la Ley crea una solidaridad *zativa*, bien para garantía del acreedor, o como adecuada sanción de una falta o acto ilícito, lo que determina que si los causantes o intervinientes son varios, sobre cada uno de ellos pesará la obligación solidaria de reparar íntegramente el daño, sin perjuicio de que en la relación interna entre los mismos la deuda pueda presumirse dividida entre tantas partes iguales como deudores haya, salvo en el texto de la obligación resulte otra cosa, conforme dispone el artículo 1.138 del precitado Código (Sentencia de 6 de Noviembre de 1980); doctrina legal que permite concluir que la relación jurídico-procesal de esta litis está correctamente constituida, con la sola llamada al proceso del propietario de la máquina retro-excavadora que causó los daños que mas adelante se indican, no dándose por ello la falta de litis consorcio pasivo necesario, argüida en la sentencia apelada; por lo que procede entrar en el fondo de la cuestión litigiosa: la prosperabilidad de la acción indemnizatoria postulada, basada en una posible responsabilidad extracontractual.

CONSIDERANDO: Que reiterada es la doctrina del Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 1.902 del repetido Código —Sentencias de 22 de Febrero de 1946, 22 de Octubre de 1948, 20 de Octubre de 1950, 30 de Enero de 1951, 7 de Noviembre de 1964, 24 de Junio de 1965, 20 de Junio y 10 de Octubre de 1968 y 8 de Octubre de 1969—, en las que se sienta que para que la responsabilidad extracontractual regulada en tal precepto sea declarada, se hace precisa la conjunción de los requisitos o supuestos siguientes: uno subjetivo, la existencia de una acción 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 o lesión al accionante, y otra causal la relación entre el daño y la falta; especificándose en las sentencias de 16 de Abril de 1963, 14 de Febrero de 1964, 11 de Mayo y 16 de Noviembre de 1967 y 24 de Febrero de 1969, que las responsabilidades exigibles a los empresarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código Civil, por la conducta culposa o negligente de sus empleados o dependientes que hubiere causado daños a un tercero, no tiene carácter de subsidiaria, respecto de la que reconoce el artículo 1.902 de la misma Ley sustantiva, sino el de "directa" como surgida de la relación jurídica material producida entre el primero y el agraciado y derivada de la culpa "in eligendo" o "in vigilando", cuya imputabilidad corresponde exclusivamente al autor del evento dañoso, aunque de los precitados artículos no aparece incompatibilidad entre las acciones que tiene el dañado contra el dañador y contra la empresa que este es empleado o dependiente (Sentencia de 6 de Noviembre de 1980).

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior, y al ejercitarse la acción directa por la entidad perjudicada contra el propietario de la máquina excavadora causante del daño y habiéndose probado que dicho daño, valorado en 228.455 pesetas (folio 15), fué causado

el 20 de Junio de 1980 por la máquina retro-excavadora LY-80 marca Poclain, matrícula PM-2525-V.E., propiedad del demandado y manejada por un empleado suyo, cuando llevaba a cabo la excavación de una zanja para albergar las aguas pluviales, con motivo de las obras de reforma y ensanche de la carretera C-715, ocasionando la rotura del cable subterráneo de media tensión que une eléctricamente las estaciones transformadoras Tejar Victoria y Tejar Castor, sitas en Manacor, propiedad de la entidad demandante (posiciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª), así como la falta de adopción de medidas por parte del demandado en la realización de la excavación de dicha zanja, tendentes a evitar roturas o averías de las posibles conducciones subterráneas en aquel lugar del casco urbano —líneas eléctricas, telefónicas, etcétera—, ya que las obras se realizaban en una travesía de la importante ciudad de Manacor (folio 80) —segunda población de este archipiélago balear—, lo que determinó la referida secuela dañosa, que siendo previsible, debió ser prevista por el demandado, como titular de una empresa especializada en obras de esta naturaleza, lo que determina la existencia del nexo causal entre la culpa y el daño; siendo procedente señalar que el tendido eléctrico subterráneo que resultó averiado, hacía años que se había realizado con las oportunas autorizaciones administrativas (folios 10/13) y los planos de su localización fueron entregados el 8 de Mayo de 1980 por la entidad hoy apelante-actora, a la empresa C. y M. adjudicataria de las expresadas obras de reforma de la carretera C-715. Sin que pueda prosperar la tesis del apelado-demandado, expuesta en el acto de la vista, de no tener culpa alguna por el daños causado por no habersele facilitado la información imprescindible para la realización de las obras, ya que si sabía que dicha información era imprescindible para llevar a cabo las excavaciones sin causar daños a terceros, debió antes de iniciar tales obras, solicitar o recabar dicha información y al no hacerlo, actuó negligentemente, dada la previsibilidad de la existencia de cables subterráneos de líneas eléctricas en aquel lugar, actuación negligente que conlleva la reclamada responsabilidad extracontractual.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede, previa revocación de la sentencia impugnada, dictar otra en la que se estime la demanda iniciadora de este Juicio.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de la imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por G., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha doce de Julio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Señor Juez de Primera instancia de Manacor y su Partido, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la demanda interpuesta por G. contra don M. V. S., debemos condenar y condenamos a dicho demandado a satisfacer a la entidad actora la cantidad de DOS-CIENTAS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTAS CINCUENTA Y CINCO PESETAS (228.455); sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

63

63. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. Notas que lo caracterizan según la doctrina de la Sala. Incorporación de nuevos elementos: no empece a aquella calificación. Interpretación de los contratos: prevalencia de los hechos constitutivos sobre el tenor literal. *Sentencia de 25 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: que siendo cierto que sobre las palabras usadas por los contratantes están los hechos constitutivos del contrato, como advierte una reiterada doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las sentencias de 30 de Enero de 1981 y 30 de Abril de 1982, la tarea hermenéutica que debé realizar el órgano jurisdiccional partiendo de las reglas contenidas en el órgano jurisdiccional partiendo de las reglas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil debe atender en el área distintiva del arrendamiento de industria a las notas que esta Sala señaló en sentencia de 20 de Enero de 1982: "a) que lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (sentencia, entre muchas, de 12 de Junio de 1967, 10 y 17 de Marzo de 1970 y 29 de Diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados con el local sean suficientes para el funcionamiento del negocio (sentencias de 25 de Noviembre de 1972, 25 de Mayo de 1973 y 8 de Junio de 1979), no dependiendo la calificación de arrendamiento de industria ni de la importancia de la misma ni del número de elementos de que conste (sentencias de 15 de Marzo de 1976 y 25 de Marzo de 1978), así como tampoco del hecho de que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (sentencias de 19 de Junio de 1963, 29 de Diciembre de 1971, 25 de Mayo de 1973, 8 de Noviembre de 1974 y 9 de Julio de 1979).- b) que si los términos contracruales son claros ha de estarse a sus propios términos (sentencias de 25 de Noviembre de 1972, 24 de Noviembre de 1975 y 15 de Marzo de 1975), siendo en esta materia singularmente relevante la interpretación contextual o sistemática de las distintas cláusulas del contrato (sentencias de 15 de Noviembre de 1972 y 24 de Noviembre de 1975)".

CONSIDERANDO: Que a tenor de la doctrina precitada la argumentación impugnativa carece de la eficacia revocatoria pretendida dado que la insuficiencia de los elementos entregados al arrendatario para el funcionamiento del negocio —alegación argumentativa apoyada exclusivamente en dictamen pericial emitido durante la tramitación de la litis— no puede prevalecer sobre dato tan decisivo como es que la industria objeto de la contratación litigiosa funcionaba con anterioridad inmediata al momento en que ésta se perfeccionó con los mismos elementos cedidos al demandado, por lo que la incorporación de otros nuevos debe entenderse dirigida a conseguir una ampliación del negocio que no puede alterar la calificación de arrendamiento de industria propia del contrato formalizado entre los litigantes.

CONSIDERANDO: Que la anterior, unido a la correcta fundamentación expuesta por el juez a quo sobre la terminación del plazo arrendaticio —cuestión no debatida directamente— conduce a la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer pronunciamiento especial sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. G. Sa. contra la sentencia dictada por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, el veintiseis de Julio de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio arrendaticio sobre resolución de contrato de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este grado jurisdiccional. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

67. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Se puede accionar tanto a partir del contrato como de las relaciones extracontractuales siempre que: 1º) el hecho causante sea incumplimiento obligatorio e infracción del principio “nemo laedere”, 2º) La doble infracción provenga del mismo autor y, 3º) el doblemente perjudicado sea el mismo sujeto pasivo. Derecho de éste a elegir la vía procesal que vincula, ex congruencia, al Tribunal. Contrato de fletamiento: obligaciones y responsabilidades del capitán del buque. Conocimiento de embarque: valor de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Defectos en el trincaje de las mercancías. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que cuando se reclama indemnización por daños, mediando una relación jurídica o contrato entre los litigantes, cabe optar por el ejercicio de las acciones emanadas directamente del contrato o por aquéllas que se enmarcan en el ámbito de las relaciones extracontractuales, pues, aun cuando ha venido gozando de preferencia el criterio que otorga preferencia a la utilización de los medios procesales provenientes de la relación contractual, quedando incluso imposibilitada la vía de una reclamación fundamentada en la responsabilidad extracontractual cuando aquella otra podía ser hecha valer, ha quedado consolidada desde hace tiempo la orientación contraria, de la que son buena muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1952 y de 30 de diciembre de 1980, expresivas de que, respondiendo las esferas de la responsabilidad contractual y la extracontractual a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora, comprendida en el concepto genérico recogido en el artículo 1006 del Código Civil, el perjudicado puede elegir entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea el mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que ése, que ha sido doblemente perjudicado, sea la misma persona, y que la doble infracción haya sido cometida por una misma persona, por sí o por medio de sus dependientes, lo cual no significa el reconocimiento de poder exigir dos responsabilidades, sino tan sólo de poder optar entre una u otra de aquellas acciones encaminadas a un mismo fin. Son precisamente la causa que subyace en la reclamación ejercitada —un hecho culposo achacable al demandado— y el concepto unitario que sobre la culpa civil impera en nuestro ordenamiento jurídico, los que permiten reconocer la facultad de elegir la vía procesal que se estime conveniente, porque, siendo también idéntica la finalidad perseguida por el demandante en ambos casos, no ha de existir impedimento procesal serio que obstaculice la consecución del resarcimiento pretendido. Claro es que las exigencias procesales derivadas del principio dispositivo y de la congruencia que toda resolución judicial debe tener imponen la ineludible consecuencia de tener que sujetarse a la acción elegida por el actor, enjuiciando el problema litigioso conforme a los términos con que fue ejercitada y establecida la relación procesal, sin que posteriormente pueda alterar la el juzgador, tomando la responsabilidad extracontractual, base de la pretensión, como si fuese contractual, ni viceversa.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos que preceden son directamente aplicables al caso debatido, puesto que, reclamándose la indemnización de los daños experimentados en el camión perteneciente al actor, y fundamentándose la pretensión ejercitada

en culpa o negligencia atribuible a uno de los demandados, optó aquél por el sometimiento a las disposiciones reguladoras de la responsabilidad extracontractual, pese a que podía haberse acogido a los preceptos reglamentados para el contrato de fletamento estatuidos en los artículos 652 y siguientes del Código de Comercio; y, en consecuencia, habiendo elegido de esta manera, inclinándose por el ejercicio de la acción conferida por el artículo 1902 del Código Civil, quedan ya definitivamente fijados los términos fundamentales de su acción, así como las notas determinantes del enfoque que debe darse a la relación material que media entre los contendientes, sin que quepa ulteriormente variación ninguna con el objeto de impedir una mejor acomodación a intereses parciales. Es, por tanto, la acción fundada en la culpa aquiliana la ejercitada en el presente proceso, y así se infiere tanto del modo en que aparecen redactados los hechos como los fundamentos de lo que se pretende, y, aunque pueda haberse hecho mención de algún precepto regulador de relaciones contractuales, no cabe otorgarle la menor relevancia, toda vez que aparece nítida e indubitada la vía elegida por el actor.

CONSIDERANDO: Que el Código de Comercio regula en disposiciones varias (artículos 612, 5º, 619 y 620) las normas de diligencia y de cuidado aplicables a todas las actuaciones del capitán así como sus responsabilidades en caso de haberlas incumplido —y también la subsidiaria de la entidad naviera, impuesta en el artículo 618 de dicho Código—; y, así, el capitán debe permanecer constantemente en su buque mientras se recibe la carga a bordo y debe “vigilar cuidadosamente su estiba” (artículo 612, 5º), respondiendo del cargamento desde que lo reciba hasta que lo entregue al destinatario (artículo 619), y, aunque no será responsable de los daños sobrevenidos al cargamento por fuerza mayor, lo será siempre, “sin que valga pacto en contrario, de los que se ocasionan por sus propias faltas” (artículo 620). Y, si bien es frecuente la estampación en el conocimiento de embarque de una cláusula por la que el capitán queda exonerado de cualquier responsabilidad por razón de las averías o daños que puedan producirse en el objeto transportado durante su carga, travesía o descarga, no puede ser entendida en unos términos tales que produzcan una total y absoluta liberación de sus deberes de diligencia, ya que ello iría en contra de la expresa prohibición de pactar la irresponsabilidad el capitán por sus propias faltas, sino que únicamente ha de traer el efecto procesal de invertir la carga de la prueba, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio, 11 de noviembre y 10 y 14 de diciembre de 1949, correspondiendo demostrar la negligencia o incumplimiento de los deberes impuestos al capitán a aquél que la alegue.

CONSIDERANDO: Que, dadas estas precisiones, y entrando en el examen del presente caso aparece suficientemente acreditado, de acuerdo con lo indicado en la protesta de averías formulada por el capitán y en el informe pericial emitido a instancia de éste, tan pronto como el buque arribó a puerto, que el camión de referencia sufrió desperfectos “debido a que la plataforma nº 66 rompió las puntas de sujeción de las trincas y sufrir fuertes desplazamientos sobre dicho camión”, añadiéndose —en el informe pericial antedicho— que “por rotura de trincas de mar el camión se desplazó hacia delante, ocasionándose serios daños en la parte del motor y delantera de la cabina”, lo que es claro exponente de que dicho vehículo no se hallaba debidamente sujeto por las trincas colocadas precisamente con esa finalidad, y así se infiere tanto del hecho de que los restantes camiones, incluso los que sufrieron daños por incorrecta colocación de mercancía en su interior, no vieron sueltas ni dañadas las trincas que los sujetaban, pese a que su peso era mayor que el del demandante por llevar aquéllos una carga de la que el de éste carecía, como también de que en el indicado informe pericial se hizo constar expresamente que las trincas estaban en buen estado respecto de todos los vehículos transportados, no apareciendo mención alguna sobre este extremo en relación con el camión del demandante, del cual tan sólo se dice que las trincas se rompieron; y de ello se desprende que si este vehículo sufrió daños, a consecuencia de los desplazamientos de que fue objeto al quedar suelto por rotura de las trincas que lo sujetaban, fue debido a que esa sujeción no se realizó en la manera adecuada para que impidiese lo que luego ocurrió, y, en consecuencia, dándose una clara conexión causal entre los daños producidos y la actuación negligente del capitán, debe éste responder de ello y subsidiariamente la entidad naviera también demandada, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que no habiendo sido impugnada la sentencia recurrida en ningún otro extremo, y hallándose perfectamente ajustada a Derecho en su integridad, procede confirmarla.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. C. en nombre y representación de N. M. contra la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de los de Palma, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán)

70

70. CONTRATO DE SEGURO. Ley 50/1980, de 8 de octubre. Buena fe. Declaraciones inexactas del tomador que ocultan una dolencia previa de la que siguió su muerte. Alegación de que la firma que aparece en el correspondiente cuestionario no pertenece a aquél: queda desvirtuada por la apreciación del Tribunal al comprobar la similitud de rasgos con otras auténticas. *Sentencia de 19 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que lo característico del contrato de seguro —negocio jurídico en que se basa la pretensión pecuniaria ejercitada—, es el desplazamiento de un riesgo mediante el pago de un precio; esencia ésta que acoge el artículo primero de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre al declarar que “El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

CONSIDERANDO: Que la buena fé, imperante en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio —artículo 57 del Código de Comercio—, por exigencia de la rapidez y seguridad del tráfico mercantil, adquiere rango de especial transcendencia en el seguro (“uberrimae fidei contractus”), al exigirse la exacta declaración de los hechos y circunstancias que solicitadas por el asegurador, puedan influir en la estimación del riesgo que asume la Compañía aseguradora, y que lógica y técnicamente repercute en la asunción del riesgo y en la cuantía de la prima que se ha de satisfacer; de ahí la nulidad del contrato de seguro que determinaba el ordinal segundo del derogado artículo 381 del citado Código por inexactitud de dicha declaración del asegurado, y el deber que, el artículo 10 de la mencionada Ley —la 50/1980—, impone al tomador del seguro, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que pueden influir en la valoración del riesgo; dis-

poniendo este precepto "in fine" que si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro, quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se aprecia inexacta, mediando dolo, la declaración del tomador del seguro —esposo de la demandante, hoy apelante— en el cuestionario previo al seguro, por él firmado el 12 de Julio de 1979 (folio 35), ya que en el apartado 11 a) del aludido cuestionario mencionó como únicas operaciones quirúrgicas y traumatismos graves sufridos, el de tabique nasal (1976) y menisco (1977), omitiendo que en el año 1976 había sido operado de un melanoma maligno de tipo uniforme y radiado con cobalto-60, como ha reconocido su esposa, la aquí recurrente —posiciones 1, 2ª y 3ª—, y en el apartado 9 del repetido cuestionario, manifestó que en aquel momento su estado de salud era bueno, cuando unos días antes, concretamente el 2 del mismo mes, por padecer unas molestias en la axila izquierda, fué a la consulta del doctor R. B. B. que le diagnosticó una adenopatía en dicha axila, de la que debía ser operado, lo que hizo saber al paciente, ordenándole que le practicaran una analítica y una radiografía del torax, previas a la intervención quirúrgica (folio 66 vuelto), operación que se llevó a cabo el día 22 del repetido mes de Julio de 1979, que resultó ser una metástasis de melanoma maligno (folio 37). El asegurado falleció unos meses después, el 21 de Octubre de 1979 (folio 10), a los 47 años de edad. Sin que la tesis de la recurrente-actora de que el contenido del supradicho cuestionario no puede ser tenido en cuenta para enervar la pretensión promovida en la demanda, al no haber sido averada la firma que aparece al pie de dicho documento, pueda prosperar por las siguientes razones: a) por cuanto la autenticidad de dicho cuestionario ha sido tácitamente admitida por la propia parte litigante hoy apelante ya que en su escrito de réplica y respecto al hecho tercero del escrito inicial de estas actuaciones, afirmó que: "Por otra parte no es de extrañar que en la pregunta 12 del cuestionario se respondiera, al parecer, no, por cuanto precisamente la radioterapia aparece en último lugar de una serie de preguntas relativas al uso de sustancias medicamentosas y en particular morfina y medicación arsenical y bismútica, aparte de que nunca se le aplicó radio sino cobalto", y b) que dada la gran similitud de los rasgos grafológicos de la firma puesta en el tantas veces mencionado cuestionario (folio 35), con la existente al pie del documento de las condiciones particulares del seguro concertado, documento que fué presentado por la actora, ahora apelante, con su demanda (folio 16), como auténtico y firmado por su marido, se estima por este Tribunal que ambas firmas fueron puestas por la misma mano.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y toda vez que se reputa que la inexacta y dolosa declaración formulada por el tomador del seguro, fué transcendente para la asunción y estimación del riesgo por parte de la Compañía aseguradora, es por lo que, previa desestimación del recurso formulado, procede confirmar el fallo impugnado.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que; desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña H. W., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiocho de Mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el ilustrísimo 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 imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

74. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Inexistencia a la vista del Letrado apelante: confirmación de la sentencia recurrida. *Sentencia de 23 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que toda vez que al no comparecer en el acto de la vista de Dirección técnica de la parte apelante, no obstante haber sido citado en legal forma y bajo el correspondiente apercibimiento, se desconoce las posibles causas de impugnación de la sentencia, que al reputarse ajustada toda ella a derecho, es lo que determina la confirmación del fallo recurrido, previa desestimación de la apelación interpuesta.

CONSIDERANDO: Que se aprecia mala fé en el apelante a efectos de imposición de las costas desvengadas en esta segunda instancia.

VISTOS los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad C. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha trece de Febrero de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Ilustrísimo 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 Llovet Alabau)

84. RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. Imposibilidad sobrevenida y desaparición de la base del negocio, en este caso, construcción de una clínica sobre el solar objeto de la venta resuelta. Necesidad de que tal imposibilidad sea anterior al contrato y no imputable al deudor (de ser anterior, determinaría la inexistencia). Desestimación de esta defensa. *Sentencia de 29 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, que desestima la demanda que postula esencialmente el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor del actor de la parcela descrita en dicho escrito inicial, y acoge la pretensión reconvenzional de declarar

resuelto el mencionado contrato de compraventa con restitución de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, es impugnada por el demandante por entender que la imposibilidad de cumplir su obligación de construir un edificio destinado a Clínica y Farmacia en la referida parcela, no debe dar lugar a la resolución del contrato de compraventa acordada por el juez "a quo", sino a una indemnización, a favor de la contraparte, por daños y perjuicios causados; invocando como base de tal pretensión revocatoria el artículo 1184 del Código Civil y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1968.

CONSIDERANDO: Que entre las diversas causas de extinción de las obligaciones que menciona el artículo 1156 del Código Civil, hay que destacar, por interesar a la presente litis, la referida en segundo lugar: pérdida de la cosa debida; expresión que tiene un sentido amplio comprensivo de los casos de imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer, según se desprende del artículo 1184 al preceptuar que "también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible". Tal imposibilidad, ya sea objetiva o meramente subjetiva, ha de ser posterior a la conclusión del contrato —si fuese anterior, habría inexistencia de contrato (nº 2 del artículo 1261 del mismo Código)—, y no imputable al deudor. En el presente caso la imposibilidad legal, reglamentaria según puntualiza el juez de instancia, se ha producido durante la constante, prolongada e injustificada inactividad del deudor —durante más de 7 años— referente a la construcción del edificio a que se había comprometido, y tal obligación no fué una prestación accesoria o secundaria, sino que su asunción fué esencial para la celebración del negocio jurídico concertado, así como para la fijación de sus condiciones, entre las que cabe destacar la del importe del precio estipulado que fué fijado en menos de la mitad del que por entonces se vendían las parcelas situadas en aquel lugar —centro comercial— de la misma urbanización. Por ello, el incumplimiento de dicha obligación, repercute esencialmente en la base y razón de ser de la compraventa celebrada por los hoy litigantes, lo que imposibilita la subsistencia del expresado contrato, mediante la sustitución de aquella obligación incumplida por una indemnización a favor del vendedor, indemnización que la Dirección técnica del recurrente expuesto en el acto de la vista y que no ofreció formalmente en ningún momento; amén que bien pudiera resultar que dado el elevado monto de la indemnización que se fijara, ya no le interesara al deudor la subsistencia que ahora postula del contrato incumplido. Lo declarado por el Tribunal Supremo de "que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, puede ser de tal índole que afecte a la esencia de aquella y haga imposible su realización, en cuyos supuestos no puede procurarse al acreedor la ejecución en naturaleza y entonces procede la prestación por el deudor, del equivalente que al acreedor le habría aportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, o sea, lo que en nuestro Derecho recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios; por lo tanto, aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista la posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios, cuando sea imposible procurarle el cumplimiento normal" (segundo considerando de la sentencia de 9 de Noviembre de 1968), no es de aplicación al caso que ahora se debate en esta alzada, pues en el supuesto contemplado por dicho Alto Tribunal, el actor, fotógrafo profesional, al que se le había otorgado el derecho exclusivo de obtener fotografías en todas las fiestas y reuniones sociales que se celebraran en el establecimiento hotelero del mandado, solicitó el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios, mientras que en el presente caso, se insta por el vendedor, no el cumplimiento del contrato sino su resolución, con base en el artículo 1124 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse el único motivo de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que se incorporan a la presente como parte integrante de la misma, procede confirmar el fallo recurrido, previa desestimación de la apelación formulada.

CONSIDERANDO: Que el apartado último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que "la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena de costas al apelante".

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don M. R. C. debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia de fecha veinte de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez de primera instancia de Manacor, en el juicio de menor cuantía de que dimana el presente recurso; con expresa imposición de las costas de esta alzada, por imperativo de la ley, al recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

C. INDICE ANALITICO

- Abogados
 - En diligencias para mejor proveer, 10
- Acción
 - De nulidad de donación, 31
- Acto de conciliación, 56
- Actos propios, 34
- Alimentos
 - Cuantificación, 9
 - Extranjería, 41
 - Hijos no matrimoniales, 13
 - Provisionales, 52
 - (Ver además, "Divorcio" y "Separación Matrimonial")
- Arquitectos
 - Vicios del suelo, 81
- Asunción de deuda, 68, 76, 77
- Arrendamientos
 - De obras, 69
 - De Industria
 - Falta de pago, 35
 - Expiración plazo, 23
 - Notas características, 11, 63
 - Objeto complejo, 86
 - Tácita reconducción, 35
 - De servicios, 34
 - Urbanos
 - Calificación de local, 11, 14
 - Cesión, subarriendo, traspaso, 20
 - Cierre, 21, 25, 31
 - Traspaso, 30
- Bienes privativos
 - En Mallorca, 50
- Compraventa
 - En exclusiva, 45
- Comunidad de bienes
 - En Mallorca, 50
- Consentimiento
 - En asunción de deuda, 68, 76
- Cosa Juzgada
 - Formal, 17
 - Penal, 71
- Costas procesales
 - En ejecutivo cambiario, 44
 - En ejecutivo de tráfico, 40
- Contratos
 - Buena fe, 75
 - Calificación, 24
 - Consumación, 73
 - Cumplimiento irregular, 28
 - Desistimiento unilateral, 34
 - De corretaje, 33
 - De fletamiento, 67
 - De licencia de uso, 65
 - De seguro, 53, 70, 72
 - Interpretación, 11, 63
 - Novación, 14
 - Resolución por incumplimiento, 28, 84
- Desahucio
 - Juicio de, 66
 - Instado por comunidad de propietarios, 19
- Divorcio
 - Alimentos, 39
 - Convenio privado, su valor, 12
 - Cese convivencia, 10
 - Pensión, 1, 2, 4, 39
 - Visitas a hijos, 12
- Documentos privados
 - Aportación, 42
- Donación
 - Nulidad, 32
 - Remuneratoria, 59
- Ejecutivo

- Cesión de crédito hipotecario, 51
- Peritación daños, 26
- Póliza de afianzamiento, liquidez, 78
- Póliza de préstamo, 27
- Ejecutivo cambiario
 - Aceptación, 29
 - Declaraciones cambiarias, 29
 - Costas, 44
 - Protesto, 47
 - Provisión de fondos 37, 43, 44, 47, 48
 - Renovación cambiaria, 54
 - Sumisión tácita, 61
 - Timbre, 54
- Ejecutivo de tráfico
 - Costas, 40
 - Culpa exclusiva, 40, 49
- Embargo preventivo, 16, 17
- Excepciones procesales
 - Inadecuación procedimiento LAU, 31
- Fianza, 64
- Filiación
 - Extramatrimonial, posesión estado, 52
- Litisconsorcio pasivo necesario
 - Inexistencia, 3, 77, 81, 57
- Marcas, 65
- Medidas provisionales, 15
- Personación en juicio
 - Poder, 36
 - Poder para pleitos
 - Renovación de cargos sociales, 61
- Prenda
 - Restitución, 28
- Prescripción
 - Extintiva, 58, 62
- Prueba
 - Carga, 83
 - Objeto, 79
- Quiebra
 - Graduación de créditos, 42
 - Retroacción, 42
- Quita y espera
 - Comerciante, improcedencia, 18
- Recursos
 - Aclaración, 60
 - Apelación, 60
- Rendición de cuentas, 85
- Réplica, 24
- Responsabilidad civil
 - Accidente de tráfico, 58
 - Decenal, 80, 81
 - Carga de la prueba, 83
 - Culpa/negligencia, 3, 80
 - Daños morales, 58
 - Daños/perjuicios, 52, 67, 83
 - Por hechos de otro, 3, 57, 82
 - Prescripción, 58
- Separación matrimonial
 - Alimentos, 6, 7, 21
 - Convenio privado, 6
 - Conducta vejatoria, 8, 46
 - Deber de ayuda, 8
 - Infidelidad, 8
 - Por no velar por los hijos, 5
 - Régimen visitas, 21
- Servidumbres
 - De paso, 56
- Solidaridad, 3, 28, 57, 68, 76
- Sumisión
 - Tácita, 61
- Tercería de dominio
 - Dominio vigente, 38
- Venta en exclusiva, 45

III. SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Salud Pública.** Distribución y venta de L.S.D. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 11 de Enero de 1983.*
2. **Salud Pública.** Cultivo de cannabis índica para su ulterior tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 12 de Enero de 1983.*
3. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 12 de Enero de 1983.*
4. **Violación.** No se acredita suficientemente la identidad del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 12 de Enero de 1983 (2ª).*
5. **Salud Pública.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*
6. **Robo con fuerza de las cosas.** Fractura de cerradura. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*
7. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Frustración. Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*
8. **Delito relativo a la prostitución.** Corrupción de menores, art. 452 bis c). Elementos. Circunstancia agravante de parentesco. *Sentencia de 13 de Enero de 1983*.*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Profesor Gabriel Garcías Planas del Departamento de Derecho Penal.

9. **Estafa. Engaño. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violencia en las personas.** *Sentencia de 15 de Enero de 1983 (2ª).*
10. **Receptación art. 546 bis a). Elementos. Coacciones. Requisitos.** *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
11. **Salud Pública. Conformidad.** *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
12. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
13. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reiteración. *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
14. **Salud Pública. Receptación. Atenuante de minoría de edad. Conformidad.** *Sentencia de 18 de Enero de 1983 (2ª).*
15. **Imprudencia temeraria de la que resultan lesiones graves.** No se estima el delito de omisión del deber de socorro por estar las víctimas atendidas por otras personas. *Sentencia de 18 de Enero de 1983*.*
16. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de candados, (Robo de embarcación). *Sentencia de 18 de Enero de 1983.*
17. **Robo. Hurto.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 19 de Enero de 1983.*
18. **Salud Pública. Donación y venta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia internacional. Uso de documento falso.** *Sentencia de 19 de Enero de 1983*.*
19. **Salud Pública. Tenencia para el tráfico. Agravante de reiteración.** *Sentencia de 19 de Enero de 1983.*
20. **Salud Pública. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal.** La eventual existencia de un agente provocador se consideró en este caso irrelevante. *Sentencia de 20 de Enero de 1983 (2ª)*.*
21. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia, multirreincidencia y reiteración. *Sentencia de 10 de Enero de 1983 (2ª).*

22. **Abusos deshonestos.** Tentativa. Circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 20 de Enero de 1983 (2ª).*
23. **Hurto.** Falta. Agravante de reincidencia, con la salvedad del art. 601. *Sentencia de 22 de Enero de 1983.*
24. **Violación.** Elementos. **Abusos deshonestos.** Requisitos. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 24 de Enero de 1983.*
25. **Hurto.** Agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 24 de Enero de 1983 (2ª).*
26. **Imprudencia temeraria** de la que resultaron lesiones. Circunstancia eximente incompleta de cumplimiento del deber. *Sentencia de 24 de Enero de 1983 (2ª).*
27. **Lesiones.** Circunstancia agravante de parentesco. Conformidad. *Sentencia de 25 de Enero de 1983.*
28. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico. Falsificación de placas de matrícula.** Circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 25 de Enero de 1983.*
29. **Salud Pública.** Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 26 de Enero de 1983.*
30. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. **Conducción ilegal.** *Sentencia de 28 de Enero de 1983.*
31. **Falsedad en documento oficial.** En recetas oficiales de control de estupefacientes. Cooperación necesaria. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Enero de 1983*.*
32. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. *Sentencia de 28 de Enero de 1983.*
33. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. Abandono del procesado por un breve tiempo y reintegrándose posteriormente. *Sentencia de 28 de Enero de 1983 (2ª)*.*
34. **Abusos deshonestos.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 28*

de Enero de 1983 (2ª).

35. **Robo con intimidación.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Enero de 1983 (2ª).*
36. **Lesiones.** Elementos. *Sentencia de 29 de Enero de 1983 (2ª).*
37. **Coacciones.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Enero de 1983 (2ª).*
38. **Escándalo Público.** Ausencias de conducta típica. *Sentencia de 31 de Enero de 1983 (2ª).*
39. **Estafa.** Ausencia de conducta típica por falta de engaño. Incumplimiento civil. *Sentencia de 31 de Enero de 1983 (2ª).*
40. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas en la participación del procesado. Presunción de inocencia. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 31 de Enero de 1983 (2ª).*
41. **Quebrantamiento de condena.** Elementos. Reiteración. *Sentencia de 31 de Enero de 1983*.*
42. **Abusos deshonestos violentos.** Elementos. *Sentencia de 31 de Enero de 1983.*
43. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Agravante de reiteración. **Estafa.** Cuantía inferior a 15.000 Ptas. cualificada por reincidencia con las agravantes de reiteración y reincidencia simple. Eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 1 de Febrero de 1983 (2ª).*
44. **Salud Pública.** Tenencia para el consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 2 de Febrero de 1983.*
45. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de candado. *Sentencia de 3 de Febrero de 1983.*
46. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Agravante de reincidencia. **Ocultación del propio nombre a agentes de la autoridad.** Falta. *Sentencia de 3 de Febrero de 1983 (2ª).*
47. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. Atenuante de minoría de

- edad. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
48. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
49. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
50. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancias agravantes de reiteración, reincidencia y multirreincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
51. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Hurto.** Delito continuado. **Robo.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 9 de Febrero de 1983*.
52. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 10 de Febrero de 1983**.
53. **Hurto.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Febrero de 1983*.
54. **Robo con intimidación.** "En oficina bancaria". Conformidad. *Sentencia de 10 de Febrero de 1983 (2ª)*.
55. **Escándalo Público.** Conformidad. **Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
56. **Hurto.** Complicidad. No se castiga al autor por la existencia de la excusa absolutoria del art. 564. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
57. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". **Simulación de delito.- Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
58. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
59. **Hurto.** Falta. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983*.

60. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica, al no acreditarse el elemento normativo de ajeneidad. Presunción de inocencia. **Daños.** Falta. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983**.
61. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983 (2ª)*.
62. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983 (2ª)*.
63. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos,** de la que resulta homicidio. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
64. **Estafa.** Agravante de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
65. **Robo con fuerza en las cosas.** Enajenación mental como eximente incompleta. Circunstancia agravante de doble reincidencia y reiteración. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
66. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. Presunción normativa de consentimiento recíproco a la cesación de la convivencia conyugal. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
67. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983*.
68. **Delito relativo a la prostitución.** Falta de pruebas. Presunción de inocencia. *Sentencia de 17 de Febrero de 1983*.
69. **Receptación.** Ausencia de conducta típica por falta de "conocimiento de la ilícita procedencia". *Sentencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª)*.
70. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2 del Código Penal, solicitando del Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª)*.
71. **Incendio.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª)*.
72. **Robo con intimidación en las personas. Atentado a agente de la autoridad.** Circunstancia agravante de reiteración. **Lesiones.** Falta. *Sen-*

tencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª).

73. **Robo con violencia e intimidación en las personas. Tenencia ilícita de armas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 21 de Febrero de 1983 (2ª).*
74. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 21 de Febrero de 1983 (2ª).*
75. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. *Sentencia de 21 de Febrero de 1983 (2ª).*
76. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante genérica de disfraz, y agravante específica de realizarse en oficina bancaria. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. **Falsificación de placas de matrícula de vehículo automóvil.** Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 22 de Febrero de 1983 (2ª).*
77. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Elementos. *Sentencia de 22 de Febrero de 1983.*
78. **Estafa.** Engaño. *Sentencia de 23 de Febrero de 1983 (2ª).*
79. **Cheque en descubierto.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1983.*
80. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 24 de Febrero de 1983.*
81. **Salud Pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983.*
82. **Hurto.** Delito continuado. Circunstancia agravante de multirreincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983.*
83. **Robo con fuerza en las cosas.** En la Sentencia se decretó la nulidad de actuaciones a partir del auto de Conclusión del Sumario, inclusive. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983 (2ª)*.*
84. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. **Robo con intimidación en las personas.** Casa habitada. Empleo de armas. Frus-

tración. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Empleo de armas. Frustración. **Tenencia ilícita de armas.** Art. 254 del Código Penal. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983 (2ª).*

85. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. Anuencia de la denunciante en que el sujeto se beneficiase del dinero obtenido por la pignoración de las alhajas. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
86. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia atenuante de menor edad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
87. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
88. **Salud Pública.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
89. **Delito relativo a la prostitución.** Mantenimiento de local para la explotación de la prostitución, se decreta el cierre del mismo. *Sentencia de 27 de Febrero de 1983 (2ª).*
90. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Robo con violencia en las personas.** En todos, concurrencia de la atenuante de minoría de edad y circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. Conformidad. *Sentencia de 27 de Febrero de 1983 (2ª).*
91. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
92. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
93. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia de la atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
94. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
95. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*

96. **Receptación.** Ausencia de conducta típica, no conocimiento del ilícito origen de los efectos. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
97. **Lesiones.** concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Agravante de reiteración. *Sentencia de 1 de Marzo de 1983 (2ª).*
98. **Receptación.** Delito continuado. *Sentencia de 1 de Marzo de 1983 (2ª).*
99. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 2 de Marzo de 1983.*
100. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Circunstancia agravante de reiteración. **Daños.** Falta. **Robo con violencia en las personas.** Multirreincidencia. *Sentencia de 2 de Marzo de 1983.*
101. **Delito de simulación de contrato.** (Estafa, art. 532 n° 2). Autoría por inducción. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Marzo de 1983 (2ª)*.*
102. **Robo con fuerza en las cosas.** “Forzamiento de cabinas telefónicas”. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983.*
103. **Homicidio.** “Animus necandi”. Muerte de hermanastra. Ausencia de circunstancias agravantes. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983*.*
104. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. **Imprudencia temeraria.** Reiteración. **Conducción ilegal.** Reincidencia. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983.*
105. **Apropiación indebida.** Abuso de confianza. **Cheque en descubierto.** Delito continuado. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983.*
106. **Estafa.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
107. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. No está probada la participación del procesado. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*

108. **Falsedad. Estafa.** Delito continuado. Ausencia de conducta típica por falta de dolo. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
109. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violencia en las personas.** En ambos, concurrencia de la atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
110. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
111. **Robo con intimidación en las personas.** Las amenazas inferidas constituyen la circunstancia intimidatoria. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*
112. **Contrabando.** (Ley Orgánica 7/1982 de 13 de Julio). Ausencia de conducta típica, cuando la tenencia de sustancias estupefacientes es para el propio consumo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª)*.*
113. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Estafa.** Delito continuado. **Hurto.** Falta continuada. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*
114. **Salud Pública.** Ausencia de conducta típica. Destinada al propio consumo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*
115. **Hurto.** Abuso de confianza. *Sentencia de 8 de Marzo de 1983 (2ª).*
116. **Hurto.** Delito continuado. Multirreincidencia. *Sentencia de 8 de Marzo de 1983.*
117. **Hurto.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reiteración y reincidencia. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 9 de Marzo de 1983.*
118. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de los mecanismos de cierre de las puertas. *Sentencia de 12 de Marzo de 1983 (2ª).*
119. **Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación y empleo de arma.** Circunstancia agravante de disfraz. *Sentencia de 12 de Marzo de 1983 (2ª).*
120. **Robo con violación.** Cooperación necesaria. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Circunstancia agravante de mul-

tirreincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1983 (2ª)*.

121. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Ausencia de conducta típica, no se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
122. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
123. **Usurpación de funciones.** Ausencia de conducta típica, al no haber puesta en peligro del bien jurídicamente protegido. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)**.
124. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la atenuante eximente incompleta de enajenación mental. **Hurto.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. **Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la agravante de reiteración. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
125. **Delito relativo a la prostitución.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
126. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación y agravantes de reincidencia y reiteración. **Conducción ilegal.** Concurrencia de la atenuante eximente incompleta de enajenación mental y la agravante de reiteración. **Falta de daños.** Imprudencia simple. **Estafa.** Falta. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
127. **Imprudencia temeraria,** de la que resultan lesiones. Agravante de reiteración. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
128. **Salud Pública.** Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 15 de Marzo de 1983*.
129. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1983*.
130. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2º del Código Penal, proponiendo al Gobierno un indulto parcial. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1983*.

131. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Requisitos. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983.*
132. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
133. **Robo con intimidación,** sin resultado lesivo. Conformidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
134. **Falsificación de documento oficial. Conducción ilegal.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
135. **Falsedad.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
136. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
137. **Hurto.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
138. **Falsedad en documento oficial.** Utilización de receta de la Seguridad Social que tienen un origen y un destino oficial. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
139. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y fractura de objetos. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
140. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón de bolso". Uso de arma blanca. **Lesiones.** *Sentencia de 22 de Marzo de 1983.*
141. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. **Falsedad en documento mercantil.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 24 de Marzo de 1983 (2ª).*
142. **Estafa.** Engaño. *Sentencia de 26 de Marzo de 1983 (2ª).*
143. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Delito continuado. Falta. *Sentencia de 28 de Marzo de 1983.*

144. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Falta. *Sentencia de 28 de Marzo de 1983.*
145. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
146. **Hurto. Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
147. **Violación. Tentativa. Abusos deshonestos. Lesiones.** Falta. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
148. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita suficientemente la participación de los procesados. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
149. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 5 de Abril de 1983.*
150. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de reiteración y reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2º del Código Penal al proponer al Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 5 de Abril de 1983.*
151. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2º del Código Penal. Concurrencia de la agravante de multirreincidencia. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de la agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 8 de Abril de 1983 (2ª).*
152. **Salud Pública.** Absolución por falta de pruebas. *Sentencia de 8 de Abril de 1983 (2ª).*
153. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. Complicidad. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 9 de Abril de 1983 (2ª).*
154. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 9 de Abril de 1983 (2ª).*
155. **Receptación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 10 de Abril de 1983 (2ª).*
156. **Hurto. Falta de Hurto.** Falta de pruebas en la participación de los

- procesados. *Sentencia de 11 de Abril de 1983 (2ª)*.
157. **Incendio de edificio público.** Prendió fuego a la colchoneta de su celda. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 12 de Abril de 1983 (2ª)*.
158. **Estafa.** Delito continuado. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. *Sentencia de 12 de Abril de 1983.*
159. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas demostrativas de la participación del procesado. *Sentencia de 13 de Abril de 1983.*
160. **Imprudencia temeraria.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 13 de Abril de 1983 (2ª)*.
161. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 14 de Abril de 1983.*
162. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos,** con resultado de muerte, lesiones y daños. **Delito de omisión del deber de socorro.** Requisitos. *Sentencia de 14 de Abril de 1983.*
163. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1983.*
164. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Abril de 1983.*
165. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
166. **Receptación. Robo.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
167. **Falta de orden público.** *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
168. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
169. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Conducción ilegal. Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 16 de Abril de 1983 (2ª)*.

170. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 16 de Abril de 1983.*
171. **Delito contra la seguridad de tráfico. Imprudencia temeraria,** que si mediare malicia consituiría homicidio. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
172. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Fractura de ventana. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
173. **Robo con intimidación en las personas.** Sin empleo de armas. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
174. **Estragos.** Concurrencia de los requisitos que configuran el delito; hundimiento de nave y dolo específico de venganza. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. El Tribunal rebaja la pena en dos grados, haciendo uso de la facultad que le confiere el propio art. 554 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª)*.*
175. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Apropiación indebida.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
176. **Escándalo Público.** Exhibicionismo. Circunstancia atenuante de menor de edad. Conformidad. *Sentencia de 21 de Abril de 1983.*
177. **Usurpación de funciones.** Elementos. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 22 de Abril de 1983.*
178. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Abril de 1983.*
179. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 23 de Abril de 1983.*
180. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
181. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Fractura de ventana. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*

182. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la circunstancia atenuante de embriaguez. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
183. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia, en cuantía inferior a 150.000 ptas. pero existiendo condena anterior por delito contra la propiedad. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
184. **Falsedad en documento oficial.** Utilización de recetas de Seguridad Social, que tienen un origen y un destino oficial. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
185. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
186. **Falsedad en documento oficial.** Utilización de recetas de la Seguridad Social, que tienen un origen y destino oficial. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
187. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia y reiteración. **Imprudencia.** Falta. *Sentencia de 25 de Abril de 1983 (2ª).*
188. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Concurrencia de la circunstancia atenuante eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 27 de Abril de 1983 (2ª).*
189. **Salud Pública.** Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Abril de 1983 (2ª).*
190. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia de lo adquirido. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 29 de Abril de 1983 (2ª).*
191. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Abril de 1983 (2ª).*
192. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito continua-

do. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración y circunstancia atenuante de enajenación mental. **Conducción ilegal.** Con la concurrencia de las mismas circunstancias modificativas. *Sentencia de 30 de Abril de 1983 (2ª).*

193. **Robo con violencia en las personas.** Uso de arma. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 30 de Abril de 1983 (2ª).*

194. **Apropiación indebida.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1983 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

8

8. DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION. Corrupción de menores, art. 452 bis c). Elementos. Circunstancia agravante de parentesco. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que A.P.S., mayor de edad, sin antecedentes penales, padre de A. P. C. de 16 años a la sazón, casada, separada desde hacía unos meses de su marido y que por aquellas fechas mantenía permanentes tratos carnales con hombres mediante precio, en fecha no exactamente determinada del mes de agosto de 1979, teniendo conocimiento de que un convecino llamado J. V. G., quería cohabitar con su hija, se le comunicó a ésta y al acceder, quedaron los tres de acuerdo para buscar el lugar adecuado y así el J. V. pidió las llaves de una casa de campo en los alrededores de M. a su dueña no juzgada en este acto, previo pago de quinientas pesetas y allí se dirigieron A. P., su hija, el referido J. y otra menor, D. G. L., de quince años, donde cohabitaron J. V. y M. A. P., percibiendo ella tres mil pesetas, mientras A. P., tras requerir sexualmente a D. y ser rechazado, se hallaba con ésta en una habitación contigua merendando.

RESULTANDO: Que el Ministro Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito relativo a la prostitución del art. 452 bis 6) 2º y 452 bis 9) del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél las penas de 5 años de prisión menor, 100.000 ptas. de multa con arresto sustitutorio de 100 días en caso de impago y 11 años de inhabilitación especial, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito alguno, solicitando la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente un delito relativo a la prostitución, previsto y sancionado en el art. 452 bis c) nº 2º del Código Penal, delito que requiere la instigación o facilitación de medios, a una menor de 23 años, para satisfacción de deshonestos deseos, con independencia de la voluntad, doncelez y moralidad del menor (así sents. 4 de mayo de 1972, 17 de diciembre de 1973), pues se trata de figuras delictivas que, no sancionando directamente a la prostitución, tienden a evitar su favorecimiento o facilitación en forma circundante y afectando específicamente al proxenetismo o alcahutería, lo que, indudablemente, se contempla en el concreto caso enjuicado donde el padre pone en contacto a su hija, de dieciséis años, con un tercero propi-

ciando así el concubito y apoyándolo con su misma presencia física en contigua habitación de una finca alquilada a los tales menesteres.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. P. S. por la ejecución directa y material de los hechos delictivos.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la circunstancia de agravación específica contemplada en el artº 452 bis 9) del Código Penal, cuya aplicación impetra al Ministerio Fiscal, pues su aparición requiere un abuso de autoridad o encargo según el texto legal, se desprende del contexto de las sentencias de fechas 25 de abril 1973, 28 de febrero 1975, 24 de junio del mismo año, 24 de octubre 1967, etc., elemento ausente en el evento de autos donde es visto que la menor ya casada y separada del marido no se hallaba bajo la autoridad paterna, ni consta que éste la ejerciera moral o psicológicamente, más, con todo, lo reprobable del suceso y la personalidad del autor que no duda en ofrecer a un tercero el cuerpo de su propia hija, demandan la aplicación, como agravante, de la circunstancia mixta del parentesco contemplada en el art. 11 del texto punitivo, que tiene su base no ya en el abuso de una relación conyugal o paterno-filial, sino en el quebranto de indudable vínculos de sangre y afecto, en nuestro caso rotos y menospreciados.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61-2º, 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 Enjuicimiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado A. P. S: en concepto de autor responsable de un delito relativo a la prostitución, concurriendo la agravante de parentesco, a las penas de **CINCO AÑOS** de prisión menor con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de condena, multa de **CIEN MIL** pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción que deje de satisfacer y **ONCE AÑOS** de inhabilitación especial para profesión u oficio, así como de pago de una tercera parte de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

15

15. IMPRUDENCIA TEMERARIA DE LA QUE RESULTAN LESIONES GRAVES. No se estima el delito de omisión del deber de socorro por estar las víctimas atendidas por otras personas. *Sentencia de 18 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que J. J. F. N., mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 2.30 horas de la madrugada del 3 de enero de 1981 conducía el vehículo "Seat 127", matrícula PM 3522-C, cuya propiedad y compañía aseguradora no han quedado definitivamente fijadas en autos, circulando por la Avda. P. Vives Ramis que une Palma Nova con Magalluf en dirección a esa, cuando al llegar cerca del Hotel M. P., tramo de calzada curvo, con firme vial de 10 mts. de anchura, por mor de conducir con luz de cruce a notable velocidad y sin detener su atención a las incidencias del tráfico, no se aperció con antelación bastante de la presencia en la calzada de dos peatones R. J. N. y su esposa J. N., de 53 y 50 años respectivamente, quienes rodeaban el mencionado Hotel para entrar por su parte posterior, arrollándolos con el vehículo y causándoles graves traumatismos que tardaron, respectivamente, en curar 120 y 180 días, quedando a la última un acostamiento de casi 4 cms. en el fémur derecho que dificulta su normal deambulacion y una limitación en 20° de rotación de pie derecho. El procesado detuvo el vehículo a unos cien metros, frente al Hotel T. para atender a la también súbdita británica M. Y. S., pasajera de su vehículo, que, al romperse el parabrisas, había recibido cristales en piernas y en un ojo y era presa de un ataque de nervios, avisó a un médico y regresó, a pie, al lugar del accidente viendo como intervenía la Guardia Civil de Tráfico. por lo que optó por regresar a la habitación del Hotel con su compañera, donde fue detenido, decretándose su libertad el 19 del mismo mes y año y teniendo su carnet de conducir retenido desde el día de autos hasta el 8 de de Octubre de 1982.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565-1º en relación con el 420-3º y un delito de omisión del deber de socorro del 489 bis, párrafos 1º y 2º, todos del Código Penal; en los que conceptuó autor al procesado J. J. F. N., sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél las penas de 2 meses de arresto mayor y privación durante 16 meses del permiso de conducir por el primer delito y 6 meses y 1 día de prisión menor por el segundo, accesorias legales de indemnización de 240.000 pesetas al perjudicado R. J. N. y 360.000 ptas. a J. N., hasta los límites del seguro obligatorio, y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en igual trámite, acomodó los hechos y la calificación jurídica a la del Ministerio Fiscal, solicitando una indemnización de 576.000 pts. para R. J. N. y otra para J. N. ascendente a 1.350.000 por la incapacidad temporal y 2.000.000 pts. por la incapacidad permanente, concordando las penas, accesorias y costas con inclusión de las de la acusación.

RESULTANDO: Que la defensa solicitó la libre absolución del acusado, con declaración de oficio de las costas causadas, por estimar los hechos constitutivos de delito.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran evidentemente un delito de imprudencia temeraria, previsto y sancionado en el art. 565 pfº 1º en relación con el 420, ordinal 3º, todos del Código Penal, configurado por una conducción desatenta, descuidada e imprevisora (cpr. sents. 5 febrero, 6 marzo, 18 y 23 de abril de 1980) que, con desprecio a las normas que velan por la seguridad del tráfico rodado, revelan una total falta de mínima diligencia, cual así sucede con el procesado que, de noche, con alumbrado de cruce, en tramo curvo, maneja un vehículo a velocidad que no permite una rápida y eficaz maniobra de frenado o esquivia, (sentencia 29 abril 1980 y 25 Marzo 1981) lo que le lleva a atropellar a dos viandantes y causarles lesiones que superan los 90 días de precisa atención médica y con secuelas que suponen deformidad; en cambio, no aparece tan claro el imputado delito de omisión del deber de socorro (art. 489 bis, en sus pfº 1º y 2º del texto primitivo), delito que si se da en los casos de desamparo de la víctima (sents. 17 diciembre de 1979 y 3 de marzo de 1980), requiere siempre un elemento intencional o doloso (cpr. las de 16 abril 1979 y 19 abril del mismo año), cual es la voluntad probada de desatender el posible deber de asistencia o auxilio a quien lo precise, supuesto distinto al que se enjuicia donde, sin ocurrir en lugar desértico sino en zona hotelera el agente jerarquiza y clasifica su ayuda, atendiendo en primer lugar a la propia ocupante del vehículo y omitiendo, sólo después, el socorro a las demás víctimas al ver que ya cuentan con apoyo de terceros, conducta que por insolidaria que pueda reputarse no alcanza la categoría de infracción delictiva.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado J. F. N. por haber realizado los hechos que integran el delito.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de responsabilidad criminal.

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, 49, 61-4º, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código penal; los 14 reglª 3º 1, 42, 239, 240, 272, 741, 742, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que con absolución del delito de omisión del deber de socorro imputado, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado J. J. F. N, en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves, cometido con ocasión de la circulación de vehículos de motor y sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de **DOS MESES DE** arresto mayor con la accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio por el tiempo de la condena y privación del permiso de conducir por tiempo de **DIECISEIS MESES**, pena ésta que se **DECLARA EXTINGUIDA** por cumplimiento mediante al abono de la medida preventiva; así como a que por vía de indemnización abone a R. J. N. la suma de 240.000 ptas. por las lesiones causadas y a J. N. la de 360.000 pts. por igual concepto y 1.000.000 por las secuelas, así como al pago de costas incluidas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene y averiguese, en ejecución de sentencia, la compañía aseguradora y clases de seguros que cubren el vehículo PM-3522-C. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

18

18. SALUD PUBLICA. DONACION Y VENTA. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia internacional. USO DE DOCUMENTO FALSO. Sentencia de 19 de Enero de 1983 (2ª).

RESULTANDO: Probadamente y así se declara expresamente: que los procesados N. P. y W. D. J. E. O. fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil el día 17 de marzo de 1982 después de haberles sometido a vigilancia, ya que en fechas anteriores conjunta o separadamente habían ofrecido al menos a tres propietarios o camareros de bar la venta de cocaína habiendo realizado en cada caso operaciones de tráfico de escasa entidad, pero en todas pretendían formar una red de distribución de la referida sustancia, o venta importante de ella, el día mencionado de la detención se practicó un minucioso registro, en

el domicilio que ambos procesados tenían en la finca denominada "C. M.", con diez mil metros de terreno, del término municipal de Santany y en el mismo o en el jardín de la finca fueron ocupadas e intervenidas tres bolsas de plástico y en el interior de cada una de ellas una caja de galletas cerradas con un adhesivo y en su interior hasta seis kilogramos cuatrocientos diez gramos de cocaína, un gramo de haschis y medio gramo de heroína, cinco maletas con dobles fondos arrancados, bolsas de plástico con restos de cocaína, trozos de formica (plástico) que por sus medidas se corresponden a las maletas, tres balanzas de precisión, numerosísima documentación con nombres y direcciones, el pasaporte a nombre del procesado N. P., expedido en Londres el 5 de septiembre de 1974 y otro de fecha 27 de abril de 1981 expedido en Londres a nombre de G. W. C., nacido el 25 de abril de 1925 en Leeds (Inglaterra), con la fotografía de N. P. con visados de salida, que lo utilizaba para trasladarse a Francia, donde tenía dificultades de residencia, además se ocuparon numerosos cuentas corrientes en diferentes bancos reveladores de movimientos de fondos importantes. El procesado N. P. está condenado en siete ocasiones por diferentes Tribunales extranjeros, el 17-6-1960 por el Tribunal de Traki por delito de transporte y posesión de drogas y tenencia de armas de fuego, a 9 años de prisión; el 31 de octubre de 1971 por el Tribunal de Tasalónica (Grecia) por tráfico de narcóticos, drogas y posesión de armas de fuego a 5 años y tres meses de prisión.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344 para ambos procesados, del artículo 344 y otro de uso de documento falso, del artículo 310 todos los preceptos del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados N. P. de ambos delitos y W. J. E. O. del primero sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad para E. O. y la de reincidencia (15º del artículo 10º en relación con el último párrafo del artículo 344 del Código Penal) para N. P., por lo que solicitó contra aquellos las penas de diez años y un día de prisión mayor y multa de 200.000 pesetas para el delito contra salud pública y multa de 100.000 pesetas con arresto sustitutorio de 60 días caso de impago, por el uso de documento falso para N. P. y la pena de 6 años y un día de prisión mayor y multa de 50.000 pesetas para W. E. O., accesorias del art. correspondiente, dar a la sustancia intervenida el destino legal y costas.

RESULTANDO: Que en la defensa del procesado en igual trámite solicitó en igual trámite la libre absolución de sus patrocinados.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos para ambos procesados de un delito contra la salud pública, del artículo 344 del Código Penal, ya que a las pequeñas operaciones de venta y donación realizadas al menos con tres personas que despertaron sospechas en los agentes de vigilancia de tan execrable tráfico, hay que destacar el ofrecimiento hecho a personas para montar una cadena en esta isla dedicada a fomentar el uso de droga dura, con el resultado de ser ocupada en terreno propiedad de uno de los procesados, más de seis kilos de cocaína, cuyo destino último era su venta, aparte ser intervenidos útiles propios de las personas que son habituales en la compra-venta de esta sustancia, razones que exigen la sanción de su conducta, conforme al precepto indicado; para el procesado N. P. son igualmente constitutivos de un delito de uso de documento falso de los artículos 310 en relación con el artículo 309, ambos del Código Penal, ya que según propia declaración utilizaba un pasaporte a nombre supuesto con su propia fotografía, en el que hacía constar visas supuestas para abreviar dificultades para recorrer algún país europeo.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados N. P. y W. J. E. O.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa agravante de reincidencia conforme al último párrafo del artículo 344 del Código Penal en relación con el número 15º del artículo 10º del mismo cuerpo legal, por cuanto de los informes y documentación aportado al sumario acreditan suficientemente el carácter de traficante de drogas del procesado N. P., condenado ya en 1960, por delito de esta naturaleza y otra sentencia del 31 de octubre de 1972 dictado por un Tribunal griego, en apelación del que re-

sulta otra condena importante por tráfico de sustancias tóxicas.

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 3° 142, 239, 240, 272, 741, 742, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los procesados N. P. y W. J. E. O., en concepto de autores responsables de un delito contra LA SALUD PUBLICA y a N. P. autor responsable de un delito de USO DE DOCUMENTO FALSO con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia en N. P. y sin circunstancias en W. E. O., a las siguientes penas: una pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR Y MULTA de 200.000 pesetas y a una pena de MULTA DE CIEN MIL pesetas, con arresto sustitutorio de 60 días caso de impago por el delito de uso de documento falso, a W. J. E. O. una pena de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR Y MULTA de 50.000 pesetas a ambos, a las accesorias de suspensión de cargo público durante la condena; dese a la sustancia intervenida el destino legal, se condena a los procesados 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. Réclame se con urgencia la pieza de responsabilidad civil de los procesados. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

20

20. SALUD PUBLICA. Aplicación del párrafo 3° del art. 344 del Código Penal. La eventual existencia de un agente provocador se consideró en este caso irrelevante. *Sentencia de 20 de Enero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que sobre las 15 horas del día 21 de Junio de 1979, el procesado J. C. M., mayor de edad, sin antecedentes penales, cuando se encontraba en la Plaza de Q. de esta Ciudad, ofreció en venta a dos inspectores de Policía, seis barras de sustancia tóxica de Cannabis Indica, conocida por el nombre de hashchís con un peso de 22,200 gramos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344-1° y 2° del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado J. C. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, 15.000 ptas. de multa con arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias del art. 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para sus patrocinados, por no ser los

hechos que se le imputan constitutivos de delito.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 344-1° del Código Penal, siendo procedente, habida cuenta del nulo resultado lesivo de la venta que no llegó a efectuarse y de la escasa cantidad de la droga ocupada, la aplicación de la atenuación prevista en el párrafo 3° del mismo artículo; no siendo de valorar la eventual tesis absolutoria derivada de la provocación por parte de la Policía, por cuanto al ser ya la tenencia preordenada al tráfico uno de los tipos previstos en dicho precepto legal, resulta aplicable la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975) relativa a que en supuestos como el que ahora se decide en realidad no se provoca la comisión del delito, sino el descubrimiento de una infracción previamente realizada; por lo que procede reputar correcta la calificación de la acusación pública.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. C. M., por haber tomado parte directa e inmediata en la ejecución de los hechos que se le imputan, de acuerdo con lo dispuesto en el n° 1° del artículo 14 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

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, 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 condenar y condenamos al procesado J. C. M., en concepto de autor responsable de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR y 15.000 ptas. de multa con 15 días de arresto sustitutorio en caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo 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).

31

31. FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL. En recetas oficiales de control de estupefacientes. Cooperación necesaria. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Enero de 1983.*

RESULTANDO probado y así expresamente lo declaramos que en fechas no precisadas

del año mil novecientos ochenta la procesada M. J. T. H., a la sazón menor de dieciocho años al haber nacido el día tres de diciembre de mil novecientos sesenta y dos y sin antecedentes penales, se trasladó a la vivienda situada en el número veintidós de la calle J. S. de S. P., en la que con anterioridad había habitado el médico don A. M. J., colegiado n.º 2.291 del de Baleares, quien, entre otros papeles y objetos, había dejado olvidado un talonario de la serie E.-73 expedido por la Subdirección general de Farmacia de la Dirección general de Sanidad, correspondiente al talonario especial de "control de estupefacientes" y expedido por dicho organismo a tal facultativo, con recetas impresas numeradas desde el guarismo 921.601 al 921.700, ambos inclusive; talonario que al ser hallado en la forma indicada por la procesada puso a disposición de su esposo, persona ya juzgada en la causa y con dependencia a tranquilizantes, quien hizo uso de las que se señalan en la sentencia anteriormente dictada; habiendo la procesada presentado el treinta de abril del expresado año mil novecientos ochenta la receta serie E-73 y número 921.616 al nombre supuesto del colegiado don M. S. —número 2372 de colegiación— en la Oficina de Farmacia cuyo titular es don A. T. G., de S. P., de la misma de la que no consta quien la hubiera extendido, sin que le fuera dispensado el producto "Drexedina" figurado en la receta por no presentar Documento Nacional de Identidad y sospechar el auxiliar de la Oficina que la atendió, alguna anomalía al no ser preciso para tal producto el uso de recetas del referido talonario; por lo que la procesada rompió la receta.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 303 del Código penal en relación con los números 1, 2, 3, del mismo precedente artículo 302 y designando autor del mismo a la procesada, sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal y si reputando concurrente la norma del artículo 318 del expresado Código, solicitó se le impusieran las penas de tres meses de arresto mayor y multa de quince mil pesetas, accesorias arresto sustitutorio y costas.

RESULTANDO que en calificación elevada a definitiva la defensa de la procesada estimo que la misma no había cometido delito alguno, solicitando consecuentemente su libre absolución.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados en el primer resultando de la presente sentencia son constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el artículo 303 del Código penal, en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del precedente artículo 302 del mismo cuerpo legal; por cuanto una constante doctrina jurisprudencial del T.S. de la que pueden ser exponentes las S.S. de 27 de noviembre de 1977, 23 de noviembre de 1978, 7 de mayo de 1980 y 26 de febrero de 1982, viene proclamando que, a diferencia de lo que ocurre con las recetas particulares de los médicos, las que tienen origen en un organismo público como los Colegios profesionales —cual es el caso de las recetas especiales para la dispensación de sustancias psicotrópicas— tienen carácter oficial, por lo que cualquier alteración en la verdad que se verifique en las mismas integra el tipo penal previsto en el citado artículo 303.

CONSIDERANDO que de dicho delito es responsable en concepto de coautor por cooperación necesaria del ordinal 3.º del artículo 14 del Código penal la procesada, ya que si bien, como se recoge en la narración fáctica, no consta que la misma efectuase alteración o falsificación en las recetas, no es menos cierto, como también consta en el relato, que fue ella precisamente quien facilitó a su esposo el talonario especial de recetas en que las falsedades se efectuaron por aquél, con lo que su intervención en el delito, al suministrar el medio con que el mismo pudo efectuarse tiene perfecto encaje en esta forma especial de coautoría y, por su importancia y relieve para la comisión, no puede degradarse al rango de simple complicidad.

CONSIDERANDO que concurre la circunstancia genérica de atenuación privilegiada de minoridad penal del número 3.º del artículo 9 del Código penal, ya que si bien es cierto que en la causa no consta la certificación de nacimiento de la procesada es lo cierto que en toda la documentación policial y judicial consta como fecha de nacimiento la de 3 de diciembre de 1962, por lo que al realizarse los hechos aquélla aún no había cumplido los

dieciocho años, debiéndose estimar probada tal fecha de nacimiento por necesaria aplicación del principio "pro reo"; lo que produce el efecto degradatorio de la penalidad previsto en el artículo 65 del Código penal, que debe al tiempo combinarse con la especial atenuación del artículo 318 del repetido cuerpo legal, ya que si bien la apreciación de ésta es discrecional (SS. de 21 de mayo de 1975 y 3 de marzo de 1981), en este supuesto ha de ser de obligada aplicación al haber sido postulada por la propia parte acusadora pública en su calificación definitiva; todo lo que conduce a la desgravación punitiva en dos grados, de manera que la pena de prisión menor inicialmente prevista ha de quedar reducida a la multa en la cuantía de veinte mil pesetas prevenida como mínima en el artículo 28 del Código penal, en tanto que la de multa inicial asignada al tipo ha de ser inferior a dicha cifra, al no estar prevista como pena única y de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial (Por todas, SS. de 18 de marzo y 30 de septiembre de 1981 y 12 de febrero de 1982).

CONSIDERANDO que las costas procesales son consecuencia necesaria de la condena penal en virtud de lo previsto en los artículos 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

VISTOS los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 23, 27 y su tabla, 28, 61, 63, 90 y 91 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a la procesada M. J. T. H., en concepto de autor por cooperación necesaria de un delito de falsedad en documento oficial, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de ser menor de dieciocho años en el momento de la comisión delictiva, a una pena de **VEINTE MIL PESETAS DE MULTA** y otra pena de **QUINCE MIL PESETAS DE MULTA**, ambas sustituidas caso de impago por una responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada mil pesetas impagadas; condenándola asimismo, por ministerio de la ley, al pago de la mitad de las costas causadas.

Abonamos a la procesada para el cumplimiento de las penas impuestas la totalidad del tiempo que haya estado privada de libertad por razón de esta causa y aprobamos, por sus propios fundamentos y con la condición ordinaria que contiene el auto de insolvencia dictado por el Instructor y consultado con esta Audiencia. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

33

33. ABANDONO DE FAMILIA. Ausencia de conducta típica. Abandono del procesado por un breve tiempo y reintegrándose posteriormente. *Sentencia de 28 de Enero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que la procesada M. S. C., mayor de edad, sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con J. G. P., el día 10 de

Abril de 1976, de cuya unión tuvieron dos hijas, llamadas M. D., nacida el 28 de Marzo de 1977 y S., nacida el 4 de Agosto de 1978. Posteriormente hubo graves desavenencias entre marido y mujer, por cuya causa la procesada, el día 2 de Julio de 1981 se marchó del domicilio conyugal sito en la calle M. n° 21 de P., durante cuya ausencia en dos ocasiones envió paquetes con ropa para sus hijas que eran cuidadas por su abuela materna. La procesada se ha reintegrado al domicilio familiar ocupándose normalmente del cuidado y educación de sus hijas y tiene pendiente en la actualidad un proceso de separación legal respecto de su esposo.

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 artículo 487-1° del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada M. S. C. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquélla la pena de un mes y un día de arresto mayor y 20.000 ptas. de multa con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias del artículo 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de la procesada en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinada por entender que los hechos que se imputan no son constitutivos de delito alguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de abandono de familia del artículo 487-1° del Código Penal de que hace acusación el Ministerio Fiscal, pues si bien durante un corto período de tiempo la procesada se ausentó de su domicilio, nunca rompió definitivamente su vinculación en el mismo ni abandonó completamente su relación con la familia reintegrándose al dicho hogar con el consiguiente cumplimiento de sus obligaciones familiares, circunstancia que debe sanar la, en parte, irregular actuación de la procesada, por lo que procede declarar su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables, dejar sin efecto las medidas de aseguramiento con ella acordadas y declarar de oficio las costas procesales.

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 a la procesada M. S. C. del delito de abandono de familia de que es acusada por el Ministerio Fiscal, dejando, sin efecto las medidas de aseguramiento contra ella acordadas y declarando de oficio las costas procesales. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

41

41. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. Elementos. Reiteración. *Sentencia de 31 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que J. L. S. A., mayor de

edad, condenado en 1971 por conducción ilegal y por robo, en 1969 por conducción ilegal, en 1972 por robo frustrado, en 1975 por robo y hurto de uso y en 1976 por robo, el día 20 de diciembre de 1981 se hallaba en situación de prisión provisional decretada por el Juez de Primera Instancia e Instrucción de Inca en sumario 20/81, cumpliéndola en aquellos momentos en el Hospital Provincial de Palma, propiedad del Consell Insular de Mallorca, debido a su estado físico por una huelga de hambre mantenida, y, en tal situación, con ánimo de fugarse definitivamente del establecimiento, procedió a serrar los barrotes de una ventana situada a unos dos metros del suelo (con lo que causó desperfectos valorados en 7.500.- pesetas), operación que culminó en la madrugada del 21, comunicando entonces sus designios y planes a su compañero de celda J. F. G., mayor de edad y condenado por robo el 26 de marzo de 1980 —cuya condena cumplía en aquel momento en el Hospital por estar afecto de un proceso hepático— y en julio del mismo año también por robo, con lo que, ambos de común acuerdo, huyeron a través de la ventana siendo detenidos días más tarde.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena y evasión de presos, cometido con fuerza en las cosas, de los artículos 334 y 335 del Código Penal; del que conceptuó autores a los dos procesados, con la concurrencia de la agravante de reiteración respecto a J. L. S., por lo que solicitó contra éste la pena de 4 años, dos meses y un día de prisión menor, y contra F. G. la de dos años de prisión menor, accesorias a ambos, e indemnización de siete mil quinientas pesetas al Consell Insular de Mallorca y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de los acusados en igual trámite, concordó los hechos y su calificación jurídica con el Ministerio Fiscal, solicitando para S. A. la pena de un año de prisión menor y para F. G. la de seis meses y un día de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente el delito de quebrantamiento de condena que prevé y castiga el art. 334 del Código Penal, en la forma agravada del artículo siguiente, delito que, concebido en forma amplia, no contempla tan sólo el quebranto de una condena en su sentido técnico-formal, sino también el del estado de prisión preventiva cual cuida de especificar el precepto legal, circunstancias ambas que, probada y reconocidamente, se dieron en el caso enjuiciado y que se lograron mediante la violencia material consistente en el aserramiento de los barrotes de una ventana, causando menoscabos valorados en siete mil quinientas pesetas.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados J. L. S. A. y J. F. G., pues ambos en forma voluntaria, quebrantaron, respectivamente, su prisión y condena, provocando materialmente el primero los daños en el local, conociéndolo y aprovechándolo el otro para su huida, con lo que en los dos concurre la cualidad de autores.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa de reiteración (art. 10, apartado 14), solo respecto a J. L. S., condenado con anterioridad a los hechos por cuatro delitos de robo, uno de hurto de uso y dos de conducción ilegal, con la consecuencia punológica que impone el artículo 61 regla 2ª del texto punitivo.

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, 20, 33, 47, 49, 61 reglas 2ª y 4ª 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los procesados J. L. S. A. y J. F. G., en concepto de autores responsables de un delito de quebrantamiento de condena, concurriendo en el primero la circunstancia agravante de reiteración, a la pena para éste de **CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR** y para

F. G. la de UN AÑO DE PRISION MENOR; con las accesorias, para ambos, de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de condena y a que, solidariamente, por vía de indemnización de perjuicios abonem al Consell Insular de Mallorca la suma de SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS, y al pago por mitad de costas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

52

52. APROPIACION INDEBIDA. "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 10 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: probado y así se declara: que el procesado B. D., nombrado el 28 de octubre de 1976 corresponsal de la Comisión Local de la Mutualidad Agraria de la Seguridad Social del término de S. M. (Mallorca), el día 7 de noviembre de 1978 se le practicó oficialmente una inspección sin que se observaran irregularidades, y recibidos desde esta fecha sellos, cuyo valor facial abonaban los mutualistas y con su importe a la vez abonaba prestaciones a los beneficiarios, vino aplicando a usos propios parte de los ingresos obtenidos hasta un total de un millón ciento cuarenta y una mil pesetas y llegado el 2 de mayo de 1979 con el pretexto de realizar unos cursillos en Madrid, cerró la dependencia abandonando sus funciones, y realizó viajes a Venezuela y otro a París, hasta que fue detenido el 28 de enero de 1981 en Valencia. La referida cantidad que resulta del último informe contable facilitado por la dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, conforme a la última liquidación de marzo de 1979, según diferencias de los cupones de láminas de cotización recibidas y no justificado su importe en pago de prestaciones o metálico conforme al arqueo practicado el 15 de mayo de 1979 a raíz del abandono de su puesto y el balance definitivo de las cuentas correspondientes a todo el ejercicio de 1979. El día 2 de febrero de 1981 el Director del Instituto Nacional de la Seguridad Social, renunció a toda indemnización de perjuicios al llegar a un acuerdo con el padre del procesado según documento de fecha de 30 de diciembre de 1980, en el que se aceptaron cálculos contables diferentes de los últimamente presentados por dicha entidad.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida de los arts. 535 en relación con el 528-1º ambos del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado B. D. B. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de seis años y un día de presidio mayor, accesorias del art. correspondiente y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de apropiación indebida de los arts. 535 en relación con el art. 528-1º ambos del Código Penal, ya que el procesado que no consta fuera en aquellas fechas funcionario público, aprovechó la disponibilidad que tenía de sellos de cotización de la Mutualidad Agraria para convertirlos en metálico, y destinando la cantidad que se indica a usos propios se benefició de dicha suma, consumando el delito que se indica al disponer de cantidades que conforme al título que las recibía no podría disponer.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado B. D. B., 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, 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 B. D. B. en concepto de autor responsable de un delito de **APROPIACION INDEBIDA EN CUANTIA DE UN MILLON CIENTO CUARENTA Y UNA MIL PESETAS**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de **SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR** a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio 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. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad Civil. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

60

60. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. Ausencia de conducta típica, al no acreditarse el elemento normativo de ajeneidad. Presunción de inocencia. **DAÑOS.** Falta. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que A. V. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 11 de septiembre de 1979 sostuvo una discusión con M. T. R. con la cual convivía, en el domicilio de ésta en Palma, cogiendo de una caja de caudales 25.000 pts. de su propiedad y marchándose de aquél; al día siguiente, cuando intentó volver de nuevo le fue negada la entrada por la propietaria por lo que, airado, dio una fuerte patada a la puerta causándole desperfectos que se tasan en 2.793 pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo del art. 500, 504-3º y 505-2º y una falta de daños del 597, todos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, por lo que solicitó contra aquél las penas de 6 meses y 1 día de presidio menor y 10 días de arresto menor, accesorias legales e indemnización de 30.000 pesetas a la perjudicada y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito ni de falta, solicitando su libre absolución con declaración de oficio de las costas causadas.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados no integran legalmente el delito de robo con fuerza en las cosas de que se acusa por el Ministerio Fiscal, pues para que el mismo se dé es requisito ineludible la ajenidad de la cosa y, en el presente evento, donde es de ver una real convivencia de las dos personas intervinientes, no se ha probado siquiera indiciariamente a quién pertenecía el dinero discutido, existiendo tan sólo dos declaraciones contradictorias como único elemento de valoración, lo que no es suficiente para destruir el principio constitucional de la presunción de inocencia; en cambio, si está admitido, por propio reconocimiento y valoración de daños, los desperfectos voluntariamente ocasionados en bien ajeno, constitutivos de la falta que prevé el art. 597.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado de la falta aludida, por su materialización voluntaria, siendo inocente del delito imputado.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al procesado A. V. G., del delito de robo del que venía acusado y **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al mismo, como autor responsable de una falta de daños en cuantía de dos mil setecientos noventa y tres pts. sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **DIEZ DIAS** de arresto menor, así como a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida M. T. R. la suma de dos mil setecientos noventa y tres pts. y al pago de costas que se devengarán como en juicio de faltas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.

Reclámese del Juez Instructor la oportuna pieza de responsabilidad civil y déjese inmediatamente en libertad al acusado. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

83. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. En la sentencia se decretó la nulidad de actuaciones a partir del auto de Conclusión del Sumario, inclusive. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO: Que por auto del Juzgado de Instrucción de fecha 4-9-1981 se decretó el procesamiento contra los procesados antes indicados, como autores de un delito de robo consumado —artículos 500, 504-2º, 505 del Código Penal— y de otro delito de robo frustrado del artículo 500 en relación con el art. 3, cometidos, respectivamente, los días 1 y 26 de Abril de 1981, el primero, en un chalet, propiedad de J. M. W., en Ca'n F., E., y, el segundo, en un apartamento, "Las Tres Lágrimas", Edificio C., Urbanización L. C., del P. de Al., recibiendoles declaraciones indagatorias a ambos en las que, negaron los hechos (sumario 58/1981 del Juzgado de Instrucción nº Tres de ésta). Apoderándose, en el primero, de 2.130.150 ptas. en alhajas y demás.

RESULTANDO: Que, por auto de fecha 10-9-1981, del mismo Juzgado de Instrucción, recaído en el sumario nº 59/1981, acumulado al anterior, se dictó auto de procesamiento, solamente contra F. L. M., por delito de robo, cometido en el día 25 de abril de 1981, en el apartamento A, sito en la Urbanización Las C., también del Edificio C., de A. por robo de joyas por importe de 1.050.000 ptas., apartamento contiguo al de la misma Urbanización del resultando anterior, procesado que, asimismo, negó en la indagatoria haber tenido participación en tal hecho.

RESULTANDO: Que, a petición del Ministerio Fiscal, se procedió a la acumulación de ambos sumarios, por auto de esta Sala, y al darse traslado para instrucción a dicho Ministerio Público, acusó como autores del robo de Esporlas, solamente contra el procesado J. M. R., en unión de persona o personas desconocidas sin solicitar nada para el otro procesado, F. L. M., Cuantía del robo: 2.130.150 ptas. En el propio escrito de calificación, se acusa como autores del robo en el apartamento de B. P. D., en A., por cuantía de 900.000 ptas. a J. M. R. y a F. L. M., pese a que, en su día, por el Juez de Instrucción solamente se procesó a F., y, por tanto, solamente a éste se le indagó acerca de dicho delito, siendo calificados los hechos todos de su escrito como constitutivos de un delito de robo.

CONSIDERANDO: Que al no solicitarse por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación para F. L. nada, por el primer delito, pese a estar procesado por el mismo robo por cuantía de 2.130.150 ptas., así como al haberse procesado solamente por el Juez, por el segundo delito-robo de 900.000 ptas. a F. L., sin procesar a J. M. ni indagarle, pese a que el Ministerio Fiscal dirigió su acusación y se abrió el juicio contra los dos, por este indicado segundo delito, se han quebrantado los artículos 650, 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concordantes por lo que al haberse celebrado el juicio oral en tales condiciones procesales y, visto el aporte de pruebas periciales procede decretar la nulidad de las actuaciones practicadas a partir del auto de conclusión del sumario inclusive, a fin de que se dirija el procedimiento contra J. M. R. por el delito de robo en el chalet de B. P. K. —folio 172—, sin perjuicio de que por el Instructor, si así lo estima, para mayores garantías procesales, se remitan los folios relativos a recogidas de huellas y dictámenes practicados en autos al Laboratorio de identificación de la Dirección de la Seguridad del Estado, para que, asimismo, dictamine sobre la participación de ambos procesados en los delitos aquí denunciados, nulidad reclamada por exigencias de los principios de audiencia, contradicción, y congruencia procesales y que, dado el carácter de normas ius cogens, imperativas, absolutas, la doctrina legal establecida —Sentencias 6-3-1952, 17-5-1972,

2-4-1979— y las más recientes de 7 de mayo y 2 de junio de 1981, por el carácter no dispositivo de estas normas de procedimiento y “la necesidad ineludible de observar estrictamente cuantos preceptos rituarios establecen las Leyes procesales, en garantía del adecuado enjuiciamiento de cuantas cuestiones se someten a los Tribunales y del más escrupuloso respeto a las garantías individuales y a los derechos fundamentales de la persona de los acusados, reponiéndose las actuaciones al indicado momento inmediatamente anterior a dicho auto de conclusión sumarial.

VISTOS los artículos y doctrina legal citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS: Que debemos decretar y decretamos la nulidad de todo lo actuado en la presente causa a partir del auto de conclusión del sumario, inclusive, retrotrayéndose las actuaciones a dicho momento procesal para que se dirija el procedimiento contra J. M. R. y recibiéndole declaración indagatoria, sobre el robo cometido en el Apartamento A, del Edificio C., de A de B. P. D. —folio 172— y remitiéndose para ello el sumario al Instructor y, una vez terminado, dése a la causa la tramitación correspondiente. (Ponente: Alvaro Blanco Álvarez).

101

101. DELITO DE SIMULACION DE CONTRATO. (Estafa, art. 532 n° 2). Autoría por inducción. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Marzo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO y así expresamente se declara que el día 24 de abril de 1967 el procesado P. N. S., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado en sentencias de 6 de diciembre de 1947 por falsificación de documento de identidad, en la de 27 de noviembre de 1948 por robo y en la de 30 de julio de 1952 por falsificación —cuyos antecedentes fueron cancelados con fecha 20 de octubre de 1971—, vendió a J. I. Q., procesado en este sumario que falleció con fecha 31 de octubre de 1980, los solares número 119 y 129 de la Urbanización P. por el precio conjunto de trescientos noventa y una mil cuatrocientas pesetas. En el año mil novecientos setenta y dos, dicho J. I. Q., que atravesaba una difícil situación económica a causa de reiterados impagos al Banco Español de Crédito, tras entrevistarse con la Dirección de esta entidad bancaria en Palma, convino para hacer frente a su situación suscribir una póliza de crédito y además la venta de los citados solares a B. R. S., corresponsal de la citada entidad en Inca, quien efectivamente los adquirió mediante documento privado de 25 de octubre de 1972 pagando por los mismos la cantidad de seiscientos mil pesetas que el referido señor I. percibió, haciéndose constar la existencia de esta transmisión al pie del documento de 1967 suscrito entre los señores N. e I. Q.- Al siguiente día 26 de octubre de 1972, el señor R. concedió al señor I. una opción de compra de los solares por precio de seiscientos cuarenta y ocho mil pesetas, en la que inicialmente se señaló como plazo final el de 27 de octubre de 1973 y que con fecha 7 de diciembre de dicho año 1973 se prorrogó hasta el 26 de octubre de 1974, percibiendo como precio la suma de cincuenta mil pesetas y conviniendo los señores R. e I. que cual-

quier divergencia sobre lo convenido se resolvería mediante arbitraje.- Extinguido el plazo de la citada opción sin que el señor I. la ejercitase, se negó a desocupar los solares cuya posesión material nunca había dejado, pese a los diversos requerimientos notariales que a tal fin se le hicieron, surgiendo controversias sobre el alcance de lo convenido y sobre la titularidad, por lo que don B. R. requirió la formalización del compromiso en escritura pública, lo que se acordó por auto del Juzgado de Primera Instancia de fecha 29 de noviembre de 1977, emitiendo su laudo los árbitros designados Letrados Don A. R. C., Don J. Z. C. y Don D. B. D., fecha 14 de enero de 1978, reconociendo la propiedad de los solares a favor del señor R., realizándose la ejecución judicial el 30 de junio de 1978, dándose posesión a B. R. de dichos terrenos.

RESULTANDO PROBADO —y así también expresamente lo declaramos— que entre tanto el procesado P. I. P., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por delito de hurto en la sentencia de 8 de noviembre de 1969 y por cheque en descubierto en la de 4 de diciembre de 1972, hijo del citado J. I. Q. y apoderado de su padre desde el día 11 de marzo de 1974, conocedor total de los contratos relacionados en el fundamento que antecede y de sus incidencias procedimentales en las que personalmente intervino, persuadió a su padre y con la finalidad de perjudicar al citado B. R. para que comunicase al ya citado procesado P. N. S. que otorgase escritura pública de venta de los solares a favor de su esposa N. B. B., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, que conocía la situación existente respecto a los mismos terrenos entre su padre político y el señor R., consiguió que su padre comunicase a don P. N. que otorgase la escritura a favor de su esposa, consiguiendo que aquél, que dado el tiempo transcurrido, la efectiva posesión por el señor I. Q. de los solares y el pago por éste de los recibos de agua y cargas afectantes a ellos accediese al otorgamiento de la escritura, lo que se verificó en fecha 31 de diciembre de 1977, muy inmediatamente anterior a la emisión del laudo citado, expresándose en dicha escritura que el precio de adquisición era el de ciento noventa y cinco mil pesetas que el señor N. decía tener previamente recibidas, procediéndose a inscribir esta adquisición en la que no medió precio real alguno en el Registro de la Propiedad a nombre de la procesada doña N. B., por lo que con posterioridad a la ya citada ejecución judicial del laudo arbitral, por dicha procesada se interpuso demanda de interdicto de recobrar que fue desestimado en ambas instancias, interponiéndose por el señor R. demanda en juicio de mayor cuantía solicitando la nulidad de la supuesta transmisión: proceso que se halla suspendido y pendiente de la resolución de esta causa penal.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa del artículo 531 del Código penal y designando autores a los tres procesados, con la concurrencia en P. I. P. de la agravante de reincidencia, solicitó se les impusiera a P. N. y N. B. las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de setecientos mil pesetas y a P. I., las de cuatro meses y un día de arresto mayor y multa de setecientos mil pesetas, con condena a costas y por vía de responsabilidad civil, se declarase la nulidad de la escritura de compraventa entre P. S. y N. B.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas la querellante formuló la misma calificación que el Ministerio fiscal, con las únicas variantes de solicitar que la multa fuese de dos millones cien mil pesetas y que también se acordase la cancelación de la inscripción registral practicada en virtud de la escritura.

RESULTANDO que la defensa del procesado P. I. P., en conclusiones elevadas a definitivas, estimó que el mismo no había cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

RESULTANDO que idénticas conclusiones elevadas a definitivas formuló la defensa de la procesada N. B.

RESULTANDO que la defensa del procesado P. N. S. negó en conclusiones elevadas a definitivas las del Ministerio fiscal.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados en el primer resultando,

dícese, en el segundo resultando de esta sentencia no son constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 531 del Código penal, objeto de acusación pública y particular, ya que el tipo previsto en el párrafo primero supone que exista un fingimiento de titularidad dominical, que en este caso no existe, al haber connivencia defraudatoria entre los procesados I. (padre e hijo) y la señora B., que, como se señaló en el relato fáctico, conocía, dado su estrecho parentesco, que el señor I. ya fallecido había previamente transmitido la cosa al señor R.; por lo que al estar dirigida la simulada transmisión sólo en perjuicio de los derechos de éste, es obvio que el delito que ha de reputarse existente es el previsto, con las mismas penas, en el siguiente artículo 532, párrafo 2º, “el que otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, pues ya se tratase de una transmisión absolutamente inexistente (el señor I. seguiría siendo dueño efectivo tras ella), ya de una dación en pago del señor I. a la señora B. a cuenta de una deuda contraída con la misma (tesis de esta procesada), lo cierto es que la transmisión era simulada y en perjuicio de tercero (el señor R.), pues a estos efectos punitivos resulta intrascendente el que haya existido una venta o una transmisión de “fiducia cum creditore”, en tanto al no haberse en este último caso sustituido el capital prestado el bien estaba afecto como garantía de la restitución; tipificación perfectamente dentro de la esfera competencial de este tribunal, al no infringir el apartado 4º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que sólo veda —de no hacer uso de la facultad del artículo 733 de la misma— al órgano jurisdiccional el sancionar por un delito más grave que el que es objeto de acusación; lo que no sucede en este caso, al ser la penalidad idéntica en uno u otro caso.

CONSIDERANDO que de tales delitos son responsables: a) Como autor directo del número 1º del artículo 14 del Código penal, la procesada N. B. B. b) Como autor por inducción del número 2º de dicho artículo, el procesado P. I. P; procediendo en cambio la libre absolución prevenida en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto del procesado P. N. J., ya que las circunstancias recogidas en el relato vedan estimarle copartícipe consciente en la simulación en la que él era un simple instrumento formal al haber con mucha anterioridad transmitido la cosa al señor I. Q. y no ser posible la comisión del delito de estafa, ni aun de esta estafa impropia, por simple imprudencia.

CONSIDERANDO que concurre en el procesado P. I. P la agravante de simple reincidencia del artículo 10, número 15º, del Código penal; sin que en la otra procesada concurra circunstancia modificativa de la responsabilidad alguna.

CONSIDERANDO que la responsabilidad civil que deriva de la penal conforme a lo dispuesto en los artículos 1.092 del Código civil y 19 del Código penal tiene como una de sus formas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del Código penal, la restitución; modalidad reparatoria que en delitos de la naturaleza del presente ha de alcanzarse, como enseña en forma muy amplia la conocida S. del T.S. de 20 de noviembre de 1972, a la declaración de nulidad de la escritura que instrumenta la simulación, al no existir la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al no ser obviamente la procesada señora B. adquirente de buena fe; debiéndose estar para la cancelación de la inscripción, como asimismo recuerda la citada S. y la de 18 de noviembre de 1955, a lo dispuesto en el artículo 40-d) de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDO que la obligación de abono de costas es, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal secuela o consecuencia legal de la infracción criminal jurisdiccionalmente declarada; sin que en ningún caso puedan (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) imponerse a los procesados absueltos; por lo que procede declarar de oficio la parte correspondiente al procesado P. N. S.

VISTOS los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 23, 27 y su tabla, 28, 29, 30, 31, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 61, 63, 72, 78 y su tabla demostrativa, 90 y 91 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado P. N. S. del delito de estafa objeto de acusación y debemos condenar y condenamos: a) A la proce-

sada, como autor directo, dicese la procesada N. B. B., como autor directo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de simulación de contrato en perjuicio de tercero, a las penas de UN MES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR y MULTA DE SETECIENTAS MIL PESETAS.- b) Al procesado P. I. P., como autor por inducción, sin otras circunstancias modificativas que la de simple reincidencia, del mismo delito, a las penas de CUATRO MESES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR y MULTA DE SETECIENTAS MIL PESETAS; condenando que por vía de restitución a estar y pasar por la nulidad que declaramos de la escritura pública de supuesta venta otorgada entre don P. N. S. y la procesada doña N. B. B., así como a la cancelación, previos los oportunos trámites en ejecución de sentencia y previa anotación preventiva en su caso, de la inscripción registral practicada en virtud de dicha escritura pública; condenando por último a los procesados al pago cada uno de ellos de un tercio de las costas, declarando de oficio el otro tercio.

Las penas de arresto impuestas llevarán aparejada la accesoria de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante sus tiempos respectivos y las de multa llevarán aparejada una responsabilidad personal subsidiaria de dos meses de arresto caso de impago. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

103

103. HOMICIDIO. "Animus necandi". Muerte de hermanastra. Ausencia de circunstancias agravantes. Sentencia de 4 de Marzo de 1983.

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que L. M. D., de 48 años de edad, sin antecedentes penales, de normal conducta informada, campesino, con instrucción mínima, sujeto de carácter agresivo y primitivo, antiguo alcohólico y torpe mental aunque conservando sus facultades de discernimiento y voluntad dentro de un grado normal, convivía en su domicilio sito en C/ L, nº 20 de M. con su hermanastra M. M. S., viuda, de 60 años de edad, a quien de antiguo el procesado atribuía la muerte de una hermana menor ocurrida veinte años antes y el día 30 de enero de 1982, sobre las 13.30 horas, viendo como la dicha M. M. se encaminaba a buscar leña a un predio vecino, concretamente "M." de S. M., finca rústica enclavada entre otras y próxima al camino del mismo nombre, salió asimismo el acusado y, tras tomar un vaso de vino, sobre las 13.50 llegó al mismo lugar preguntando a su hermanastra sobre la desaparición del domicilio de dos mil pesetas, lo que motivó una discusión entre los dos, que llevó al procesado a sacar de entre sus ropas un cuchillo de cocina con el que asestó un fuerte golpe a su oponente produciéndole una herida en la frente de dos centímetros de longitud y partiendo la hoja del arma; a continuación, cogió un listón de madera y repitió los golpes sobre todo el cuerpo de la víctima hasta dejarla caída sobre el borde de un aljibe y, finalmente, ya para acabar con la vida de la hermanastra, descargó un tablón de grandes dimensiones sobre su cabeza causándole hematoma subdural y fractura de cráneo que determinaron su fallecimiento.

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los

hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, concurriendo las agravantes 13 y 16 del art. 10, de despoblado y desprecio de sexo, por lo que solicitó contra aquél la pena de veinte años de reclusión menor accesorias legales e indemnización de 3.000.000 pesetas a los herederos de M. M. S. y costas.

RESULTANDO que la defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de homicidio, concurriendo la atenuante 1ª del art. 9º en relación a la eximente 1ª del 8º, impetrando la imposición de una pena de ocho años de prisión mayor, accesorias, costas e indemnización de 1.000.000 pts. a los herederos de M. M.

CONSIDERANDO que los hechos que se declaran probados integran un delito de homicidio del art. 407 del Código penal, caracterizado por la muerte de una persona por otra en forma voluntaria e intencional, cual se deduce no ya sólo de la propia confesión del autor (folio 13, 20 y 42 del sumario), sino, además, por la perfecta adecuación de los medios empleados (vid, sentencias 23 de enero 1980, 8 abril 1981, 6 mayo 1982) en relación causal de hecho-resultado.

CONSIDERANDO que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado L. M. D., autor material y voluntario de los hechos.

CONSIDERANDO que no es de apreciar la eximente incompleta de enajenación mental (1ª del 9º en relación con la 1ª del 8º) habida cuenta de la sanidad psíquica del acusado destacada por la pericial médica llevada a cabo tanto en el sumario como en juicio oral, apreciando solamente los facultativos una antigua "pancreatitis alcohólica" que produce "disminución de memoria de fijación, del rendimiento intelectual, respuestas extemporáneas, ligera susceptibilidad e impaciencia", lo que, notoriamente, no disminuye su discernimiento y voluntad como aquellos mismos afirman y, además, viene catalogado como "torpe mental" con la consiguiente secuela de su plena imputabilidad (cpr. sents. 25 marzo 1980 y 13 febrero 1981). Por otra parte, tampoco concurren las agravantes observadas por la Acusación, toda vez que la circunstancia de despoblado (13ª del art. 10), como signo de mayor temibilidad del delincuente que actúa en lugar solitario y alejado —lo que, además, queda en simple presunción— para procurar su seguridad, evitando el auxilio a la víctima (sents. 25 febrero 1970, 26 junio 1974), sólo puede operar cuando es el propio sujeto quien, entre sus posibilidades, elige el punto geográfico favorable o se aprovecha de él, no pues en el caso enjuiciado donde el homicida acude al lugar donde ya se halla faenando la que resulta luego su víctima y, tras discutir con ella, surgido entonces el ánimo "necandi", inició el desarrollo de la acción sin "contar" idealmente con —o ser influido por— la situación topográfica; dicho de otra forma, no se halla adverado ni es presumible que, nacida la riña en el propio domicilio, el procesado no hubiera actuado como actuó. Tampoco el desprecio de sexo (art. 10 causa 16ª) resulta de especial aplicación. Esta circunstancia, concebida en su acepción literal como desprecio del respeto que por el sexo merece el ofendido, y de corta vigencia quizás ya, caso de ser aprobado el Proyecto de nuevo Código Penal que no la incluye como causa de agravación en su art. 28, viene fundada por nuestro Tribunal Supremo unas veces en la inferioridad física de la mujer (sents. 4 abril de 1974 y 6 mayo 1978) y otras en su preeminencia social y familiar (sents. 8 de marzo de 1973 y 18 mayo 1982), pero, con aparecer muy alejada de los principios que hoy rigen la comunidad social (norma interpretativa a tener en cuenta de acuerdo con el art. 3.1 del Código civil) cuando la propia mujer demanda la plena equiparación y ésta se desarrolla ya gradualmente en leyes civiles, laborales y administrativas, resulta de muy dudosa constitucionalidad habida cuenta del art. 14 de la Norma Fundamental de 1978, lo que obliga hoy a una interpretación absolutamente restrictiva y siempre con carácter subjetivo, aplicándola (si así fuere obligado legislativamente) sólo en aquellos extremos casos en los que el sexo ha tenido decisiva influencia en la elección de la víctima y siempre y cuando no sea especial elemento del tipo penal, razones que llevan a su rechazo en el evento enjuiciado donde el sexo no determinó ni la ideación ni el desarrollo del delito.

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, 49, 61 regla 4ª 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado L. M. D. en concepto de autor responsable de un delito de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de DOCE AÑOS Y UN DIA de reclusión menor con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de M. M. S. la suma de un millón de 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. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

112

112. **CONTRABANDO.** (Ley Orgánica 7/1982 de 13 de Julio). Ausencia de conducta típica, cuando la tenencia de sustancias estupefacientes es para el propio consumo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO —y así expresamente se declara— que el procesado M. C. R., ciudadano argentino, mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por robo a una pena de tres meses de arresto mayor en sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos setenta y seis, fue detenido por la Policía el día veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, ocupándose en poder del mismo, entre otros efectos, seis comprimidos de la sustancia "Valium-10", un gramo y medio de cocaína y ciento treinta y dos gramos de plantas de la sustancia "Cannabis": productos que había adquirido para su propio consumo y cuyo valor total asciende a la suma de veintiuna mil doscientas quince pesetas y cuatro céntimos.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de contrabando del artículo 1º, número 3º, apartado 4º, de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, y designando autor del mismo, con la agravante de reiteración, al procesado, solicitó le impusiera una pena de cinco meses de arresto mayor, accesorias y costas.

RESULTANDO que en calificación igualmente elevada a definitiva la defensa del procesado estimó que éste no había cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados no son constitutivos del delito de contrabando del artículo primero, apartado cuarto, de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, objeto de acusación, ya que para que la posesión de drogas se halle inculpada es preciso que a la posesión se sobreañada el plus previsto en la regla primera del apartado tres del citado artículo: que la tenencia constituya delito, por lo que al ser reiterada la doctrina jurisprudencial comprendida entre las sentencias del T.S. de 6 y 13 de octu-

bre de 1973 y las de 25 de enero, 3 de febrero y 22 de marzo de 1982 en orden a que la tenencia no dirigida al tráfico, sino para consumo propio del poseedor, es un hecho no tipificado por la norma contenida en el artículo 344 del Código penal, es obvio que por aplicación de la misma tampoco puede ser el hecho de su posesión para autoconsumo integrante de la infracción de contrabando; por lo que procede dictar el pronunciamiento de libre absolución previsto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDO que procede consecuentemente declarar de oficio las costas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 de dicha Ley procesal.

VISTOS los artículos citados y: 1 y 23 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado M. C. R. del delito de contrabando objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas en este proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

123

123. USURPACION DE FUNCIONES. Ausencia de conducta típica, al no haber puesta en peligro del bien jurídicamente protegido. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO —y así expresamente se declara— que en fechas no precisadas comprendidas entre los meses de marzo y julio de mil novecientos ochenta el procesado P. P. R., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, recibió en su domicilio sito en el número cinco de la calle S. A., del Polígono de la Victoria, de esta ciudad la visita de C. L. S. quien pretendía, por manifestar que carecía de dinero para acudir a un odontólogo, que el procesado le confeccionase una prótesis dentaria completa en sustitución de la que usaba que estaba inútil para su uso. El procesado, que es de profesión Policía municipal y que no se ha atribuido nunca la condición de odontólogo ni aun la de protésico dental y cuyo instrumental destinado a distintos usos artesanales se reducía a un rayoestato, una pieza de mano, un torno, dos espátulas de hierro y dos articuladores de distinto tamaño, accedió a la confección de la nueva prótesis y la entregó a la referida señora percibiendo la cantidad de treinta mil pesetas.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito del artículo 321 del Código penal y designando autor del mismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al procesado, solicitó se le impusiera una pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias y costas.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas la defensa del procesado estimó que el mismo no había cometido delito alguno y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta sentencia no son constitutivos del delito de intrusismo del artículo 321 del Código penal, objeto de acusación, ya que si bien es cierto que no resulta de recibo la argumentación de la defensa en orden a que en todo caso para la existencia del delito se requiera la nota de habitualidad o profesionalidad, en tanto una reiteradísima doctrina legal (SS., p. ej., de 6 de junio de 1972, 23 de diciembre de 1978 y 20 y 26 de febrero de 1981) viene parificando en cuanto a la invasión de la esfera profesional propia del odontólogo el ejercicio plural y continuado con el acto aislado siempre que éste sea específico, idóneo y característico de la profesión usurpada, lo que indudablemente ocurre, con arreglo a la Orden de 2 de enero de 1948 y artículo 2º de la Ley de 13 de noviembre de 1950, que imponen la dirección y encargo por parte del odontólogo para la realización de prótesis; no es menos cierto que tal doctrina ha de aplicarse, por el sentido restrictivo propio de toda norma penal (incluso constitucionalmente sancionado: art. 9 de la C.E.), únicamente a la realización de prótesis "ex novo", es decir, sustitutivas de los vacíos restantes a la pérdida de piezas dentarias naturales, pero no debe extenderse, si de actos aislados y no atributivos de profesionalidad se trata, a sustitución de prótesis anteriores inutilizadas por el uso — como en el caso ahora decidido—, ya que en tales supuestos se trata de acto simplemente material y en el que cabe hablar de continuación del encargo del técnico, al que se suplanta en la dirección de la realización de la prótesis, pues ésta se verifica según el modelo precedente; por lo que al ser este delito esencialmente doloso o con conocimiento de la actividad que se realiza sino además de la violación de los preceptos reguladores de la profesión que se ejecuta (S. de 20 de febrero de 1981), es obvio que en tales supuestos desaparece una antijuridicidad específica, ya que el bien protegido por el precepto no es, según cuida de advertir la jurisprudencia, la competencia ilícita, sino el peligro que para la colectividad supone (SS. de 1 de diciembre de 1970 y 28 de mayo de 1975, entre otras); por todo lo que, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, procede dictar el pronunciamiento de libre absolución previsto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDO que consecuentemente procede declarar de oficio las costas procesales de conformidad con la norma contenida en el artículo 240 de la citada Ley procesal.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general aplicación y: 1 y 23 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado P. P. R. del delito de usurpación de funciones objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas en este proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

174

174. **ESTRAGOS.** Concurrencia de los requisitos que configuran el delito; hundimiento de nave y dolo específico de venganza. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. El Tribunal rebaja la pena en dos grados, haciendo uso de la facultad que le confiere el propio

art. 554 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Abril de 1983. (2ª).*

RESULTANDO PROBADO —y así expresamente se declara que el día veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y dos el procesado S. P. S., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado en sentencia de 3 de agosto de 1965 por delito de hurto y en la de 2 de abril de 1960 por dos delitos de hurto y una falta de daños, encontrándose en el Puerto de S. observe la barca llamada "M.", propiedad de J. L. R., fabricada en la Lista 3ª de la Comandancia de Palma y valorada en la cantidad de tres millones de pesetas, y por estar enemistado con su propietario a cuyo servicio trabajaba por adeudarle el mismo una suma de dinero a causa de salarios, sobre las veintidós horas del expresado día se dirigió a la embarcación, en la que procedió a desconectar la manguera que alimenta la refrigeración del motor para así facilitar la entrada de agua en la barca, saltando posteriormente a tierra y observando desde ella cómo la barca se hundía, originando el salvamento de la barca, dicese, originando el hundimiento de la barca unos desperfectos que, una vez efectuado el salvamento de la misma, se han valorado en la suma de ochocientas sesenta mil pesetas.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de estragos del artículo 554 del Código Penal y designando autor del mismo, con la agravante de reincidencia, al procesado, solicitó se le impusiera la pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor, accesorias, indemnización al perjudicado en 860.000 pesetas y costas.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas la defensa del procesado concordó la calificación del Ministerio Fiscal entendiendo que concurrían las circunstancias atenuantes 4ª, 8ª y 9ª del artículo 9 del Código Penal y solicitó la pena de seis meses y un día, accesorias, costas e indemnizaciones para su defendido.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados son constitutivos del delito de estragos del artículo 554 del Código Penal, objeto de acusación, al existir el varamiento, dicese hundimiento o inmersión de nave y el dolo específico de venganza propio de esta clase de delitos; si bien dada la ausencia de peligrosidad del medio comisivo y las demás circunstancias concurrentes que se expresan en la narración fáctica sea procedente rebajar la pena asignada al "tipo" en dos grados en lugar de uno como en la calificación acusatoria.

CONSIDERANDO que del referido delito es responsable en concepto de autor directo del número 1º del artículo 14 del Código Penal el procesado S. P. S.

CONSIDERANDO que concurre en el procesado la agravante genérica de reincidencia simple del artículo 10-15ª del Código Penal.

CONSIDERANDO que la responsabilidad civil (artículos 19 y 101, 102, 103 y 104 del Código Penal) y la condena al pago de las costas (artículos 109 del Código Penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) son consecuencias legales necesarias de la infracción criminal jurisdiccionalmente declarada.

VISTOS los artículos citados: y 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 23, 27 y su tabla, 29, 30, 31, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 72 y 78 del Código Penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado S. P. S. como autor directo y responsable, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de simple reincidencia, de un delito de estragos, a una pena de **DOS AÑOS Y CUATRO MESES DE PRESIDIO MENOR**, con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión,

oficio y derecho de sufragio durante el referido tiempo; a que indemnice a don J. L. R. en la suma de ochocientas sesenta mil pesetas y, por ministerio de la ley, al pago de las costas causadas.

Abonamos al procesado para el cumplimiento de la pena impuesta la totalidad del tiempo de privación preventiva de libertad por esta causa y aprobamos, por su propios fundamentos y con la condición ordinaria de por ahora y sin perjuicio que el mismo contiene, el auto elevado en su día en consulta por el Instructor, declaratorio de la insolvencia del procesado. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 33, 66.
 Abusos deshonestos, 22, 34, 42.
 Apropiación indebida, 52, 57, 74, 85, 105, 141, 194.
- Coacciones, 37.
 Contrabando, 112.
- Cheque en descubierto, 79.
- Escándalo Público, 38, 55, 176.
 Estafa, 9, 39, 64, 78, 106, 108, 142, 158.
 Estragos, 174.
- Falsedad, 135.
 En documento mercantil, 110, 113, 175.
 En documento oficial, 31, 43, 134, 138, 184, 186.
- Homicidio, 103.
 Hurto, 23, 25, 53, 56, 59, 80, 82, 92, 115, 116, 117, 122, 137, 145, 146, 156, 183.
- Imprudencia
 Simple con infracción de reglamentos, 63, 162.
 Temeraria, 15, 26, 127, 160.
- Incendio, 71, 157.
- Lesiones, 27, 36, 97.
- Orden Público
 Falta, 167.
- Quebrantamiento de condena, 41.
- Receptación, 10, 69, 84, 96, 98, 99, 155, 166, 179, 190.
 Relativo a la prostitución, 8, 68, 89, 125.
 Robo, 17.
 Con fuerza en las cosas, 3, 6, 7, 16, 21, 30, 32, 40, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 58, 60, 61, 62, 65, 67, 70, 83, 91, 93, 94, 95, 102, 107, 118, 121, 124, 126, 129, 130, 132, 136, 139, 143, 144, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 159, 161, 163, 164, 165, 168, 170, 172, 178, 180, 181, 188.
 Con intimidación, 35, 54, 72, 76, 111, 133, 173.
 Con violación, 120.
 Con violencia, 12, 13, 75, 86, 87, 140, 182, 193.
 Con violencia e intimidación, 73, 77.
- Salud Pública, 1, 2, 5, 11, 14, 18, 19, 20, 29, 44, 81, 88, 114, 128, 152, 189.
- Seguridad del Tráfico, 131, 171.
 Simulación de contrato, 101.
- Tenencia ilícita de armas, 119.
- Usurpación de funciones, 123, 177.
 Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, 28, 51, 90, 100, 104, 109, 169, 187, 192.
- Violación, 4, 24, 147, 191.

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 1.000 pts.
Por suscripción, Número 700 pts.



CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"