

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

37. **Concesión de servicios.** Servicio de Abastecimiento de Agua potable al Puerto de Pollensa. Contrato no escrito. Solicitud de iniciar el procedimiento de expropiación forzosa de un pozo denegada. Es procedente ya que no se ha demostrado que se trata de un bien preciso. para el funcionamiento del servicio. **Favor actis.** *Sentencia de 28 de abril de 1982.*
38. **Licencia de obras.** No ha sido otorgada con derogación singular de las normas. Prórrogas ajustadas a derecho. *Sentencia de 3 de mayo de 1982.*
39. **No procede la inadmisibilidad del recurso por defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Espíritu antiformalista de la L.J. **Contrato de obras.** Colocación de 18 pizarras en aulas y laboratorios. No hubo incumplimiento. Intereses. *Sentencia de 4 de mayo de 1982*.*
40. **No procede la inadmisibilidad del recurso por defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Espíritu antiformalista de la L.J. **Contrato de obras.** Procede cancelar la garantía (fianza definitiva). Intereses legales. *Sentencia de 4 de mayo de 1982.*
41. **No procede la inadmisibilidad del recurso por defecto legal en el modo de proponer la demanda.** Espíritu antiformalista de la L.J. **Contrato de obras.** Recepción provisional realizada. Recepción definitiva y cancelación de garantías después de la realización de los oportu-

(1) La presentación y selección de esta sección ha sido realizada por el Prof. B. Colom Pastor en lo que se refiere a sentencias en materia de Derecho Administrativo, por el Prof. M. García Fernández en lo que se refiere a sentencias relativas a Derecho Laboral, y por el Prof. F. Medina Roses en lo que se refiere a sentencias en materia de Derecho Financiero y Tributario.

nos trámites reglamentarios. Daños y perjuicios por demora. *Sentencia de 4 de mayo de 1982.*

42. **Funcionarios.** Nombramiento de Director del Hospital Psiquiátrico de Palma, sin respetar la circunstancia de la antigüedad, sin que se haya dado la propuesta de la Junta de Gobierno de la Institución; no fue oída la Junta Facultativa ni hubo concurso nacional. Nulidad. *Sentencia de 6 de mayo de 1982.*
43. **Motivación de los actos.** Basta identificarlo por sus causas y para sus consecuencias. No existe defecto de forma. **Disposiciones transitorias de la ley del suelo.** Interpretación. Los terrenos de cesión obligatoria y gratuita que prevé el art. 84 de la L.S. no se pueden exigir por la Corporación municipal en tanto en cuanto no esté adaptado el Plan General a la nueva Ley del Suelo. *Sentencia de 11 de mayo de 1982*.*
44. **Suspensión de licencias por modificación del plan general.** La suspensión automática y la facultativa son acumulativas. **No existe desviación de poder. El error de hecho tiene que versar sobre un hecho, cosa o suceso.** *Sentencia de 13 de mayo de 1982*.*
45. **Concejales, renuncia al cargo.** La credencial expedida por la Junta Electoral de zona lo ha sido en tiempo hábil. Necesidad de una real representación ciudadana. El momento decisivo de la mecánica electoral, aquel en que el concejal adquiere mando, no el de la celebración de las elecciones. R.D. 707/1982 de 2 de abril, interpretación cuasi auténtica de la Ley de Elecciones Locales. **Distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo.** *Sentencia de 17 de mayo de 1982*.*
46. **Sanciones administrativas.** Principios a los que han de acomodarse. Tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, interpretación restrictiva. Legalidad: la potestad para sancionar tiene que ser atribuida a la Administración por Ley formal. Garantías procesales. *Sentencia de 18 de mayo de 1982.*
47. **Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.** Determinación de la base imponible. *Sentencia de 20 de mayo de 1982.*
48. **Sanciones administrativas.** Principios a los que han de acomodarse. Tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, interpretación restrictiva. Legalidad: la potestad para sancionar tiene que ser atribuida a la Administración por Ley Formal. Garantías procesales. *Sentencia de 21 de mayo de 1982.*

49. **Contrato de servicios.** Modificación de la tarifa por repercusión del aumento del precio. *Sentencia de 24 de mayo de 1982.*
50. **Plan parcial de “Cala Mesquida”.** Denegación de la aprobación inicial. Plan parcial subordinado jerárquicamente al Plan general. La aprobación inicial implica una valoración previa del proyecto de plan presentado. *Sentencia de 26 de mayo de 1982.*
51. **Funcionarios de la administración local.** No procede asignar a los Jefes de unidades, con carácter provisional, el complemento de destino antes de que se formen las plantillas orgánicas aprobadas. **Inadmisibilidad del recurso.** Tiene que haber adecuación entre el objeto o materia descrito en el escrito de interposición del recurso y lo que se suplica en la demanda. *Sentencia de 31 de mayo de 1982*.*
52. **Aplicación de convenio colectivo pactado con anterioridad al Estatuto de los trabajadores.** *Sentencia de 1 de junio de 1982.*
53. **Impuesto municipal de radicación.** Hecho imponible. Base imponible. Retroactividad de las disposiciones interpretativas o aclaratorias. *Sentencia de 2 de junio de 1982*.*
54. **Sanción administrativa.** Principio de legalidad. Constitución Española de 1978. Garantías procesales penales del art. 24 de la Constitución. Presunción de inocencia. Contenido esencial de los derechos. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional (art. 117.3 de la C.). La potestad sancionadora administrativa es auxiliar de la Judicial. La atribución a la Administración de la potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de la Ley formal. Las libertades sólo pueden ser reguladas por Ley. Congruencia. El principio de tipicidad prohíbe las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior. *Sentencia de 4 de junio de 1982*.*
55. **Inadmisibilidad del recurso.** Debe existir una perfecta adecuación entre el objeto o materia descritos en la interposición del recurso y el suplico de la demanda. Función revisora de la J.C.A. **Licencia de obras.** *Sentencia de 7 de junio de 1982.*
56. **Licencia de obras.** Otorgada sin la presentación del proyecto técnico. Vicio sustancial. Medida arbitraria. Intervención administrativa en la actividad privada. La licencia de apertura cuando se refiere a establecimientos de características determinadas se tiene que otorgar antes que la de obras. Terrenos no urbanizables. Régimen jurí-

dico: art. 86 de la Ley del Suelo y Plan Provincial. Area agrícola ganadera y paisaje protegido. Uso exclusivo permitido: utilización agrícola ganadera y uso de vivienda anexa a la explotación. *Sentencia de 8 de junio de 1982**.

57. **Sanción administrativa.** No procede afirmar que ha sido dictada por órgano inexistente. Pliego de cargos: exposición de los hechos imputados. El ejercicio del poder sancionador debe regirse por los mismos principios del orden penal clásico. Tipicidad, legalidad. Interpretación restrictiva. No hay falsedad. **Indemnización improcedente** al no haberse alegado y probado los perjuicios solicitados. *Sentencia de 18 de junio de 1982.*
58. **No procede la inadmisibilidad del recurso.** La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca es competente para conocer de un acto del Consejo General del Colegio de Farmacéuticos. El acto primeramente dictado en vía administrativa es un acuerdo del Colegio Oficial del Colegio de Farmacéuticos de Baleares. **Traslado por fuerza mayor de oficina de farmacia.** Interpretación restrictiva. La necesidad del traslado no obedece a causa imputable a la solicitante. *Sentencia de 22 de junio de 1982.*
59. **Obra realizada sin licencia.** Suspensión. Obras recientes. Presunción de buena fe en el actuar de la administración. *Sentencia de 25 de junio de 1982.*
60. **Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.** Hecho imponible. Requisitos de la explotación agrícola. Doctrina jurisprudencial. Criterios de valoración. *Sentencia de 1 de julio de 1982.*
61. **Actos efectuados sin licencia.** Denegación de la licencia. Orden de demolición no ejecutada. Aquietamiento del interesado. El Consell debe disponer directamente la demolición a costa del interesado. Imposición de costas. *Sentencia de 5 de julio de 1982**.
62. **Excepción de acto firme improcedente.** El Ayuntamiento no solo admitió a trámite la segunda petición sino que resolvió y ofreció los recursos pertinentes resolviendo igualmente el recurso de reposición. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no aplicar el recurso contencioso al acto expreso resolutorio del recurso administrativo. **El edificio no alcanza la altura mínima y además está fuera de ordenación. Obras que tienen un carácter provisional.** *Sentencia de 6 de julio de 1982*.*

63. **Un sólo miembro del ayuntamiento puede formar parte de los órganos de dirección y de los de gestión económica de los centros públicos docentes del municipio. Interpretación finalista de las normas. Donde la Ley no distingue no podemos distinguir.** *Sentencia de 8 de julio de 1982.*
64. **Licencia de obras.** Exigencia de condiciones nuevas. Suspensión y anulación indirectas. Denegación de prórroga al amparo del art. 27 de la L.S.: Desviación de poder. **Nulidad del acto. Indemnización:** Determinación de la cuantía en período de ejecución de la Sentencia. *Sentencia de 13 de julio de 1982.*
65. **Inadmisibilidad del recurso.** Resoluciones del Ministerio del Interior sin que tales actos sean consecuencia o fueren precedidos de actos administrativos de órganos Regionales o Provinciales. Actos que emanan de órganos cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional. Incompetentes para conocerlos las Audiencias Territoriales y atribuidos precisamente a la Audiencia Nacional. *Sentencia de 15 de julio de 1982.*
66. **Proyecto de Urbanización.** Aprobación por silencio positivo. Sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. **Notificación defectuosa.** Surtirá efectos a partir de la fecha en la que se haga manifestación expresa en tal sentido. *Sentencia de 15 de julio de 1982*.*
67. **Sanciones administrativas.** Solve et repete. Tiene que venir impuesto por una norma con categoría de Ley. Nulidad al no haber nombrado Instructor ni practicado pruebas. Improcedencia por inútil. El ejercicio del poder sancionador debe regirse por los mismos principios de orden penal clásico: tipicidad, legalidad. Una sola sanción continuada y no varias. *Sentencia de 20 de julio de 1982*.*
68. **Urbanismo.** Plan especial. Denegación de la aprobación provisional. Nulidad de pleno derecho. Por no haberse dado el quorum de votación que señalan las normas en vigor. *Sentencia de 22 de julio de 1982.*
69. **Aplicación de convenio colectivo.** Facultad sancionadora de la Administración laboral. Improcedencia. *Sentencia de 23 de julio de 1982*.*
70. **Funcionarios.** Técnicos de la Administración General con destino en el Ayuntamiento de Palma. Coeficientes retributivos. Homologación

con los de los mismos funcionarios de la Administración del Estado.
Sentencia de 26 de julio de 1982.

71. **Dominio público.** Utilización. Instalación de un puesto de venta pública de comestibles en la vía pública. Uso privativo anormal. No arrendamiento. Concesión o autorización. Cláusula de precario. Revocación. Indemnización improcedente. *Sentencia de 26 de julio de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

39

39. NO PROCEDE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA. Espíritu antiformalista de la L. J. **CONTRATO DE OBRAS.** Colocación de 18 pizarras en aulas y laboratorios. No hubo incumplimiento. Intereses. *Sentencia de 4 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con base en el artículo 71 de la Ley de esta Jurisdicción se alega por la parte demandada la excepción 6ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —defecto legal en el modo de proponer la demanda—, en relación con el 524 párrafo 1º del mismo texto legal: en la demanda, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda; y *este defecto*, que de estimarse existente daría lugar a la causa de inadmisibilidad g) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional —que al formalizar la demanda no se hubieren cumplido los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69—, y que consiste, según en este último precepto se establece, en no consignar con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, *debe ser rechazado*, pues en la demanda se cumplen estos requisitos, y estimar lo contrario significaría aferrarse a un literalismo que pugna abiertamente con el espíritu antiformalista que inspira la Ley Reguladora de la Jurisdicción; y así, ante estos preceptos, de carácter netamente formalista en cuanto dirigidos a la observancia de los requisitos y estructura predicables del escrito de demanda en que se formaliza la pretensión actora y se funda la instancia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas y reiteradas sentencias ha salvado el obstáculo procesal de la inadmisibilidad con base en una interpretación amplia, de signo antiformalista y encaminada a ejercer la fiscalización sobre los actos y disposiciones impugnados, adecuándose así a la orientación expresa del legislador plasmada en el Preamble de la Ley de 27 de diciembre de 1956, entendiéndose que una mínima apoyatura fáctica y de fundamentación jurídica, en unión del principio contenido en el aforismo *jura novit curia* eran bastantes para tener por correctamente formalizada la demanda; y como reflejo de este insistente criterio jurisprudencial cabe aludir a la sentencia de 14 de junio de 1977 de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo, en la que se sienta el criterio o directriz de que basta con que se cumpla la condición funcional para la que están destinados los escritos de alegaciones, o sea, en expresión literal de dicha decisión judicial, señalar claramente el hecho de que se parte y el precepto o principio en que se apoya la pretensión que aparece concretada en el suplico de la demanda, por lo que si con estas indicaciones se puede formar juicio y fundar la instancia, se cumple la exigencia de la Ley; tesis jurisprudencial que conduce a estimar, como ya queda expresado, que la demanda formalizada por la parte recurrente cumple con este *minimum* proce-

sal necesario e inexcusable, de tal manera que suministra base suficiente para poder pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa fiscalizada a que se contrae la tarea decisoria de esta rama jurisdiccional (sentencia de 30 de enero de 1978); y la sentencia de 12 de junio de 1978, citada por la parte recurrida en el acto de la vista es contraria a su tesis, pues establece que aducida alegación de inadmisibilidad del presente recurso extraordinario de revisión por no haberse cumplido a juicio de la parte demandada los requisitos de forma dispuestos en el artículo 69 de la Ley Jurisdiccional.. debe ante todo valorarse dicho motivo de inadmisión, para después rechazarlo, porque como se declara en la Sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1977, dichos requisitor formales no aparecen tan rigurosamente tipificados como para conferir la categoría de formalidades ad solemnitatem, con implicación de nulidad absoluta; bastando con que se cumpla la condición fundamental para la que está destinada la demanda; o sea, el de señalar claramente, como se señala en el presente pleito, el hecho de que se parte y el precepto en que se apoya la pretensión; pues bien, bajando al caso concreto que nos ocupa ha de estimarse que la demanda cumple ese minimum indispensable, pues, aunque esquemática e imperfectamente constan en ella, con la debida separación, los hechos, los fundamentos de Derecho —Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales, en especial el artículo 94.2 y los preceptos del Código Civil referidos, con carácter general, al cumplimiento de las obligaciones— y la pretensión deducida, suficientemente clara aunque, desde luego, desprovista de técnica administrativista.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso tiene por objeto impugnar el acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, adoptado por silencio administrativo, desestimatorio de la petición de 251.850 pesetas, más los intereses legales, procedentes de los trabajos de colocación de pizarras en los Centros de Enseñanza General Básica del Polígono de Levante, Rafal Nou y Can Casimiro.

CONSIDERANDO: Que a los folios 5, 8 y 11 del expediente administrativo constan sendos informes del Negociado de Educación y Cultura que literalmente dicen: “Por los servicios de Organización Escolar y por orden de esa Tenencia de Alcaldía se encargaron durante 1977 obras varias de mejora en el Edificio Escolar Polígono de Levante —Can Casimiro y Rafal Nou— consistentes en la colocación de 18 pizarras en las aulas y laboratorios. Dichas obras fueron ejecutadas por el contratista X., S.A., Presentando la correspondiente factura, que se adjunta, por un importe de 83.950 pesetas. Y el Jefe de Nogiciado que suscribe se honra informando a V.S. que dicha factura está avalada por los Servicios Técnicos de Arquitectura de este Ayuntamiento y Arquitecto escolar, habiendo consignación suficiente y adecuada para su pago en el Capítulo 2º, Artículo 2,1, Concepto 2,14, Partida 2,1413 del vigente Presupuesto de Gastos, por lo que no existe inconveniente para que se eleve la correspondiente propuesta de abono a la Comisión Municipal Permanente”; el Jefe de Sección muestra su conformidad con dicho parecer, y el Teniente de Alcalde Delegado propone a la Comisión Municipal Permanente que “Vistos los informes que anteceden esta Tenencia de Alcaldía se honra proponiendo... acuerde Abonar a X, S.A. (C.I.F. A-28/019958) la cantidad de 83.950 pesetas, importe de los trabajos de colocación de 18 pizarras en aulas y laboratorios del Edificio Escolar Polígono de Levante —Can Casimiro y Rafal Nou—, construido por dicho contratista, visto el conforme del Arquitecto escolar y municipal”; y, por último, con firmas del Interventor y del Jefe de Contabilidad, se acredita por la Intervención que “existe consignación presupuestaria adecuada y suficiente”.

CONSIDERANDO: Que contra lo expuesto, que supone la prueba de los hechos constitutivos de la demanda —que contiene el error de considerar acuerdo de la Comisión Municipal Permanente lo que no es más que una propuesta que le formula el Teniente de Alcalde Delegado—, se alega por la parte recurrida el general incumplimiento del contratista que llevó a cabo las obras; pero lo cierto es que fijado en la contestación a la demanda como hecho a acreditar: “Deficiencias técnicas de la obra contratada por X., S.A. que impedía su recepción” y propuesta concretamente documental pública en el período probatorio tendente a ese fin, no llegó a practicarse, por lo que no existe ni en el expediente administrativo ni en los autos el más mínimo indicio que permita llegar a aquella conclusión.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al pago de intereses es aplicable el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

CONSIDERANDO: Que procediendo, de acuerdo con lo expuesto, la estimación de la demanda, no se observa, no obstante, la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Miguel Massanet Nicolau, en nombre de G. N. C., contra el acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, adoptado por silencio administrativo, desestimatorio de la petición de 251.850 pesetas procedentes de los trabajos de colocación de pizarras en los Centros de Enseñanza General Básica del Polígono de Levanta, Rafal Nou y Can Casimiro, más los intereses de tal suma, debemos declarar y declaramos que tal acuerdo presunto no es conforme a Derecho y que, en consecuencia, la entidad actora tiene derecho a percibir la suma citada, más los intereses, computados de acuerdo con lo establecido en el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

43

43. MOTIVACION DE LOS ACTOS. Basta identificarlo por sus causas y para sus consecuencias. No existe defecto de forma. **DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY DEL SUELO.** Interpretación. Los terrenos de cesión obligatoria y gratuita que prevé el art. 84 de la L.S. no se pueden exigir por la Corporación municipal en tanto en cuanto no esté adaptado el Plan General a la nueva Ley del Suelo. *Sentencia de 11 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con carácter previo por obviar razones procesales, ya que su estimación impediría entrar a conocer del fondo del asunto, se hace preciso determinar si, como alega la entidad recurrente en el recurso de reposición, en la demanda, con cita de los preceptos que estima infringidos, y en el acto de la vista, el acuerdo de 2 de septiembre de 1980 y el requerimiento del 5 de los mismos mes y año son nulos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 47 y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por no cumplir las previsiones de los artículos 43 y 93 de esta disposición, es decir, no ser motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho; pero conviene destacar el hecho de que en la pretensión formulada en el suplico de la demanda para nada se contiene la de que se declare la nulidad de actuaciones ni el efecto natural de tal declaración, que sería el de reposición de las actuaciones para el dictado de una nueva resolución motivada; pero es que, además, no puede exigirse, y así lo ha proclamado el Tribunal Supremo, una moti-

vacación con el rigorismo formal de las resoluciones judiciales, sino que basta para que las resoluciones administrativas se entiendan motivadas a los efectos del artículo 43, tanto en sí como en relación con el 93 de tal Ley, que de su total contexto resulten elementos suficientes para identificarlo por sus causas y para sus consecuencias, sin que ello precise de un rigorismo formal, incompatible con el genérico término de motivación; y, por último, descartando, por evidente inaplicabilidad dados sus supuestos, el artículo 47, que concreta los casos de nulidad de pleno derecho, los actos supuestamente nulos no adolecen de falta de los *requisitos formales indispensables para alcanzar su fin* y tampoco han dado lugar a la *indefensión* de la parte interesada, según se demuestra con el examen de las actuaciones, y por tanto, como prescribe el número 2º del artículo 48 de la referida Ley de Procedimiento Administrativo, coincidente en su esencia con las disposiciones legales reguladoras del Régimen Municipal, únicamente el defecto de forma determinará la nulidad del respectivo acto cuando concurra alguno de los mencionados requisitos, que en este caso no se han dado.

CONSIDERANDO: Que el fondo de la cuestión se deduce con facilidad de las súpticas de los escritos rectores de estos autos: en efecto, el Ayuntamiento de Calviá solicita la declaración de que se ajustan a Derecho el acuerdo adoptado por el Pleno Municipal en sesión del día 2 de septiembre de 1980, apartado 2º, y el consecuente acto administrativo del día 5 siguiente, por el que el Alcalde-Presidente notificó a la entidad recurrente el anterior acuerdo y le requirió para que procediera a la entrega o puesta a disposición del Ayuntamiento de los terrenos sitos en la parcela nº 14, manzana A, de la Urbanización de Santa Ponsa, *por ser de cesión obligatoria y gratuita*; propugna "X., S.A." la nulidad de dichos actos administrativos, por cuanto los terrenos *no eran de cesión gratuita* y que la calificación afectaba exclusivamente al uso o destino de los mismos y a las condiciones de edificabilidad derivadas de la zonificación.

CONSIDERANDO: Que dos son, básicamente, los preceptos que se funda la contienda de autos: el 84.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 (68 de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975), que establece que los propietarios de suelo urbanizable programado deberán: a) Ceder obligatoria y gratuitamente a favor del Ayuntamiento o, en su caso, órgano urbanístico actualmente, los terrenos que se destinen con carácter permanente a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, *centros culturales y docentes* y demás servicios públicos necesarios; y la Disposición Transitoria 2ª, apartado 1º, de dicho Texto Refundido, que preceptúa que en tanto no se lleve a cabo la adaptación prevista en la disposición anterior —los Planes Generales de Ordenación vigentes en la actualidad se adaptarán a lo dispuesto en esta Ley—, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. Los Planes Parciales aprobados definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley número 19/1975, de 2 de mayo, que no estuvieran en curso de ejecución con arreglo a la disposición transitoria siguiente y los que se aprueben definitivamente con posterioridad, se ejecutarán con arreglo a los preceptos de la presente Ley. A los efectos prevenidos en el artículo 84, se entenderá por aprovechamiento medio el que resulte del Plan Parcial dentro de su propio ámbito.

CONSIDERANDO: Que ha de tenerse en cuenta: 1º) Que en 24 de diciembre de 1981 el expediente de la adaptación y modificación del Plan General de Ordenación de Calviá se encontraba en fase de exposición al público en cumplimiento del acuerdo plenario de día 10 anterior, y el 2 de septiembre de 1980 en la fase preparatoria previa a la aprobación inicial (folio 48); 2º) Que el Plan Parcial de Santa Ponsa fue aprobado inicialmente el 7 de enero de 1974 y definitivamente el 8 de septiembre de 1975 (folio 49); y 3º) El terreno de autor está comprendido en la denominada Subzona escolar (folio 56).

CONSIDERANDO: Que la Disposición Transitoria parcialmente transcrita, aparentemente tan simple, ha planteado numerosos problemas en su aplicación, así, el Ministerio de la Vivienda, en la Circular 2/1975, inspirándose en el principio de irretroactividad, entiende que en el número 1 se contempla la ejecución de tales planes, disponiendo que todos aquellos aprobados definitivamente con anterioridad, pero que no estuvieran en curso de ejecución, o aprobados definitivamente con posterioridad a la fecha de entrada en vigor,

se ejecutarán con arreglo a la Ley de Reforma, pero como quiera que la ejecución de los Planes se regula en el Título III, serán los preceptos contenidos en este título los que hayan de aplicarse, *en tanto en cuanto no exijan la adaptación previa de los respectivos planes generales*, y, en particular, los preceptos que regulan los sistemas de actuación; es decir, ha de aplicarse la normativa de la Ley de Reforma en punto a sistemas de ejecución de los planes parciales, lo que para cualquiera de los sistemas que se siga supone la cesión gratuita de los terrenos que sean de cesión obligatoria según el plan parcial que se ejecute, aún cuando no sean de aplicación directa los artículos 67, 68, 69 y 69 bis (artículo 83, 84, 85 y 86 del Texto Refundido), toda vez que su *efectividad queda condicionada a la adaptación de la clasificación del suelo* contenida en el plan general a los nuevos tipos y categorías introducidos por la Ley de Reforma, y la referencia al artículo 68 (84 del texto refundido) ha de entenderse hecha, pues, a los efectos de la distribución de beneficios y cargas dentro del plan parcial correspondiente, pero no a los efectos de la cesión del 10 por cien del aprovechamiento medio del sector, ya que la aplicación de esta obligación requiere la plena aplicación de los mecanismos compensatorios derivados del aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado, que sólo puede obtenerse en los nuevos planes generales; esta interpretación ha sido corregida por el Decreto de 2 de junio de 1977, que en su artículo 8º dispone que la cesión obligatoria y gratuita al Ayuntamiento u órgano urbanístico actuante del 10 por ciento del aprovechamiento medio se aplicará aunque no se haya producido todavía la adaptación de los planes generales de ordenación urbana, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Suelo, en cuyo supuesto la cesión es *sustitutiva* de la establecida en el artículo 84, y ello porque este precepto no es aplicable, a efectos de cesiones, en el supuesto del número 1 de la Disposición Transitoria 2ª; lo que será, desde luego, *cuando los Planes Generales se hayan adaptado a la nueva Ley*, por que entonces tales planes dirán cuál es el suelo urbanizable programado y cuál es el aprovechamiento medio de todo el suelo urbanizable programado, y los Parciales que en adelante se aprueben para tal suelo quedarán todos ellos sujetos al juego de las cesiones que el artículo 84 establece, *pero antes de tal adaptación, ni existe aprovechamiento medio, ni existe suelo urbanizable programado y, por tanto, no es posible jurídicamente que se cumpla lo previsto en el repetido artículo 84 del Texto Refundido*; en conclusión, una vez adaptado el Plan General, que clasificará el suelo, y que podrá clasificarlo en urbano, urbanizable —programado o no— y no urbanizable, ya sólo podrán aprobarse Planes Parciales para el suelo urbanizable programado, y serán obligatorias las cesiones del artículo 84.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede estimar la demanda; sin que, por otra parte, se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Ferrer Amengual, en nombre y representación de la entidad "X., S.A.", contra el acuerdo del Pleno Municipal de Calviá de 2 de septiembre de 1980, el requerimiento practicado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Calviá de 5 de septiembre de 1980 y la desestimación del recurso de reposición formulado, que tuvo lugar por acuerdo plenario de 10 de febrero de 1981, por los que se requiere a la sociedad actora para que proceda a la entrega de los terrenos sitos en la parcela 14, manzana A, de la Urbanización de Santa Ponsa por ser de cesión obligatoria y gratuita, debemos declarar y declaramos que los actos impugnados no son conformes a Derecho y, en consecuencia, nulos; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

44. SUSPENSIÓN DE LICENCIAS POR MODIFICACIÓN DEL PLAN GENERAL. La suspensión automática y la facultativa son acumulativas. **NO EXISTE DESVIACIÓN DE PODER. EL ERROR DE HECHO TIENE QUE VERSAR SOBRE UN HECHO, COSA O SUCESO.** *Sentencia de 13 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con lo establecido en el citado artículo 27 de la Ley del Suelo se arbitra un procedimiento para armonizar el interés público y el privado, pues las licencias otorgadas cuando es inminente la entrada en vigor de una nueva ordenación pueden pugnar abiertamente con ésta, obstaculizando su realización, y creando, como dice la sentencia de 18 de diciembre de 1979, situaciones aberrantes, como las creadoras de edificios inicialmente afectados por el régimen de fuera de ordenación; y la Ley de Reforma de 1975, en su claro propósito de potenciar la institución, ha introducido la suspensión automática, manteniendo sin embargo la facultativa, sin preocuparse por clarificar directamente la relación entre una y otra, lo que ha originado interpretaciones doctrinales diversas, que versan sobre si ambas suspensiones son acumulativas —tesis de la parte demandada—, o excluyentes —posición del recurrente—, todo lo que se agrava por falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la sentencia citada en la demanda, de 18 de marzo de 1981, se refiere a un problema distinto: la ampliación de la suspensión por otro año prevista en el artículo 27.2 de la Ley del Suelo.

CONSIDERANDO: Que planteada así la controversia, es necesario tener en cuenta que el Texto Refundido vigente de la Ley del Suelo, aprobado por Decreto Legislativo de 9 de abril de 1976, ha introducido una innovación trascendental en esta materia de la suspensión del otorgamiento de licencias, pues así como la Ley de 12 de mayo de 1956, en su artículo 22, sólo contempla la posibilidad —ni siquiera la obligación— de que los órganos competentes para la formación de un Plan acordaran y publicaran en el Boletín Oficial de la Provincia “la suspensión por un año del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos y edificación en sectores comprendidos en un perímetro determinado con el fin de estudiar el Plan de Ordenación o su reforma”, plazo ampliable, como máximo, y siempre que dentro de él hubiere tenido la información pública legalmente prevenida, a otro año, el nuevo Texto legal, de acuerdo con el criterio sentado en la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, mantuvo prácticamente a la letra la redacción anterior pero introdujo un párrafo 3º en el que, con total autonomía de los anteriores —que, importa resaltarlo, sólo hacen mención a la finalidad de estudio previo a la aprobación o reforma de Planes—, estableció un efecto suspensivo nuevo motivado por la aprobación inicial de tales Planes, habida cuenta que, independientemente de que existieran o no con anterioridad acuerdos de suspensión o de prórroga, si el legislador había reconocido la facultad de suspender licencias para estudiar, e incluso aunque estos estudios no cristalizaran en nada concreto, sería absurdo que, una vez que los mismo se habían materializado en una aprobación inicial, quedarán desprovistos de protección y condenados a la imposibilidad de desarrollo adecuado; quiere decirse con lo expuesto que, en la nueva normativa sobre régimen del duelo y ordenación urbana, se ha perseguido potenciar al máximo la futura operatividad de Planes y Programas ya surgidos a la realidad, a cuyo fin se les ha dotado del efecto suspensivo de referencia durante los dos años a que hace méritos el artículo 27 de la Ley, a no ser que con anterioridad se hubiera conseguido la aprobación definitiva, y buena prueba de que es así la constituye el hecho de que el párrafo 2º del precepto acabado de invocar hace referencia al expresado plazo, esto es, al plazo de suspensión acordado para “estu-

diar el Plan o su reforma” y sólo prohíbe acordar nuevas suspensiones en la misma zona durante el plazo de cinco años para “idéntica finalidad” y no, por consiguiente, para la que pudiera surgir por otra causa, entre las que, por supuesto, cabe integrar la que se recoge en el párrafo 3º en cuestión.

CONSIDERANDO: Que la interpretación que acaba de exponerse queda corroborada no sólo por la lógica de que entender lo contrario conduciría al absurdo de que resultara más protegido un Plan, frente al otorgamiento de licencias que pudieran desvirtuarlo, cuando el órgano urbanístico que lo iniciase no se hubiera preocupado de suspender dichas licencias para su preparación que cuando lo ha hecho y ha extremado, por tanto, las posibilidades de acierto y eficacia, sino también por la regulación y desenvolvimiento que sobre la materia ha establecido el vigente Reglamento de Planeamiento para el Desarrollo y Aplicación de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto del 23 de junio de 1978, habida cuenta que claramente se distingue en él entre los acuerdos de suspensión adoptados en el mismo acto en que se decreta la formación de los Planes o en el período que media entre ésta y la aprobación inicial —artículo 117—, para los que prevé una duración de un año, salvo que con anterioridad hubiese recaído acuerdo de ampliación —artículo 119—, y el efecto suspensivo autónomo que “por sí sólo” origina el acuerdo de aprobación inicial —artículo 120—; y la mejor corroboración de que ocurre así la constituye el hecho de que el artículo 122 sólo prohíbe acordar nuevas suspensiones cuando las precedentes se hubieren decretado al amparo del precitado artículo 117 o, lo que es lo mismo, se hubieran adoptado con fundamento “en la conveniencia de estudiar el nuevo planeamiento” o la reforma del que está en vigor, sin hacer referencia, por consiguiente, a las suspensiones que puedan tener lugar por ministerio de la Ley, como es la que deriva de la aprobación inicial.

CONSIDERANDO: Que la interpretación acabada de exponer no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que el párrafo segundo del artículo 27 de la Ley prevea la ampliación a otro año del plazo originario acordado para el estudio de un nuevo Plan o su reforma sólo en el caso de que durante el primer año hubiere completado el período de información pública y este período tenga lugar posteriormente a la aprobación inicial, por las razones siguientes: a) Porque, conforme se ha señalado con anterioridad, la Ley de 2 de mayo de 1975, y después el Texto Refundido vigente de 1976, han reproducido la versión anterior y, como innovación, le han añadido una nueva causa de suspensión, que procede “ex lege” y en favor de la cual debe resolverse cualquier discrepancia que pudiera existir al respecto, toda vez que la exigencia de que, para ampliar el plazo de referencias, se haya completado el período de información y, por ende, se haya producido la aprobación inicial, únicamente tiene sentido cuando sólo hay una suspensión previa a ésta, pero lógicamente huelga cuando, conforme ha ocurrido en la nueva normativa, dicha aprobación genera “pro sí sola” una autónoma suspensión; b) Porque si se mantuviera la interpretación contraria habría que entender también que si no se hubiera llegado a la aprobación definitiva transcurrida la prórroga, no podrá, durante los cinco años siguientes, o desplegar eficacia suspensiva una posible aprobación inicial que dentro de ese tiempo pudiera efectuarse o darse la posibilidad de que tales aprobaciones pudieran tener lugar, con lo que resultaría inadmisiblemente ampliada una restricción que sólo está prevista en la Ley para supuesto de estudios previos a la mencionada aprobación —recuérdese que el precepto se refiere claramente al “expresado plazo”, es decir, al arbitrado para esos estudios, que es el del párrafo 1º, o a “idéntica finalidad”, pero nunca a cualquier otra posible causa de suspensión—; y c) Porque la aparente antinomia legal, que habría de resolverse, en todo caso, en favor del interés público, puede salvarse tan pronto se entienda que lo que el legislador ha querido con el mantenimiento de la redacción original del precepto, en su primera parte, no es otra cosa que excitar al máximo la operatividad de los estudios previos a la aprobación del planeamiento a fin de que se concreten, en una realidad, pero no —porque sería absurdo— torpedear esta última cuando se haya producido. (Sentencia de la Sala de Valencia de 22 de febrero de 1980).

CONSIDERANDO: Que se imputa a la Corporación desviación de poder con base, fundamentalmente, en “la premura y precipitación con que se desarrollaron a última hora los acontecimientos”, lo que “pone de manifiesto que el Ayuntamiento pretendía exclusi-

vamente mantener el estado de suspensión de licencias sin importarle el aspecto de aprobación inicial, que utilizó únicamente como medio para aquella finalidad suspensiva, aparentemente secundaria y complementaria, pero en realidad buscada con carácter principal y diríamos que exclusivo..."; pero en manera alguna puede llegarse a la conclusión a la que llega el recurrente, ya que ningún problema de tiempo acuciaba al Ayuntamiento, es más, según la opinión de los ilustres tratadistas que aquél cita, hubiera evitado riesgos de impugnación esperando que transcurriera el plazo de un año; en efecto, los autores que estiman límites legales de dos años hacen una única salvedad, y es en el supuesto en que habiéndose acordado facultativamente la suspensión para el estudio de un Plan, concluye el plazo de un año de duración de la misma sin que se haya producido siquiera la aprobación inicial; y acordada después ésta debe operar necesariamente la suspensión automática al no estar vigente la facultativa.

CONSIDERANDO: Que el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Calviá en sesión del día 21 de octubre de 1980 adoptó el acuerdo sobre "Aprobación del texto presentado en el que se salva de error mecanográfico cometido y que figura en la documentación presentada inicialmente a este Ayuntamiento y que fue aprobado por el Pleno Municipal celebrado el día 10 de octubre del presente año, en el que se aprobó inicialmente el Plan de Adaptación y Modificación; Plan General de este Término Municipal"; dicho error consistía en incluir en las Ordenanzas Urbanísticas el texto siguiente: "Tan sólo se permitirá el tipo de edificación AS cuando en las Normas Particulares del Plan General de 1971 de cada Polígono o P.A.C. concorra con el bloque exento (B.Q.) o bien aisladamente. En los demás casos de simultaneidad con los tipos de edificación CH. PM. y ZC. no se permitirá la aplicación del tipo de edificación A.S.".

CONSIDERANDO: Que respecto al error de hecho, las distintas normas dictadas sobre él —como el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo: en cualquier momento podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos—, dando por supuesto el concepto del mismo, se han limitado a referirse a los citados, habiendo corrido a cargo de la jurisprudencia la tarea de precisar la esencia de tales errores, que han sido caracterizados como aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiera a cuestiones de derecho, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones jurídicas que puedan establecerse, en decir, este procedimiento únicamente es admisible para rectificar omisiones o errores materiales, no declaraciones conceptuales de inequívoco carácter jurídico, y ha de caracterizarse por ser ostensible, manifiesto, indiscutible, que implique la evidencia por sí solo, sin necesidad de mayores razonamientos por manifestarse prima facie por su sola contemplación, lo cual es preciso distinguir de aquellos otros supuestos en que concurre un error de derecho, esto es, una cualificación jurídica seguida de una declaración basada en ella que se reputan contrarias a los preceptos que debe regir la correspondiente relación; por todo lo que, resulta evidente que no puede estimarse como error material el incluir un párrafo en el que se tratan cuestiones de matiz tan sustantivo como las relativas a la compatibilidad de determinados tipos de edificación.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en lo que respecta a los apartados 1º y 2º del escrito de demanda, es decir, al apartado 3º del acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Calviá de 10 de octubre de 1980 suspendiendo el otorgamiento de licencias de obras; y estimando en lo que hace referencia a los apartados 3º y 4º, o sea, al acuerdo plenario de dicho Ayuntamiento de 21 de octubre de 1980 relativo a la subsanación de un error material; así como, en ambos casos, a las desestimaciones presuntas de los recursos de reposición.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Bauzá Miró, en nombre y representación de D. C. J. M., fallecido

durante la tramitación del mismo, y de la ASOCIACION U. P. C., contra el acuerdo del Ayuntamiento de Calviá adoptado en sesión plenaria de 10 de octubre de 1980, que suspende el otorgamiento de licencias de obra para aquellas áreas del término municipal objeto de planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra aquél, debemos declarar y declaramos que dichos acuerdos se ajustan a Derecho; y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mismo Procurador en nombre de los mismos recurrentes, contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Calviá de 21 de octubre de 1980, sobre subsanación de error material observado en la documentación de la adaptación y modificación del Plan General aprobada inicialmente por la Corporación Plenaria el día 10 anterior, y contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra el mismo, debemos declarar y declaramos que tales acuerdos no son conformes a Derecho y, en consecuencia, nulos; sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

45

45. CONCEJALES. RENUNCIA AL CARGO. La credencial expedida por la Junta Electoral de Zona lo ha sido en tiempo hábil. Necesidad de una real representación ciudadana. El momento decisivo de la mecánica electoral, aquel en que el concejal adquiere mando, no el de la celebración de las elecciones. R.D. 707/1982 de 2 de abril interpretación cuasi auténtica de la Ley de Elecciones Locales. **DISTINCION ENTRE CUESTION NUEVA Y ARGUMENTO NUEVO.** *Sentencia de 17 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que esta diferente interpretación tiene su origen en la desdichada redacción del artículo 11.6 y de la Disposición final 4ª de la Ley 39/78, de 17 de julio, sobre elecciones en las Corporaciones locales: en efecto, el primero dice que en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un candidato proclamado electo, la vacante será atribuida al candidato de la misma lista a quien corresponda, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior; el mismo criterio será aplicable, de acuerdo con la disposición final cuarta de esta Ley, para cubrir las vacantes de Concejales que se produzcan en el Ayuntamiento *dentro de los tres años siguientes a la fecha de celebración de las elecciones;* y la segunda preceptúa que las vacantes de Concejales que puedan producirse *durante los tres primeros años de mandato* se cubrirán por el que hubiere sido candidato en la misma lista y siguiere al último de los electos en el orden de la misma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.6 de esta Ley.

CONSIDERANDO: Que las elecciones municipales son básicas por la función que confiere la sociedad a sus representantes populares, y su misión es, sin lugar a dudas, la

de cubrir las aspiraciones de unos vecinos a mejorar su nivel de vida cotidiana, con independencia de los grandes programas políticos o trascendentes sistemas económicos; de aquí la necesidad de *una real representación ciudadana* capaz de cumplir deseos y limar asperezas que, por ser de vecinos, son, cuando surgen, más enconadas que cualesquiera otras, sin que las grandes directrices centralistas o las apetencias centralizantes de los partidos, cuya misión primaria es otra, puedan aportar importantes soluciones a los problemas que, por ser locales, necesitan y merecen unas más limitadas y humanas soluciones; pues bien, resulta evidente que los electores votaron y eligieron a un número determinado de Concejales y, por lo tanto, debe zanjarse la contradicción legal de acuerdo con ese principio y mantener el número que la voluntad popular quiso tener y obtuvo.

CONSIDERANDO: *Que el momento decisivo de la mecánica electoral es indudablemente aquel en que el Concejal adquiere mando, no el de la celebración de las elecciones, lo que sucede, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Real Decreto de 16 de marzo de 1979, en la sesión constitutiva; y antes del juramenteo y toma de posesión los Concejales proclamados electos no son miembros de la Corporación Municipal, porque hasta esa fecha, la de juramento y toma de posesión, los miembros de una Corporación son los Concejales a quienes no ha afectado la renovación y aquellos que deban cesar.*

CONSIDERANDO: Que el Real Decreto 707/1982, de 2 de abril, establece en su preámbulo que la disposición final cuarta de la Ley de Elecciones Locales precisa un desarrollo normativo que permita instrumentar la sustitución de Concejales por Vocales Gestores cuando dichos Concejales causen baja en sus puestos y no sea posible su sustitución por los siguientes de la lista, al haberse agotado éstas, o las vacantes se produzcan *en el último año del mandato*; y los apartados a) y b) del artículo 1º de la misma disposición insisten en fijar el mandato como decisivo, sin alusión al momento de celebración de elecciones, estableciendo que cuando la vacante o vacantes se produzcan *durante los tres primeros años del mandato corporativo...* y cuando las vacantes se produzcan *durante el último año de mandato corporativo*; lo que constituye una interpretación cuasiauténtica, pues el Real Decreto se publica en uso de la autorización conferida al Gobierno por la disposición final primera de la Ley de Elecciones Locales, que, como queda expresado, introdujo la confusión que motiva el presente recurso.

CONSIDERANDO: Que el representante de Unión de Centro Democrático al formular su escrito de alegaciones introduce en el debate dos nuevas causas de impugnación: Nulidad de procedimiento al no haberse renunciado al cargo de Concejal ante el Consistorio por parte de D. A. O. C. y nulidad de procedimiento al no haber renunciado D. G. C. C. ante el Consistorio; pero es evidente que la alegación de una notoria indefensión para la otra parte personada, que carece de momento procesal para impugnarlas, aunque aquí lo haya hecho con un atípico escrito, que en puridad no debió ser admitido; y es que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de mayo de 1967, 17 de febrero y 31 de marzo de 1973 y 22 de enero de 1974) *cuestión nueva* es la que plantea un problema diferente de los contemplados previamente en el expediente administrativo, que puede conducir a un pronunciamiento de imposible formulación dentro de los términos en que se desarrollaron las relaciones dentro de aquél, mientras que argumento nuevo es aquel que válidamente se esgrime, ampliando y reforzando con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitado antes con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo formulado, sin alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderables por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo; y esto sentado, resulta evidente el carácter de cuestiones nuevas que tienen las enunciadas, como claramente se deduce del suplico del escrito de alegaciones, en el que se postula la declaración de "... ser nula de pleno derecho e improcedente... la renuncia de D. G. C. C. y D. A. O. C., debiéndose retrotraer toda la actuación al momento de presentación de la renuncia escrita del último nombrado y la celebración del Pleno dando cuenta de renuncia...", mientras que en el escrito presentado ante la Junta Electoral de Zona se limitaba a impugnar la credencial expedida a favor de D. P. M. J. porque se había expedido en tiempo inhábil al interpretar que los tres años debían computarse desde la fecha de la celebración de las elecciones; lo que daría lugar a pronunciamientos distintos, por lo cual no puede examinarse la referida cuestión nueva, de acuerdo con la doctrina legal citada.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, debe ser confirmado el acto impugnado, con expresa imposición de costas al impugnante por ser ello preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 de la Ley de 17 de julio de 1978.

FALLAMOS: Que desestimando la impugnación formulada por D. C. T. C. en su calidad de Presidente de UNION DE CENTRO DEMOCRATICO DE CIUDADELA, contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Menorca de 15 de abril de 1982 por el que se expidió la credencial como Concejal del Ayuntamiento de Ciudadela a favor de D. P. M. J., debemos declarar y declaramos que dicho acuerdo se ajusta a Derecho; con expresa imposición de costas al impugnante.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

51

51. FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL. No procede asignar a los Jefes de unidades, con carácter provisional, el complemento de destino antes de que formen las plantillas orgánicas aprobadas. **INADMISIBILIDAD DEL RECURSO.** Tiene que haber adecuación entre el objeto o materia descrito en el escrito de interposición del recurso y lo que se suplica en la demanda. *Sentencia de 31 de mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en ésta se solicita, además de que se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas con una especificación concreta de las causas de esa declaración, lo que resulta notoriamente improcedente, que se haga un pronunciamiento para determinar las funciones exclusivas de los Técnicos de Administración General para ejercer las Jefaturas de Negociado, así como para declarar la inmediata obligación que tiene el Ayuntamiento de Palma de confeccionar la plantilla orgánica que cubra todos los puestos de trabajo a desempeñar por sus funcionarios de carrera; pero estas peticiones han de ser rechazadas, porque, según reiterada Jurisprudencia, cuya notoriedad excusa de su cita pormenorizada, como se infiere del artículo 1º de la Ley Jurisdiccional y de las normas del Capítulo 1º del Título 3º de la misma, especialmente en su artículo 37, la función revisora de esta Jurisdicción no puede ejercerse, como es obvio, sin el antecedente de un acto previo de la Administración pública —o de una disposición general—, que en el supuesto que se contempla no ha existido; por otra parte, reiterada doctrina legal establece que el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo exigido por el número 1º del artículo 57 de la Ley de esta Jurisdicción, no sólo tiene por finalidad el demostrar que se ha recurrido ante el Tribunal en el plazo legal y recabar los antecedentes precisos para formalizar las demandas, sino que también es en dicho escrito donde ha de señalarse con precisión cual es la resolución contra la que se recurre, su objeto, naturaleza y alcance, para dejar así concretado el contenido del pleito y fijada la cuestión o cuestiones a decidir en el mismo, por lo que al formalizarse la demanda debe existir una perfecta adecuación entre lo que

por ella se suplica y lo que ya se consignó como objeto o materia sobre la que había de versar el recurso en aquel escrito inicial, dando con ello cumplimiento a lo que sobre este particular se establece en el párrafo 1º del artículo 43 de la invocada Ley, produciéndose, en otro caso, una verdadera desviación procesal que conduciría a la inadmisibilidad del recurso; por lo que, en el presente caso, al formularse en la demanda peticiones distintas de las relacionadas en el escrito de interposición del recurso, se produjo una separación del trámite legal que altera sustancial y virtualmente los términos de la litis, y dado que las normas ineludibles de aquél establecen la necesidad de integrar el escrito inicial en el de formalización, sin que en el suplico del mismo pueda referirse, implícita o explícitamente, a resoluciones o actos que no fueron citados en semejante escrito ni materia de ulterior ampliación, se ha incurrido en una manifiesta incongruencia procesal, originadora de defecto insubsanable en el modo de formular la demanda en las materias referidas, por lo que se está en el caso de declarar la inadmisibilidad del recurso en aquellos supuestos enunciados al principio, en base a lo establecido en los apartados f) y g) del artículo 82, en relación con los 69 y 43, de la citada Ley Jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Miguel Amengual Sansó, en nombre de D. A. C. G. y 18 más relacionados en el encabezamiento de esta resolución, funcionarios del Subgrupo de Técnicos de Administración General del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente de dicho Ayuntamiento de 18 de febrero y 29 de julio de 1981, desestimatorio éste del recurso de reposición formulado contra aquél, por los que se asignan a los puestos de trabajo de Jefe de Gabinete de Alcaldía, Jefe de la Unidad Adjunta a la Secretaría, Jefe de Actas y Jefe de Registro, con carácter provisional, interín se formen las plantillas orgánicas, el complemento de destino de 7.285 pesetas mensuales con efectos desde 1º de enero de 1981, y que continúen adscritos a dichos puestos de trabajo los Funcionarios Administrativos de Administración General D. P. M., D. B M., Doña M. I. O. y D. J. F., debemos declarar y declaramos que tales acuerdos no son conformes a Derecho; igualmente debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso en lo que respecta a las demás peticiones de la demanda; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

53

53. IMPUESTO MUNICIPAL DE RADICACION. Hecho imponible. Base imponible. Retroactividad de las disposiciones interpretativas o aclaratorias. *Sentencia de 2 de junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 30 de abril de

1981, tiene por objeto determinar si producido el hecho imponible del Arbitrio Municipal de Radicación en el año 1977, por el que se practicó a cargo de la entidad recurrente una liquidación por 461.195 pesetas relativa al establecimiento Hotel X., puede ser aplicado el Real Decreto de 7 de diciembre de 1979 sobre determinación de la base imponible en establecimientos hoteleros para la fijación de tal impuesto; y el artículo 1º de tal disposición establece que para la determinación de la base imponible del Impuesto Municipal de Radicación en los establecimientos hoteleros se considerarán excluidas aquellas superficies que por razón de su destino tengan meramente carácter accesorio, computándose únicamente como espacios afectos al Impuesto los destinados a usos de habitaciones, servicios de restaurante-cafetería, así como aquellos reservados a funciones de administración, recepción y análogos.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente alega, fundamentalmente, que el referido Real Decreto de 7 de diciembre de 1979 "por ser meramente interpretativo y aclaratorio (no modificativo) del texto legal originario, debe tener y tiene efectos retroactivos"; pero si bien es cierto que la regla de la irretroactividad sufre algunas modulaciones en casos especiales, como en las disposiciones meramente aclaratorias e interpretativas, que producen efectos a partir del momento en que se dictó la norma aclarada o interpretada por suponer que la aclaración o interpretación carece de contenido innovativo, no lo es menos que esto no es siempre exacto, que puede dar lugar a frecuentes abusos y que cabe preguntarse para qué se dicta la norma si no hay un *quid novum*; y, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1978, hay que estar prevenidos frente a lo que algún autor ha llamado el mito de las disposiciones aclaratorias, que es lo que aquí ocurre, puesto que el Real Decreto de que se trata contiene pronunciamientos propios y sustantivos, que no tienen nada afín con los auténticamente aclaratorios o interpretativos; en efecto, basta compararlo con el artículo 66.3 del Decreto de 30 de diciembre de 1976 y con el 10 de la Ordenanza Fiscal del Impuesto Municipal sobre la Radicación, para poner en evidencia el carácter modificativo de aquí; así el precepto últimamente citado excluye "en la determinación de la base imponible por razón de su destino meramente accesorio o finalidad higiénica o social... las superficies... que en los establecimientos hoteleros... estén ocupadas por cocinas, lavaderos, planchadores y, en general, lugares no destinados a los clientes", de contenido distinto a lo dispuesto en el artículo 1º del Real Decreto anteriormente transcrito, lo que, naturalmente, da sentido a la reclamación, y que, por otra parte, obligará a acomodar la Ordenanza a sus términos, pero no aplicarlo retroactivamente contra los principios generales de los artículos 2.3 del Código Civil y 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por su carácter indudablemente innovador.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y por las razones de la resolución recurrida, que se aceptan íntegramente, procede la desestimación del recurso.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador, en nombre y representación de la entidad mercantil, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 30 de abril de 1981, sobre liquidación practicada por el Ayuntamiento de Palma sobre Impuesto Municipal de Radicación correspondiente al ejercicio de 1977 y relativa al Hotel X., debemos declarar y declaramos que la resolución impugnada se ajusta a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

54. SANCION ADMINISTRATIVA. Principio de legalidad. Constitución Española de 1978. Garantías procesales penales del art. 24 de Constitución. Presunción de inocencia. Contenido esencial de los derechos. Principio de exclusividad de la función jurisdiccional (art. 117.3 de la C.). La potestad sancionadora administrativa es auxiliar de la Judicial. La atribución a la Administración de la potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de la Ley formal. Las libertades sólo pueden ser reguladas por Ley. Congruencia. El Principio de tipicidad prohíbe las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior. *Sentencia de 4 de junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionador administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo, primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionadores no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de una reformatio in pejus, de la persistencia imprescindible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de la responsabilidad, o de la acción, o de la antijuridicidad, o del sistema de atenuantes, de condenas condicionales, o de rehabilitación del culpable; sin hipérbole puede decirse, con la mejor doctrina administrativista actual, que el Derecho Administrativo sancionador ha sido hasta la fecha un derecho represivo prebeccariano; tal situación, apoyada en la ausencia de una regulación legal de estas materias generales y en la sumariedad de los preceptos legales que atribuyen poderes sancionadores a la Administración, ha sido corregida últimamente por una resuelta doctrina jurisprudencial, que cuenta con justicia entre las mejores reacciones de nuestro contencioso-administrativo; esta doctrina jurisprudencial ha establecido que esta vasta ausencia en la legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de interpretarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario; la justificación de esta importantísima toma de posesión luce con toda claridad en las sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972, de las que arranca esta doctrina, que ratifican sin vacilación otras sentencias más recientes; así, la sentencia de 2 de marzo de 1972 advierte que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legítima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuibles al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la

norma estricta; declaraciones generales que la sentencia de 25 de marzo de 1972 precisa, dando sentido a una jurisprudencia anterior dispersa, en los siguientes términos: si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte, y de la imputabilidad por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica de la norma, y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente de la que la misma contempla, pues con otro criterio se reconocería a la Administración una facultad creadora de tipos de infracción y de correctivos análogos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado se reconocen; teniendo plena vigencia el principio rector que admitiendo la interpretación rigurosa de la norma sancionadora en forma restrictiva (sentencias de 7 de abril de 1953 y de 3 de julio de 1961), a base de individualizar y de determinar la infracción estrictamente de manera que no deje lugar a dudas, como condición para su posterior calificación adecuada, veda toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva (sentencias de 7 de abril de 1953 y 10 de enero de 1956) a fin de reducir toda posible arbitrariedad en materia de infracciones administrativas, mediante una interpretación restrictiva (sentencias de 17 de marzo de 1958 y 23 de diciembre de 1959), sin desnaturalizarlos con criterios aplicativos que, rebasando el enunciado literal del precepto, lo amplien o tuerzan en perjuicio del inculpaado (sentencias de 9 de enero y 23 de marzo de 1961), exigiéndose siempre prueba concluyente e inequívoca de la comisión de los hechos (sentencias de 9 de enero y 13 de marzo de 1961), por lo que es indudable que la Administración se encuentra sometida a normas de necesaria observancia al ejercer su potestad sancionadora sin posibilidad de castigar cualquier hecho que estime reprochable, ni imponer la sanción que tenga por conveniente, sino que, además de cumplir los trámites esenciales que integran el procedimiento sancionador únicamente puede calificar de faltas administrativas los hechos previstos como tales en la normativa aplicable e imponer la sanción taxativamente fijada para los que resulten probados en el expediente (sentencias de 20 de febrero de 1957 y 17 de marzo de 1958).

CONSIDERANDO: Que esta importante tendencia jurisprudencial se encuentra hoy definitivamente consagrada en la Constitución: así, el artículo 25.1 —Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*— ha dado una regulación común para imponer la garantía básica de la legalidad a los delitos y a las infracciones administrativas; y esta equiparación, como reconoce la doctrina científica, es decisiva y no puede hacerse más que por el rasero de la teoría general del delito tal como está regulada en el Derecho Penal, siquiera sea porque ninguna otra teoría le es oponible, ni mínimamente, en el campo del Derecho Administrativo, y esa explícita equiparación, más el mantenimiento general de las garantías procesales penales en el artículo 24 para destruir la presunción de inocencia de todos los ciudadanos ante todas las instancias públicas represivas, garantías no exceptuadas ni de delimitación posible, por la regla del respeto al “contenido esencial” a que se refiere el artículo 53.1, en el caso de las sanciones administrativas, más el principio de exclusividad de la función jurisdiccional del artículo 117.3, que impide considerar la potestad sancionadora de la Administración como alternativa o cumulativa de la reservada a los jueces, obliga a concluir que en adelante la actuación de las Administraciones en el ámbito sancionador sólo puede legitimarse como una actuación auxiliar de la judicial estrictamente tal, ordenada al servicio pragmático de ésta y subordinada, por tanto, íntegramente a sus reglas de fondo, pues no existe ya ninguna posibilidad de intentar justificar unos supuestos principios sustantivos del Derecho Administrativo, que son, y no puede dejar de ser, los que se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial.

CONSIDERANDO: Que la mejor doctrina científica española enseña que el principio de legalidad tiene una doble vertiente; por una parte, no hay infracción ni sanción administrativas posibles sin Ley que las determine de una manera previa; en segundo término, esa previsión legal, *la atribución a la Administración de potestad para sancionar, tiene*

que realizarse precisamente a través de Ley formal; y el principio tiene hoy explícito rango constitucional, Artículo 25.1 de la Constitución, con idéntica formulación que la relativa a delitos y faltas penales, equiparación muy importante para explicar el alcance del principio de legalidad en la materia sancionadora administrativa, que es un alcance idéntico al principio del Derecho Penal; y esta equiparación explica también que la tipificación normativa previa de conductas sancionables tenga que ser hecho por Ley formal y *que no alcancen a producir ese efecto los simples Reglamentos*; el precepto constitucional remite a “la legislación vigente en aquel momento” (en el momento de la acción sancionable), expresión la de “legislación que no puede interpretarse más que en ese sentido aún cuando la indicada equiparación —que es por sí misma concluyente— no existiese, pues así lo imponen otras dos formulaciones constitucionales: la del Artículo 9.3, que “garantiza el principio de legalidad”, en abstracto, y que no puede interpretarse más que como una declaración de la prioridad de la Ley sobre el Ejecutivo y de la sumisión general de éste a pautas de aquéllas, y, sobre todo, la mecánica general de las libertades públicas, que es materia que puede sólo ser regulada por la Ley como expresa el artículo 53.1 —los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por Ley*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a) y cuáles son las acciones u omisiones prohibidas bajo intimación de sanción es una delimitación sustancial de la libertad física de la seguridad jurídica, garantizadas en el artículo 17 y la razón de ser de la incorporación del artículo 25.1 al catálogo formal de derechos fundamentales; es decir, la reserva de Ley está expresada en la Constitución de idéntica forma a la empleada para los delitos, o sea, con la palabra legislación; pero ya en el Senado una enmienda presentada in voce proponía que los delitos se establecieran por Ley, mientras que las infracciones y sanciones administrativas se establecieran por el ordenamiento jurídico, dentro de cuyo ámbito se encuentran los Reglamentos, pero tal enmienda no fue adoptada, y, como queda expresado, las sanciones de protección del orden general afectan a todos los ciudadanos, tienen el mismo fundamento que las infracciones penales y suponen, por tanto, una delimitación de lo lícito, de la libertad, por ello estas infracciones están sometidas al principio de reserva de Ley del repetido artículo 53.1, tanto más cuanto a diferencia de los delitos y faltas penales no son impuestas por los jueces; esta conclusión, y en frase de un conocido autor, es capital para “sangrar” la amplísima potestad sancionadora administrativa hasta ahora existente, construida en su mayor parte por meras normas reglamentarias, que teniendo en cuenta la eficacia inmediata de la Constitución en materia de derechos fundamentales y de potestades de los poderes constitucionales, hace que haya que considerar en este momento decaídas todas estas regulaciones reglamentarias sin respaldo legal explícito y directo con las que los despachos administrativos se habían autoatribuido poderes represivos, de una enorme amplitud.

CONSIDERANDO: Que las sanciones impuestas al recurrente por infracciones de juego del Bingo, se hallan previstas en el Reglamento del mismo aprobado por Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979.

CONSIDERANDO: Que no es obstáculo procedimental el que la doctrina expuesta no haya sido alegada por las partes, por cuanto el Tribunal no hizo uso de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley Jurisdiccional: si el Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de 10 días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo; o bien de lo previsto en el 79.2 de la misma Ley: cuando el Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de las partes, lo pondrán en conocimiento de éstas, dictando oportunamente providencia al efecto, que deberá ser notificada con tres días de antelación; pero, en realidad, aunque el artículo 43 se refiere a motivos que puedan fundar la pretensión o la oposición, mientras el 79 se refiere a cuestiones, no existen diferencias prácticas entre una y otra expresión y el último precepto citado se limita a plicar

el principio general del 43 al supuesto de que el Tribunal estime con anterioridad a comenzar el período de conclusiones que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes; y, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, la congruencia procesal se cumple cuando existe la debida correspondencia entre los problemas debatidos y los pronunciamientos de la sentencia, estando atribuida a los Tribunales libertad dialéctica de desarrollo de sus tesis y de la calificación de los hechos presentes en la litis (sentencia de 14 de junio de 1977), y que sólo concurre el supuesto legal —del artículo 43.2— cuando se produce un cambio de la pretensión misma, y el Juez puede libremente aducir los fundamentos de Derecho que considere pertinentes hayan sido o no alegados por las partes (sentencia de la misma fecha).

CONSIDERANDO: Que tampoco es obstáculo a lo anteriormente expuesto el que el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, que regula aspectos penales, administrativos y fiscales del juego y que en su artículo 4º.1.a) dice que se autoriza al *Gobierno* para dictar, a propuesta del Ministro de la Gobernación, las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por el presente Real Decreto-Ley, determinando las sanciones administrativas que puedan imponerse para corregir las infracciones de quéllas; porque esta remisión normativa carece de valor: 1º) pues, como se decía en el tercer considerando de esta resolución, ha de considerarse decaídas todas esas regulaciones reglamentarias *sin respaldo legal explícito y directo*, que evidentemente no otorga al Reglamento de 9 de enero de 1979 el Real Decreto referido, porque el principio de tipicidad, como aplicación y concreción del principio de legalidad y reserva de Ley, exige también la delimitación concreta de las conductas en la Ley, *prohibiendo, con carácter general, las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior* y su interpretación analógica; y 2º) Porque el citado artículo 4º. 1 *autoriza al Gobierno* —entre otros apartados del mismo se autoriza al Ministerio de la Gobernación— para dictar las disposiciones complementarias que sean precisas, y el Reglamento del Bingo *se aprueba por Orden del Ministerio del Interior*, con lo que ni formalmente se ha cumplido la remisión normativa del Decreto-Ley.

CONSIDERANDO: Que, de acuerdo con lo expuesto, procede declarar que la resolución recurrida no se ajusta a Derecho; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas, en nombre y representación de la entidad X., S.A., contra la resolución del Ministerio del Interior de 4 de abril de 1981, que desestima el recurso de alzada formulado contra otra del Gobierno Civil de Baleares de 22 de mayo de 1980, por las que se impone a la entidad recurrente cuatro multas de 10.000 pesetas por infracciones del Reglamento del juego del Bingo, debemos declarar y declaramos que la resolución recurrida no es conforme a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

56

56. LICENCIA DE OBRAS. Otorgada sin la presentación del proyecto técnico. Vicio sustancial. Medida arbitraria. Intervención administrativa en la actividad privada. La licencia de apertura cuando se refiere

a establecimientos de características determinadas se tiene que otorgar antes que la de obras. Terrenos no urbanizables. Régimen jurídico: art. 86 de la Ley del Suelo y Plan Provincial. Area agrícola ganadera y paisaje protegido. Uso exclusivo permitido: utilización agrícola ganadera y uso de vivienda anexa a la explotación. *Sentencia de 8 de junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que por la parte recurrente se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1º) Las resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Pollensa de 6 de junio de 1979 por la que se concedió licencia para la práctica de mini-karting en los terrenos denominados Can Seguinot de la zona Es Vilar y de 10 de diciembre de 1980 por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra aquélla; y 2º) Los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del mismo Ayuntamiento de 5 de diciembre de 1977 por el que se concedió licencia de obras para la construcción de una pista de mini-karting en los terrenos denominados Can Seguinot en la zona de Es Vilar y la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra dicho acuerdo.

CONSIDERANDO: Que para la concesión de la licencia de obras de 5 de diciembre de 1977, el Ayuntamiento tuvo solamente en cuenta la solicitud del interesado y un simple plano, es decir, se ha otorgado la autorización municipal sin que el solicitante hubiera presentado previamente el proyecto técnico de la obra, requisito exigido de modo imperativo y necesario por el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, y lo que no puede ofrecer duda (folios 71, 72 y 73, en los que constan informes del Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares, del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de Baleares y del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales también de Baleares) es que la licencia de obras concedida *sin que a la solicitud se acompañe el preceptivo proyecto técnico* de la obra a realizar constituye un *vicio sustancial*, pues la necesidad de la previa licencia para llevar a efecto las obras constituye una modalidad de la intervención administrativa en la actividad privada, limitativa del ejercicio del derecho de propiedad y justificada por la necesidad de acomodar las obras proyectadas a la regulación vigente, cuya competencia corresponde en principio a las Corporaciones Municipales, y, naturalmente, el otorgamiento de la licencia sin previo examen del proyecto correspondiente y sin conocer por lo tanto si las características de la obra respetan o no las normas establecidas, implica una medida administrativa totalmente arbitraria, con la que se desconocen los intereses generales cuya tutela confía la Ley a las Corporaciones otorgantes de la necesaria autorización (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1970).

CONSIDERANDO: Que es igualmente observable una inversión en la concesión de las licencias —la de obras el 5 de diciembre de 1977 y la de actividad el 6 de junio de 1979—; y según la doctrina sustentada en esta materia por la Jurisprudencia, tales licencias para el ejercicio de las denominadas actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, constituyen una modalidad de la intervención administrativa en la actividad de los administrados con el fin de impedir perturbaciones de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadana, que como aspectos del Orden Público fundamentan tal intervención, puesto que en sustancia tratase concretamente de autorizar la apertura de establecimientos industriales o mercantiles a los que es de aplicar lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; según el que cuando con arreglo al proyecto presentado la edificación de un inmueble se destina específicamente a establecimientos de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuere procedente, toda vez que en estos casos *debe primer el destino específico industrial de la construcción sobre la obra misma*, porque además siendo la razón de ser de dicha autorización en su faceta de licencia municipal de apertura la que al Ayuntamiento impone el artículo 101, número 2º, apartado h, de la Ley

de Régimen Local, texto Articulado de 24 de junio de 1955, para velar por la seguridad de personas y bienes, exige que los locales donde hayan de instalarse los establecimientos dedicados a industria, comercio... reunan aquellas condiciones precisas desde los puntos de vista sanitario, urbanístico y además que según la actividad —en el caso de autos peligrosa y molesta— a que se destinen aquellos locales sean pertinentes, y de ahí el que la licencia de apertura de estos establecimientos tenderá a verificar si los locales o instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad y las que en su caso estuvieran dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados (sentencia de 13 de diciembre de 1977).

CONSIDERANDO: Que, como consta en la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Pollensa, los terrenos denominados Can Seguinot en la zona de El Vilá en los que se encuentra construida una pista para la práctica del mini-karting, “desde la aprobación del R.D. 1346/76, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Régimen del Suelo, los terrenos de referencia tienen la calificación de terrenos no urbanizables”, siendo “las condiciones de edificabilidad las que resultan de la aplicación del artículo 86 de la Ley del Suelo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.3 y lo que determina el Plan Provincial”; otra certificación de la Comisión Provincial de Urbanismo, traida a los autos en período probatorio dice que “dichos terrenos están calificados en el Plan Provincial de Ordenación de Baleares de área agrícola-ganadera y paisaje protegido...” con “uso exclusivo permitido” para “utilización agrícola ganadera y uso de vivienda anexa a la explotación” y “en ellos no podrán introducirse utilizaciones u obras que afecten a su espontánea o tradicional dedicación, y se prohíbe la instalación de servicios e industrias”; y, por último, también en período de prueba, el Arquitecto Municipal informa que “de acuerdo a la Ley del Suelo, tanto en 5 de diciembre de 1977 como el 6 de junio de 1979, los terrenos de Can Seguinot constituían suelo no urbanizable... sujetos a las limitaciones que se establecen en el artículo 85 de la Ley del Suelo, así como a las normas que establece el Plan Provincial de Baleares para áreas agrícola-ganaderas en paisaje protegido, artículos 74, 77, 176, 177 y 178”.

CONSIDERANDO: Que los artículos 85 y 86 de la Ley del Suelo preceptúan que en terrenos que se clasifiquen como suelo no urbanizable no se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca y se ajusten en su caso a los planes o normas del Ministerio de Agricultura, así como las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas; sin embargo, podrán autorizarse, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 43 punto 3, edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población; entre los cuales, naturalmente, no puede incluirse una actividad de mini-karting.

CONSIDERANDO: Que no es obstáculo para la estimación de la pretensión ejercitada el que los referidos artículos se refieran a construcciones e instalaciones; pues el artículo 178.1 somete a la exigencia de previa licencia los actos de edificación y uso del suelo, es decir, que aparte de las actividades de construcción o edificación, existen otras sujetas a licencia de urbanismo que no tienen por objeto legitimar la ejecución de una obra, sino de legitimar el uso y, por tanto, de las actividades consiguiente a éste, y es indudable que según el artículo 58.1.1ª el uso de los predios no podrán apartarse del destino previsto, ni cabía efectuar en ellos explotaciones de yacimientos, fijación de carteles de propaganda, movimientos de tierra, cortas de arbolado o *cualquier otro uso análogo en pugna con su calificación urbanística*, su legislación especial o de modo distinto al regulado en el Plan; en definitiva, es indudable que cuando el uso no sea la edificación cualquiera que éste sea será necesaria la realización de unas obras, las que requerirán la correspondiente licencia previa, que no podrá concederse si pugnan con la calificación del terreno en el que vayan a realizarse.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede la estimación de las demandas; sin que, por otra parte, se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131

de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que estimando las demandas interpuestas por el Procurador D. Antonio Nicolau de Montaner, en nombre y representación de D. M. L. V., contra la resolución de la Alcaldía de Pollensa de 6 de junio de 1979, que concedió licencia para la práctica del mini-karting en los terrenos denominados Can Seguinot de la zona de Es Vilar, y de 10 de diciembre de 1980 que desestimó el recurso de reposición formulado contra aquella; y contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de Pollensa de 5 de diciembre de 1977 por el que se concedió licencia de obras para la construcción de una pista de mini-karting en los terrenos citados, así como contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra aquél, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos no son conformes a Derecho, procediendo su nulidad; sin hacer expresa imposición de las costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

61

61. ACTOS EFECTUADOS SIN LICENCIA. Denegación de la licencia. Orden de demolición no ejecutada. Aquietamiento del interesado. El Consell debe disponer directamente la demolición a costa del interesado. Imposición de costas. *Sentencia de 5 de julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que siendo esto así, son evidentes las dificultades del recurrente para interponer un recurso que, por ello, hay que calificar como temerario, pues las ha soslayado introduciendo en su demanda unos motivos que, o bien, no tienen relación con los actos impugnados por referirse a la actuación municipal previa a la actuación del Consell, con el olvido que parece deliberado, de que se aquietó a toda la actuación municipal, cuyos actos devinieron firmes por ello y además sin perjuicio de que también sean conformes al ordenamiento jurídico que aplicaban (los tres primeros números del artículo 184 de la Ley del Suelo y los cuatro primeros del artículo 29 del Reglamento de Disciplina Urbanística), o bien confunden de manera, al parecer también deliberada, la actuación administrativa de protección de la legalidad urbanística, con el procedimiento sancionador derivado de las infracciones urbanísticas a que se refieren los artículos 225 y siguientes de la Ley del Suelo, regulado en la Sección Tercera (artículos 59 y siguientes) del Capítulo Primero del Título III del Reglamento citado; confusión inexplicable pues no solo no se ha instruido todavía ningún expediente sancionador al recurrente, sino que además, aunque se hubiera hecho, sería "con independencia de las medidas previstas en los artículos 184 y 187 de la presente Ley y de las responsabilidades de orden penal en que hubieran podido incurrir los infractores", en palabras del artículo 225 de la Ley del Suelo.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede la confirmación de los actos recurridos, condenando al recurrente al pago de las costas del proceso.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

D. A. M. P., contra los acuerdos del Consell General Interinsular de Baleares de 23 de Febrero y de 22 de Abril de 1981 que ordenaron demolición de obras realizadas por el recurrente sin licencia, debemos confirmarlos y los confirmamos como ajustados al Ordenamiento Jurídico, condenando al recurrente al pago de las costas del proceso jurisdiccional.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

62

62. EXCEPCION DE ACTO FIRME IMPROCEDENTE. El Ayuntamiento no sólo admitió a trámite la segunda petición sino que resolvió y ofreció los recursos pertinentes resolviendo igualmente el recurso de reposición. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no aplicar el recurso contencioso al acto expreso resolutorio del recurso administrativo. **EL EDIFICIO NO ALCANZA LA ALTURA MINIMA Y ADEMÁS ESTA FUERA DE ORDENACION. OBRAS QUE TIENEN UN CARACTER PROVISIONAL.** *Sentencia de seis de julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria debe seguir el segundo de los obstáculos esgrimidos, porque, según reiterada jurisprudencia, de la que es expresión la sentencia de 11 de mayo de 1979, la resolución expresa denegatoria de la reposición no es distinta de la desestimación presunta impugnada en el escrito de interposición al amparo del instituto del silencio administrativo negativo, establecido a favor de los administrados, permitiéndoles recurrir a esta vía jurisdiccional desde que transcurre el plazo legal señalado para entender desestimada la reposición; y el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional permite deducir indistintamente el recurso contencioso contra el acto, objeto del de reposición, contra el desestimatorio de ésta o contra ambos a la vez, por lo que el actor, al impugnar el acuerdo objeto de reposición y el desestimatorio de ésta, no necesitaba acudir a hacer uso de la facultad de ampliación de recurso del posterior acto expreso, facultad que el artículo 46 concede a los recurrentes para ampliar el recurso si antes de formalizar la demanda la Administración dictase algún acto que guardase relación con los impugnados en el recurso contencioso-administrativo en tramitación, pero que se refiere a los actos posteriores que sean distintos a los iniciales del recurso, y es innecesaria cuando la posterior resolución expresa no modifica la impugnada, pues el artículo 46 no es de derecho necesario, sino facultativo en estos casos, como lo revela la expresión “el demandante podrá solicitar”, y no tiene porque hacer uso de esa facultad ya que la resolución impugnada recaída por silencio, o sea, la desestimación presunta, tiene la plenitud jurídica de un acto declaratorio de voluntad, puesto que significa quedar pronunciada una decisión.

CONSIDERANDO: Que, tal como explora la parte actora, la facultad de edificar es inherente al derecho de dominio, como se reconoce en el artículo 348 del Código Civil, y si bien es necesario ante la normativa vigente obtener con carácter previo —normalmente del Ayuntamiento— la oportuna licencia, es también cierto que ésta no concede ningún derecho ex novo, no es constitutiva de derecho inexistente, sino que el organismo competente se limita a negarla u otorgarla con carácter *reglado*, según exista o no alguna limita-

ción legal que impida en todo o en parte realizar la obra solicitada; por ello resulta procedente examinar las causas por las que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca deniega la licencia a las obras de autos, y que, como queda expresado se reducen a dos: 1ª) El edificio no alcanza la altura mínima de 10 metros que le corresponde según el plano de Zonificación y Alturas, artículo 186 de las vigentes Ordenanzas Municipales, las cuales determinan una edificación de planta baja más 2 pisos; y 2ª) Se halla fuera de ordenación, no pudiéndose incrementar el volumen del mismo de acuerdo con el artículo 60 de la Ley del Suelo y el artículo 8 de las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones.

CONSIDERANDO: Que, efectivamente, según las citadas Ordenanzas, la altura mínima edificable es de 10 metros (certificación del folio 50), por lo que es incuestionable la infracción puesta de relieve por la resolución recurrida, ya que según el dictamen pericial que obra al folio 44, rendido por el Arquitecto Técnico A. M. F. V. el edificio de autos tiene una altura máxima de 4,80 metros y mínima de 4,30; es más, en los documentos y planos redactados a instancia del actor por el Arquitecto D. S. C. B. a efecto de la legalización de las obras citadas se fija como uno de los Datos límite de la normativa una altura mínima de 10 metros y máxima de 14; por ello es claro que lo expuesto bastaría para desestimar, por contravenir una norma urbanística vigente, la pretensión ejercitada, pero es que, además, el edificio se halla fuera de ordenación, y por ende, es aplicable el artículo 60 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 que prohíbe las obras de consolidación, *aumento de volumen*, modernización o incremento de su valor de expropiación, y sólo autoriza las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble, así como, en casos excepcionales, las obras parciales de consolidación —en el caso de autos ni existe excepcionalidad ni se trata de consolidar el inmueble cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas; y a esta conclusión no se opone la alegación —ratificada por el perito que dictaminó en autos— de que las obras tienen un carácter provisional, porque el artículo 58 del citado texto legal establece que podrán autorizarse sobre los terrenos usos y obras justificadas de carácter provisional, pero previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo y con la condición de que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización, y la autorización aceptada por el propietario deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad; y el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 determina en su número 6 que estarán sujetos a previa licencia las obras que hayan de realizarse con *carácter provisional* a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 del texto refundido de la Ley del Suelo, y ello sin contar que su número 1 la exige para las obras de construcción, edificaciones e *instalaciones de todas clases* de nueva planta; debiendo, por último patentizarse la rigidez interpretativa que el Tribunal Supremo utiliza en los supuestos en que se discute la necesidad de licencia, sirviendo de ejemplo las sentencias de 1 de febrero de 1980, que la exige para la construcción de nuevos cobertizos, y la de 3 de mayo del mismo año, que la estima necesaria para la construcción de galerías acristaladas y similares.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado d. A. A. B., en nombre y representación de D. J. R. P., contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 18 de marzo de 1981, que deniega al actor la licencia de obras para legalizar las de ampliación de un local sito en la calle Sargento Moragues Vidal número 27, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra aquél, debemos declarar y declaramos que dichos acuerdos impugnados se ajustan a Derecho; sin hacer expresa declaración de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

66

66. PROYECTO DE URBANIZACION. Aprobación por silencio positivo. Sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. **Notificación defectuosa.** Surtirá efectos a partir de la fecha en la que se haga manifestación expresa en tal sentido. *Sentencia de 15 de julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que los Arquitectos D. L. B. M. J., D. V. A. R. y D. A. P. L. dictaminan, en relación con los documentos exigidos por el artículo 11 de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956, que "examinada la documentación del Proyecto de Urbanización Los Delfines se han observado las siguientes deficiencias: 1. Con respecto al Proyecto de Red de Baja Tensión del Polígono 2 faltan el Estado de Mediciones, el Presupuesto y el Pliego de Condiciones. El resto de Documentos carece de firma y no está visado por ningún Colegio Profesional. 2. Con respecto al Proyecto de Red de Baja Tensión del Polígono 3 falta el Estado de Mediciones, Presupuesto y Pliego de Condiciones. 3. Con respecto al Proyecto de Ampliación de la Red de Baja Tensión del Polígono 3 faltan el Presupuesto y el Pliego de Condiciones. 4. Con respecto al Proyecto de Alumbrado del Polígono 3 falta el Presupuesto. 5. No existe Proyecto de Alumbrado del Polígono 2; con lo que queda patentizada la infracción del referido precepto y, en definitiva, la legalidad de la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: Que respecto a la solicitada aplicación de la doctrina del silencio administrativo positivo, ha de decirse que entre los numerosos problemas que plantea la aplicación de esta institución el realmente decisivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida en aquellos casos en que la pretensión ejercitada por el solicitante no es conforme a Derecho; y la Jurisprudencia ha resuelto el problema adoptando tres posiciones: la primera establece que el silencio positivo sustituye al acto expreso a todos los efectos, es decir, producido aquél el proyecto queda aprobado en sus propios términos; así la sentencia de 20 de mayo de 1966, confirmando la doctrina de otras anteriores, dice que el silencio positivo —aún reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la Administración— opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Administración pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, pues transcurrido éste, sólo le queda a aquélla el instrumento de la lesividad, por lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podría revocarlos de oficio, sino a través de la lesividad, principio programático de ineludible observancia; una segunda corriente (sentencias de 9 de diciembre de 1964 y 18 de marzo de 1970) afirma que el silencio positivo suplir el acto expreso pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, por lo que aquéllas llaman la atención sobre el gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, ya que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocerlos, y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley; y la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y el reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978 han optado por esta solución a propósito de las licencias urbanísticas ganadas por silencio positivo, dando, pues, prioridad a la defensa de la legalidad sobre la conveniencia del tráfico jurídico; y, por último, la terce-

ra postura jurisprudencial de la que son ejemplo las sentencias de 2 de abril de 1975 y 22 de diciembre de 1978, sigue la línea, desde luego no definitiva, de que con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas, enseñando aquellas resoluciones que no cabe acudir al silencio administrativo positivo para lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no había podido otorgar nunca o sería nulo de pleno derecho si lo hubiera concedido.

CONSIDERANDO: Que descartada la primera de las soluciones citadas, que resulta de un excesivo automatismo y provoca que los particulares puedan obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce y en contra del interés general, la aplicación al caso de autos de la segunda es obligada en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley del Suelo, que claramente dice que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyecto, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento; y el de Disciplina Urbanística preceptúa, en el mismo sentido, en su artículo 5.1 que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación; y también el Reglamento de Planeamiento dice que no habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan de que se trate, y que la aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a Planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del Plan esté sometida a requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos; y, como queda expresado, el proyecto de autos infringe lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley del Suelo, como la falta de Pliegos de Condiciones y Presupuestos, expresamente requeridos, por lo que la doctrina del silencio positivo resulta totalmente inaplicable.

CONSIDERANDO: Que, subsidiariamente, se alega por la parte actora la necesidad de retrotraer el expediente de aprobación del proyecto de urbanización hasta la fecha de 28 de marzo de 1977, en la cual la Comisión Provincial de Urbanismo acordó no aceptar la modificación del acuerdo de la misma de fecha 20 de diciembre de 1976 propuesto por aquélla; y ello por falta de notificación de dicho acuerdo; pero el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en su apartado 3 que las notificaciones defectuosas —y ha de entenderse, por la propia esencia del precepto, la falta de notificación— surtirán efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente; pues bien, el propio recurrente afirma que “se presentó ante la Comisión Provincial de Urbanismo para presentar la documentación que se le había reclamado, pero en dicho organismo le informaron que la referida documentación debía ser remitida por el Ayuntamiento de Ciudadela. Unos días después —el 18 de abril de 1977— se presentó la documentación ante el Ayuntamiento de Ciudadela”; con lo que, como expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1962 y 2 de noviembre del mismo año, resulta que en la fecha señalada hizo manifestación expresa en el sentido de habersele notificado lo acordado y se dió por enterado de la resolución administrativa, por lo que es de concluir que la notificación, mejor dicho, la falta de notificación, quedó convalidada y es de aplicación al caso lo expuesto en el citado párrafo 3 del artículo 79; y sin desconocer las críticas que esta doctrina ha suscitado, en el caso de autos debe servirle de apoyo: 1º) Que al tener conocimiento de la resolución —inegable, pues, como queda expuesto dio cumplimiento parcial a la misma— no sólo se cumplió el fin que toda notificación tiene: poner en conocimiento un acto anterior, sino que en manera alguna puede hablarse de indefensión; 2º) Que a lo largo del expediente tuvo innumerables ocasiones de aportar los documentos solicitados en el acuerdo; y 3º) Que una elemental aplicación del principio de economía procesal y del favor actis, impiden la retroacción solicitada, que sólo produciría una reproducción de lo actuado, en cumplimiento de un rígido e inoportuno formalismo.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas, en nombre y representación de D. L. G. S., contra la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares de 1 de abril de 1980, denegatoria del Proyecto de Urbanización Los Delfines del término de Ciudadela, y contra la denegación presunta del recurso de alzada interpuestos en el Consell General Interinsular de las Baleares, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

67

67. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Solve et repete. Tiene que venir impuesto por una norma con categoría de Ley. Nulidad al no haber nombrado instructor ni practicado pruebas. Improcedencia por inútil. El ejercicio del poder sancionador debe regirse por los mismos principios de orden penal clásico: tipicidad, legalidad. Una sola sanción continuada y no varias. *Sentencia de 20 de julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que impugnados en el presente proceso contencioso-administrativo, dos actos administrativos distintos: el Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 14 de Diciembre de 1979 (nº 5561/79) por el que se impusieron al demandante X., S.A., veintitrés multas y el Decreto de la misma Alcaldía de 10 de Marzo de 1981, por el que se declaró inadmisibile por impago previo de las multas el recurso de reposición interpuesto contra el primero, es preciso comenzar los razonamientos que constituyen la premisa de esta sentencia, con el examen del último de ellos, pues de ser ajustado a Derecho, impediría entrar en el fondo de la cuestión debatida consistente en la conformidad o no, con el Ordenamiento jurídico, de las veintitrés sanciones pecuniarias impuestas a la sociedad recurrente; y sobre esta previa cuestión, basta con repetir el tercer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1980 que en pocas palabras aclara que la regla "solve et repete" ha sido sometida a una eficaz revisión por la Jurisdicción contencioso-administrativa, que la ha configurado dentro de sus propios y naturales términos, interpretando primero restrictivamente el artículo 6 de la Ley primitiva y después el 57) apartado e) de la vigente, y finalmente, a partir de la sentencia de 12 de Febrero de 1972, sobre el respaldo legal que le dió la concreción del apartado 4 del artículo 132, al ser reformado por Ley de 17 de Marzo de 1973, ha terminado sentando como doctrina legal del Tribunal Supremo, la de que "el previo pago para recurrir en los supuestos de multa, habrá de venir impuesto por una *norma con categoría de Ley* y no por cualquier otra de categoría inferior" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1973, seguidas por las de 27 y 30 de igual mes y año y 6 de julio siguientes, 17 de Mayo, 22 de Septiembre y 9 de Noviembre de 1974, 12 de Marzo y 22 de Octubre de 1975 y 22 de Abril de 1976);

categoría de rango de Ley que no se puede predicar del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Organizaciones Locales de 17 de Mayo de 1952, en cuyo artículo 323 se basa el acto administrativo impugnado para declarar inadmisibles el recurso de reposición y no entrar en el examen de la procedencia de las sanciones impuestas en el acto recurrido y por cuya razón debe ser declarado no conforme a Derecho, para entrar en el examen del fondo de la cuestión planteada o contenido del primer acto administrativo impugnado.

CONSIDERANDO: Que a este respecto, es preciso rechazar en primer lugar, las alegaciones del demandante referidas a la nulidad de pleno derecho de este acto sancionador, por “haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello” (artículo 47, 1, c) de la Ley de Procedimiento administrativo), pues si bien es cierta la aplicabilidad del procedimiento sancionador de esta Ley, a la imposición de multa en base a las ordenanzas municipales, por la inexistencia de un procedimiento de esta clase en el ámbito de la Administración Local, razón por la que no pudo ser enumerado en el Decreto de 10 de Octubre de 1958, dictado por el Gobierno en aplicación de la Disposición Final 3 de la Ley, en relación a su artículo 1º, 2 y por la necesaria aplicación supletoria de sus preceptos determinada en el artículo 1º, 4, no es menos cierto que el acto de la imposición de las sanciones no solo no prescindió *total y absolutamente* del procedimiento sancionador establecido en los artículos 133 y siguientes de la Ley, para que pueda ser declarado nulo de pleno derecho con arreglo al precepto invocado, por cuanto fue dictado en virtud de las denuncias que narraban los hechos imputados y después de recibir escrito del denunciado de descargo (hecho segundo de la propia demanda), sino que además y dada la naturaleza simple y escueta de los hechos denunciados (colocación de carteles en la vía pública) y el que no fueran negados por el denunciado en su escrito de descargo (folios 26 y 27 del expediente) tampoco podría acordarse su anulabilidad al amparo del artículo 48, 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por la falta de nombramiento de Instructor y práctica de pruebas de los artículos 135 y 136 de la Ley, al resultar trámites inútiles y por lo tanto, de ningún modo indispensables para alcanzar su fin y menos aún porque hubieran dado lugar a la indefensión del interesado, pues éste tuvo conocimiento de las denuncias y alegó lo que tuvo conveniente en descargo de los hechos denunciados.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el verdadero fondo de la cuestión debatida, relativa a si las sanciones impuestas lo fueron con arreglo a Derecho, tanto en su calificación jurídica, como en su cuantía, es evidente respecto al primer aspecto, que el acto administrativo al imponerlas y tal como acertadamente lo analizó el Tribunal Económico Administrativo al declararse incompetente, aplicó adecuadamente el artículo 163 de las Ordenanzas Municipales de Policía y Buen Gobierno de 21 de Noviembre de 1914, unidas a los autos, pues en tal precepto se prohíbe “poner ningún anuncio o cartel, de cualquier clase que sea, sino en los sitios destinados a este objeto, ateniéndose a las reglas que dicte la Autoridad Municipal y habiendo satisfecho el arbitrio fijado”; con lo que las infracciones fueron correctamente tipificadas al tratarse del hecho de “pegar carteles en la vía pública, sin permiso”, como literalmente dicen las denuncias.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al segundo aspecto, el de su cuantía, es preciso recordar lo que ya se ha dicho en otras sentencias de esta Sala, entre las que figura como más reciente la número 57 de 18 de Junio de 1982, a saber, que el ejercicio del poder sancionador de la Administración, debe regirse por los mismos principios de orden penal clásico, tal como lo viene declarando incansablemente la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, principalmente en lo que se refiere a los de tipicidad de la infracción y legalidad de la sanción; siendo en este orden de cosas fundamental la existencia en el orden jurídico penal de la figura de la infracción continuada que, —como dice la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1980, recogiendo la doctrina legal de la última década— “no es mera ficción, ni expediente de política criminal, sino ente real, dotado de vida propia, ontológica y esencialmente autónomo e independiente, que concurre cuando se detectan sus elementos estructurales: pluralidad de acciones, homogeneidad de éstas, unidad de precepto violado, unidad de sujeto activo y sobre todo, designio único o intención omnicomprendensiva”; por lo que es evidente, que al tratarse en el caso presente de veintitrés carteles colocados en la misma vía pública, por la misma em-

presa, en corto espacio de tiempo y con el mismo designio o intención, el actor administrativo debió considerar los veintitrés hechos como una sola infracción continuada, tal como se lo indicaron, antes de resolver el recurso de reposición, los informes del Negociado de Multas y de los Servicios Jurídicos Municipales, e imponer una sola multa en la cuantía que establece la Disposición Adicional novena del Real Decreto Ley 11/1979 de 20 de Julio; por lo que procede, estimando el recurso solo en lo que a este aspecto se refiere, anular parcialmente los actos impugnados, para imponer la sanción en la cuantía que corresponde con arreglo a la Ley.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por X., S.A., contra el Decreto de la Alcaldía de Palma número 4561/79 por el que se impusieron a dicha entidad, veintitrés multas de 15.000 pesetas cada una y contra el Decreto de la misma Alcaldía que declaró inadmisibile su reposición, debemos declarar y declaramos tales actos administrativos no del todo conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos parcialmente, para imponer al recurrente una sola multa en la cuantía de 15.000 pesetas, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

69

69. APLICACION DE CONVENIO COLECTIVO. Facultad sancionadora de la Administración laboral. *Sentencia de 23 de julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que siendo el objeto del presente recurso, la resolución de la Delegación de Trabajo de Palma de 24 de Enero de 1981, por la que se impone a la empresa recurrente una multa de 25.000 ptas. en aplicación del artículo 57, 3 de la Ley 8/1980 de 10 de Marzo (Estatuto de los Trabajadores), por dos hechos que infringen determinadas cláusulas del Convenio Colectivo de 9 de Mayo de 1980, suscrito entre los Trabajadores y la entidad recurrente y como quiera que ésta acepta los hechos en su escrito de demanda, el ámbito del recurso queda circunscrito a determinar si con arreglo a la legislación vigente, tales hechos integran la infracción administrativa que ha sido sancionada.

CONSIDERANDO: Que como ya se dijo en otra reciente sentencia de esta Sala (nº 63 de 8 de julio), sobre este problema así delimitado, es preciso recordar que el artículo 3.1 del Código Civil, determinante a tenor de lo establecido en el artículo 149, 1, 8º de la Constitución Española, de la forma y modo de aplicación de las normas jurídicas, establece que éstas deberán interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas; atención fundamental que también ha sido puesta de manifiesto por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, de conformidad con la originalidad del sistema español

respecto al de otros derechos continentales, es consagrada como fuente de derecho complementaria en el artículo 1º. 6 del mismo Código Civil, en reiterada y constante doctrina de hermenéutica legislativa, ha desarrollado ampliamente el criterio de la interpretación finalista como primordial, haciendo suyo el antiguo principio romano de “*ea autam quae sunt propter finem*”, sin dejar por ello de aplicar el principio de la comunidad en cada momento histórico (Sentencia de 21 de Noviembre de 1934), la evitación del absurdo (Sentencia de 30 de Noviembre de 1943) y el elemento lógico de la norma, según su finalidad jurídica, para imponer interpretación restrictiva (favorabilidad ampliada, odiosa restringida) para el derecho sancionador o el limitativo de los derechos y para evitar distinguir donde la Ley no distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

CONSIDERANDO: Que a la luz de estas reglas interpretativas, resulta indubitado que las infracciones de las cláusulas de los convenios colectivos no son infracciones laborales a tenor del contenido literal del artículo 57, uno, del Estatuto de los Trabajadores que define las de los empresarios como “acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de Trabajo” y ello por las siguientes razones: a) porque una interpretación finalista de la Ley en su totalidad, principalmente de su artículo primero (ámbito de aplicación), de su artículo segundo (relaciones laborales de carácter especial) y de los artículos cuarto y quinto (derechos y deberes laborales), nos muestra que el Estatuto, contrariamente al espíritu y finalidad de la legislación anterior derogada minuciosa y expresamente en la Disposición Final Tercera, configura las relaciones laborales como de derecho dispositivo (*ius dispositivum*) o dependienten de la autonomía de la voluntad, una vez desaparecidos en la Constitución y en el propio Estatuto, los obstáculos al equilibrio contractual mediante la consagración del derecho de huelga y de la libertad sindical que, al no existir en la legislación derogada, obligaban a una mayor intervención tuitiva de la Administración y colocaban los convenios en el mismo nivel que todas las disposiciones legales laborales, como normas de derecho necesario (*ius cogens*); b) porque el “sentido propio de las palabras”, “disposiciones legales”, del artículo 57, uno, es contrario a incluir en su ámbito los convenios, definidos en el artículo 82, uno, como “acuerdo libremente adoptado en virtud de su autonomía”; y finalmente c) porque la interpretación sistemática del precepto definidor de la infracción, en relación con el contexto del Estatuto, nos lleva a la misma conclusión, puesto que las facultades de la Administración respecto a los convenios, se limitan a “los solos efectos del registro” (artículo 90, dos) e incluso cuando estimen que se oponen a la legalidad vigente, no puede ejercer poder sancionador, sino que deben dirigirse a la jurisdicción competente (artículo 90, cinco).

CONSIDERANDO: Que contra tan contundentes argumentos no puede prevalecer el único empleado por la Administración demandada, basado en el hecho —que ha probado en autos— de que el convenio infringido se empezó a negociar antes de la entrada en vigor del Estatuto y por consiguiente debe regirse “por las normas vigentes en el momento de constituirse la comisión negociadora”, a tenor del contenido de su Disposición Transitoria quinta, pues dicha disposición transitoria ha de entenderse en sus propios términos, es decir, que en estos casos de negociación anterior, las normas legales del Título III del Estatuto (De la Negociación y de los Convenios Colectivos), han de ser sustituidas por las normas de la legislación vigente en aquel momento, pero nunca extender esa legislación derogada a sustituir la aplicabilidad del Título IV del Título I (Infracciones y Sanciones), pues ello supondría interpretación extensiva de preceptos sancionadores y distinguir donde la Ley no distingue.

CONSIDERANDO: Que por todas estas razones, procede la estimación del recurso, por ser los actos impugnados contrarios al Ordenamiento Jurídico, sin que existan méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa “X., S.A.” contra la Resolución de la Delegación de Trabajo de Baleares de fecha 24 de Enero de 1981, que le impuso sanción por infracción en materia laboral y contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 de julio de 1981, que desestimó recurso de alzada de la anterior, debemos declarar y declaramos tales actos contrarios al

Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

C. INDICE ANALITICO

Actos

- Motivación, 43
- Nulidad, 64, 67, 68

Concejales

- Renuncia al cargo, 45

Contrato

- Cancelación de fianzas, 40
- Daños y perjuicios, 41
- De concesión de servicios, 37, 49
- De obras, 39, 40, 41
- Intereses, 39, 40
- Recepción provisional, 41

Convenio colectivo, 52, 69

Costas

- Imposición, 61

Cuestión nueva y argumento nuevo, 45

Daños y perjuicios, 57, 64

Derogación singular, 38

Desviación de poder, 44, 64

Dominio público

- Uso privativo anormal, 71

Expropiación forzosa

- De un pozo, 37

ERROR DE HECHO, 44

FUNCIONARIOS

- Antigüedad, 42
- Coefficientes retributivos, 70
- Complemento de destino, 51
- Nombramiento con falta de formas, 42

IMPUESTO

- Incremento del valor de los terrenos
- Base imponible, 47
- Hecho imponible, 60

Radicación

- Base imponible, 53
- Hecho imponible, 53

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO

- Acto del Consejo General del Colegio de Farmaceuticos, 58
- Adecuación objeto escrito interposición y suplico demanda, 51, 55
- Defecto en proponer demanda, 39, 40, 41
- Recurso contencioso al acto expreso resolutorio del recurso administrativo, 62
- Resolución Ministerio del Interior, 65

INTERPRETACION NORMAS

- Finalista, 63

LICENCIA DE APERTURA, 56**LICENCIA DE OBRAS**

- Denegación de prórroga al amparo del art. 27 de la L.S., 64
- General, 55
- Prórrogas ajustadas a derecho, 68
- Suspensión y anulación indirectas, 64
- Suspensión por modificación del Plan General, 44
- Suspensión automática y facultativa, 44
- Vicios, 56

MIEMBRO AYUNTAMIENTO EN LOS ORGANOS DE DIRECCION Y GESTION ECONOMICA DE LOS CENTROS PUBLICOS DOCENTES DEL MUNICIPIO, 63

NOTIFICACION DEFECTUOSA, 66

OFICINA DE FARMACIA
Traslado, 58

OBRAS SIN LICENCIA
Suspensión, 59
Orden de demolición, 61

SANCIONES

- Contenido esencial de los derechos, 54
- Garantías procesales, 46, 48, 54
- Libertades solo reguladas por Ley, 54
- Nulidad improcedente, 67
- Solve et repete, 67
- Pliego de cargos, 57
- Potestad de sancionar atribuida por Ley formal, 46, 48, 54
- Principios a los que han de acomodarse, 46, 48, 54, 57, 67
- Sanción continuada, 67
- Tipicidad, 54

URBANISMO

- Adaptación de Planes, 43
- Area agrícola ganadera, 56
- Cesiones art. 84., 43
- Disposiciones Transitorias de la Ley del Suelo, 43
- Fuera de ordenación
- Plan especial nulidad, 68
- Plan Parcial, 50
- Proyecto de Urbanización, 66
- Suelo no urbanizable, 56

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

85. **Separación matrimonial.** Carácter retroactivo de la Ley 30/1981. Conducta injuriosa de la esposa afectada de "celomanía" constituye causa legal de separación. Infidelidad conyugal: la constituye el haber tenido el marido relaciones esporádicas después de separado de hecho al no constar que ello fuera consentido por ambos cónyuges. Superación del concepto separación-sanción sustituido por el de separación-remedio. Modificación de oficio del fallo de primera instancia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982**.
86. **Legitimación pasiva.** Sociedad en formación: falta de personalidad jurídica. Contratos suscritos en esta fase por los fundadores: requisitos para que obliguen a la sociedad. Ratificación o aceptación tácita: inexistencia. Inscripción en el Registro Mercantil: carácter constitutivo. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982**.
87. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del contrato por obras in consentidas: no supone in consentimiento la demora en la ejecución y supuestos en que la misma implica rebasamiento del consentimiento. Doctrina del T.S.. Obras de carácter no permanente: ostentan a la causa de resolución. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982**.
88. **Daños y perjuicios.** Enseres propiedad del demandante instalados en finca de la que fue desahuciado y pérdida de los mismos estando en posesión de la demandada. Aplicación al caso del régimen jurídico del depósito necesario. Estimación de la demanda. Bases para la ejecución de la Sentencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982*.

(1) La selección jurisprudencial ha sido realizada por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares J. Ferrer Marcel. En la presentación han colaborado los Profesores C. Gutiérrez González e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho procesal.

89. **Interpretación de contrato.** Literal. La alegada voluntad de las partes posterior al perfeccionamiento no puede alterar el sentido de tal interpretación. *Sentencia de 4 de Mayo de 1982.*
90. **Ejecución de sentencia de remate.** Incidente de previo y especial pronunciamiento. Quiebra. Crédito constante en Sentencia de remate anterior a la declaración: es privilegiado por derecho común. Alcance del artº 1319 de la L.E.C. Participación en la Junta de reconocimiento de créditos y aprobación del convenio: no hace perder el privilegio si el acreedor se abstuvo en la votación. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982*.*
91. **Reclamación de cantidad.** *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*
92. **Daños y perjuicios.** Responsabilidad civil del dueño de la obra: le alcanza si en el contrato se reservó su vigilancia e inspección. Pensión superior al salario mínimo interprofesional: improcedencia de esta alegación defensiva por cuanto el débito se cuantifica en relación con la fecha en que se hace efectivo por tratarse de una deuda de valor. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982*.*
93. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso incon-sentidos: es innecesario que el actor concrete el título de disfrute. Carga de la prueba: análisis de la misma. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982*.*
94. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos: incumplimiento por el acreedor ejecutante del contrato subyacente o "exceptio non adimpleti contractus". Desestimación de la excepción. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*
95. **Divorcio.** Mútuo acuerdo ex artº 86-3º a) del C.C.. Prueba: suficiencia de la testifical. Censurada actitud del Juez "a quo" por rechazar la demanda por improbada: conducta que debió seguir. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982*.*
96. **Resolución de contrato.** Supuesto incumplimiento por la demandada de su obligación de tener en su compañía a la actora: no constituye causa de resolución. Pensión: se estima pagada con los desembolsos efectuados por la primera, atendida la edad de la segunda. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982.*
97. **Separación Matrimonial.** Conducta vejatoria. Alcance de la obli-

- gación de probar a cargo del demandante y carga probatoria que compete al demandado. Análisis del material litis decisorio. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982**.
98. **Divorcio.** Mútuo acuerdo: cese efectivo de la convivencia conyugal. Prueba: documento preconstituido. Desestimación de la pretensión. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
 99. **Ejecutivo cambiario.** Nulidad del juicio por deficiente notificación del protesto. Ratificación de la doctrina de la Sala. Domicilio físicamente inexistente: validéz, en este caso, de la notificación a un vecino de la población. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982**.
 100. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas: lo son las que tienen por objeto el cambio de lugar de una puerta de comunicación interior. Conocimiento y consentimiento: diferencias. Consentimiento presunto: requisitos del acto que permite inferirlo. Análisis de la prueba. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982**.
 101. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de pago: ofrecimiento del mismo no aceptado por el acreedor y no seguido de consignación. Talón conformado: su ineficacia a tales efectos. Requisitos del pago para que surta efectos extintivos: integridad. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982**.
 102. **Separación matrimonial.** Análisis y valoración de la prueba. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*
 103. **Arrendamientos rústicos.** Abandono de los cultivos por el arrendatario. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 18 de Mayo de 1982.*
 104. **Separación matrimonial.** *Sentencia de 19 de Mayo de 1982.*
 105. **Separación matrimonial.** *Sentencia de 24 de Mayo de 1982.*
 106. **Daños y perjuicios.** Excepción de falta de legitimación pasiva: desestimación por alcanzar la responsabilidad al dueño del vehículo que lo había alquilado. Sentencia penal: es vinculante para el Tribunal civil. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982**.
 107. **Ejecutivo cambiario.** Tacha de falsedad a la aceptación: es necesario que la fórmula usada implique negación categórica de la auten-

ticidad de la firma. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982**.

108. **Retracto arrendaticio rústico.** Caducidad de la acción: el momento inicial del término viene dado por el conocimiento de la venta. Requisitos de este conocimiento, determinación del tiempo en que tuvo lugar y valor de las presunciones a tales efectos. Inscripción y conocimiento. Análisis de la prueba. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982**.
109. **Terceria de dominio.** Título constituido por documento privado: pleno valor del mismo frente a terceros cuando resulte acreditada la autenticidad de su fecha por referencia a otros actos con él relacionados. Tradición: la constituye el anterior arrendamiento de la cosa. Pacto de reserva de dominio: no obsta al derecho del tercerista. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982**.
110. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Carga de la prueba de la misma. *Sentencia de 27 de Mayo de 1982**.
111. **Ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos por incumplimiento del contrato causal: inoponibilidad de esta excepción a terceros tomadores ejecutantes. Excepciones al principio: actuación de mala fe o intervención del ejecutante en el subyacente. Facultad del tenedor de dirigir su acción contra los intervinientes en la letra. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982**.
112. **Daños y perjuicios.** Culpa extracontractual. Prescripción: se interrumpe con la presentación de la papeleta de conciliación y no con la celebración del acto y por la de la demanda de pobreza aunque no vaya acompañada de los documentos específicos. Coexistencia de culpas: criterios jurisprudenciales. Estimación de la demanda. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982**.
113. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso. Local arrendado al Movimiento Nacional y cedido a la Administración General del Estado al amparo del Decreto 23/1977, de 1 de abril. Estimación de la demanda. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982**.
114. **Divorcio.** Mútuo acuerdo. Prueba del tiempo de la falta de convivencia: es suficiente la testifical. *Sentencia de 1 de Junio de 1982*.
115. **Alimentos.** Medidas provisionales de separación. Determinación

de la cuantía de los mismos: datos tenidos en cuenta. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*

116. **Venta de bienes muebles a plazos.** Naturaleza jurídica y perfeccionamiento de estos contratos. Documentos privados: fechas y justificación de la misma frente a terceros. Inscripción en el Registro Especial posterior: efectos y consecuencias. Quiebra ulterior del comprador retrotraída a tiempo anterior al contrato: desestimación de la reconvencción interesando la nulidad del contrato por este hecho. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Interpretación del n° 2 del párrafo 2° del art° 11 de la Ley reguladora de estos contratos. *Sentencia de 2 de Junio de 1982*.*
117. **Daños y perjuicios.** Culpa extracontractual: daños a vehículo. Nexo culpa-daño. Causas y concausas. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*
118. **Reclamación de cantidad.** Insuficiencia de prueba suplida mediante diligencias para mejor proveer. Estimación de la demanda. *Sentencia de 3 de Junio de 1982*.*
119. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por “cierre”. Su concepto jurisprudencial. Carga de la prueba: incumbe al actor la de la abstención en el uso pactado y al demandado, a partir de aquí, la de que realiza actividad comercial. *Sentencia de 3 de Junio de 1982*.*
120. **Reclamación de cantidad.** Relaciones laborales: despido. *Sentencia de 4 de Junio de 1982.*
121. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por “cierre”. Análisis de la prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
122. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso. Prescripción de la acción: el plazo se inicia cuando puede ejercitarse lo que sucedió al adquirir el actor el inmueble. Consentimiento tácito: inexistencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
123. **Separación matrimonial.** Falta de prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 8 de Junio de 1982.*
124. **Separación matrimonial.** Efectos retroactivos de la Ley 30/1981.

- Infidelidad conyugal: se infiere el contagio venéreo. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
125. **Juicio ejecutivo.** En base a póliza de afianzamiento. Notificación al fiador pactada en la póliza como necesaria. Indiferencia, si es fehaciente, del medio utilizado. Carácter rigurosamente formal de estos procedimientos: falta de invocación del cauce por el que se articula la oposición: insinuación de que ello es suficiente para su desestimación. *Sentencia de 12 de Junio de 1982*.*
126. **Daños y perjuicios.** Culpa contractual: requisitos para que proceda la acción indemnizatoria por encarecimiento de la obra. Huelgas y mal tiempo: implican caso fortuito o fuerza mayor. Cantidad retenida en concepto de garantía: aval bancario sustitutorio: procede la devolución de aquella. *Sentencia de 12 de Junio de 1982*.*
127. **Ejecutivo cambiario.** Legitimación activa del titular del nombre comercial que figura como antefirma en el libramiento. Provisión de fondos: asunción de deuda: existe provisión. *Sentencia de 14 de Junio de 1982*.*
128. **Separación matrimonial.** Régimen de visitas y pensión alimenticia. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
129. **Separación matrimonial.** Prueba: validez de las declaraciones de vecinos. Infidelidad conyugal y separación anterior que hace ininvocable tal causa: fundamento actual del deber de fidelidad. Conducta vejatoria: la constituyen las salidas nocturnas y públicas. Custodia de los hijos: criterios por los que debe regirse. *Sentencia de 15 de Junio de 1982*.*
130. **Daños y perjuicios.** Daños como consecuencia de un servicio público. Fundamento de la responsabilidad. Carga de la prueba: doctrina del T.S.. *Sentencia de 18 de Junio de 1982*.*
131. **Venta de bienes muebles a plazos.** Confirmación de la doctrina de la S. 116/1982, de 2 de Junio. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
132. **Negocio fiduciario.** Venta en garantía: concepto jurisprudencial y efectos. Acción reivindicatoria: improcedencia de la misma en base a estas estipulaciones. Dación en pago: inexistencia. Entrega instrumental: no implica tradición lo que obsta a la reivindicación.

*Sentencia de 21 de Junio de 1982**.

133. **Arrendamiento de obra.** Trabajos realizados en finca rústica. Defensa al amparo de las distintas denominaciones de la misma: su identificación. Estimación de la demanda. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
134. **Separación matrimonial.** Concepto y fundamento de la “pensión” a que se refiere el artº 97 del C. Civil. *Sentencia de 22 de Junio de 1982*.*
135. **Alimentos provisionales.** *Sentencia de 28 de Junio de 1982.*
136. **Costas procesales.** Estudio histórico-jurídico de la materia. Criterios para su imposición. Rebeldía del demandado que confiesa la deuda que se le reclama en posiciones: existencia de mala fê. *Sentencia de 28 de Junio de 1982*.*
137. **Medianería.** Pared llamada de “esquene d’ase”: es medianera. *Sentencia de 28 de Junio de 1982.*
138. **Acción reivindicatoria.** Supuesto de confusión de linderos entre las fincas litigiosas: hace inviable la demanda. Acción de deslinde: supuestos en que es ejercitable y requisitos. *Sentencia de 30 de Junio de 1982*.*
139. **Contratos.** Cumplimiento. Obligaciones accesorias: su importancia en la realidad actual. Petición de instalación de un ascensor y actos propios de los demandantes que la contradicen. Rebeldía: su alcance y consecuencias. Legitimación pasiva: No la tiene el titular aparente que lo es a efectos de evitar una doble tributación. *Sentencia de 30 de Junio de 1982*.*
140. **Reclamación de cantidad.** Confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos. Temeridad. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*
141. **Ejecutivo cambiario.** Falta de legitimación activa del accionante: es oponible como motivo de nulidad al amparo del nº 2 del artº 1467 de la L.E.C.. Reconocimiento extrajudicial de la personalidad: es determinante para el rechace del motivo. *Sentencia de 30 de Junio de 1982*.*

142. **Divorcio. Alimentos.** Separación de hecho anterior a la Ley 30/1981. Modificación de las circunstancias y alteración de la pensión alimenticia pactada. Cuidado de los hijos: no es vinculante lo pactado para el futuro. Necesidad de oír a estos y de estar a la Resolución que en su día recaiga. *Sentencia de 2 de Julio de 1982**.
143. **Fianza.** Carácter normalmente subsidiario de la misma. Beneficio de excusión: supuestos en que no es oponible. Desestimación de la demanda por ser aplicable el beneficio. Acción dirigida contra el fiador sin vocar al pleito al fiado. Inexistencia de falta de litis consorcio pasivo necesario. Litis consorcio necesario y litis consorcio voluntario. *Sentencia de 2 de Julio de 1982**.
144. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Falta de pago del precio por el comprador. *Sentencia de 3 de Julio de 1982.*
145. **Servidumbre de vistas.** Acción negatoria. Servidumbre por destinación y nueva construcción que la agrava. Parificación con el porche desde el que se proyectaba con los nuevos huecos abiertos. Estimación de la demanda en cuanto a otras nuevas aperturas. Título y signo aparente: equiparación. *Sentencia de 5 de Julio de 1982**.
146. **Reclamación de cantidad.** Cuotas debidas a una comunidad de propietarios. Pretensión reconventional reclamando materiales de construcción suministrados a un tercero y usados en la finca: desestimación de la misma al amparo de la eficacia relativa de los contratos. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
147. **Quiebra.** Retroacción e incidente sobre fijación de la fecha de la misma. Cosa Juzgada: no la constituye la sentencia desestimatoria de un incidente sobre la misma cuestión al no ser definitiva. Aportación de documentos: preclusión del momento de la misma. Distinto régimen según se actúe un interés propio o una pretensión "erga omnes" (la sindicatura, se dice, ni actúa un interés propio ni ostenta la exclusiva representación de los acreedores —vid., no obstante, artº 1366 de la L.E.C.—, ni el demandado es propiamente sujeto pasivo): inaplicabilidad, por estas razones, del artº 504 y concordantes de la L.E.C.. Concepto de sobreseimiento. *Sentencia de 6 de Julio de 1982**.
148. **Propiedad horizontal.** Junta de propietarios. Deliberaciones en

idioma extranjero. Firmeza de los acuerdos, redactados en castellano, no impugnados a tiempo. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*

149. **Daños y perjuicios.** Accidente de tráfico: autocar que ocupaba parte de la banda destinada a vehículos que lo hacían en sentido contrario. Valor probatorio del atestado de la Guardia Civil. Responsabilidad del conductor del autocar y consecuentemente de la empresa por cuya cuenta trabaja. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
150. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del Código. Presupuestos para su establecimiento: se ha de atender a las necesidades de ambos cónyuges. La custodia y cuidado de los hijos como causa de desequilibrios patrimoniales entre ellos. *Sentencia de 7 de Julio de 1982*.*
151. **Daños y perjuicios.** Vicios de construcción. Desestimación de la demanda. Ficta confessio. *Sentencia de 8 de Julio de 1982*.*
152. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Compraventa de inmueble: obligación asumida por el comprador de promover la inscripción previa a favor del vendedor: su legitimación a tenor del artº 6 de la Ley Hipotecaria no precisada de la cooperación del mismo. Actos de cooperación y artº 1258 del C. Civil. Incumplimiento de esta condición contractual y resolución. *Sentencia de 8 de Julio de 1982.*
153. **Arrendamiento turístico.** Notas de esta modalidad negocial. Sometimiento del mismo al derecho común. Tácita reconducción: inexistencia. *Sentencia de 12 de Julio de 1982.*
154. **Divorcio.** Obligación del padre de atender a las necesidades económicas del hijo que convive con el otro cónyuge. Pensión a favor del mismo ex artº 97 del C. Civil. Valoración de las posiciones económicas de ambos interesados. Asignación de una cantidad mensual que englosa la atención de ambos conceptos. Reducción de la misma a partir de la mayoría de edad del hijo y derecho del mismo a reclamar alimentos del padre. Conceptuación de la cantidad reducida. Vivienda familiar: asignación de su uso y disfrute. *Sentencia de 16 de Julio de 1982*.*
155. **Ejecutivo cambiario.** Nombre comercial como identificador del librado: acción dirigida contra la persona física que con él se iden-

tífica: desestimación de este motivo de nulidad. Sociedad anónima en formación: responsabilidad de los gestores y de la excepción de falta de provisión de fondos opuesta por los mismos. *Sentencia de 16 de Julio de 1982**.

156. **Daños y perjuicios.** Culpa extracontractual: prescripción de la acción: el cómputo de un año se inicia a partir del día que adquirió firmeza la sentencia penal absolutoria. Posible ejercicio de una acción de resarcimiento por culpa contractual: su imposible acogimiento al tener que sujetarse los Tribunales a la acción deducida. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 16 de Julio de 1982**.
157. **Ejecutivo cambiario.** Oposición basada en la no presentación de la letra a la aceptación por uno de los librados: desestimación. Falta de provisión de fondos opuesta al tercero ejecutante: reiteración de la doctrina contenida en la S. 111/1982. *Sentencia de 16 de Julio de 1982**.
158. **Ejecutivo de Tráfico.** Excepción de pluspetición: es oponible en estos procesos: razones doctrinales. Supuestos en que la excepción es deducible: daños corporales y pensión provisional: excesiva cuantificación en el Auto de la cantidad legalmente reclamable por estos conceptos. Estimación de la excepción. *Sentencia de 19 de Julio de 1982**.
159. **Obligaciones condicionales.** Demandado que impide el cumplimiento de la prestación a cargo del actor. Declaración de cumplimiento de la misma. *Sentencia de 20 de Julio de 1982*.
160. **Juicio ejecutivo.** Póliza de aval. Petición de nulidad del juicio por no haberse presentado certificación que acredite el saldo en cuenta del deudor principal. Desestimación de la oposición. *Sentencia de 22 de Julio de 1982*.
161. **Ejecución de sentencia.** Obligación de hacer obras: convenio por el que se somete la aprobación de las mismas al Arquitecto director: falta de la misma y persistencia de los defectos que se pretendieron subsanar. Son razones que obstan a tener por cumplida la Sentencia. *Sentencia de 23 de Julio de 1982*.
162. **Compraventa.** Materiales de construcción. Deficiente calidad de los mismos. Caducidad de la acción. *Sentencia de 23 de Julio de 1982*.

163. **Incompetencia de jurisdicción.** Reclamación del precio de hospedaje consecuencia de una relación laboral. *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
164. **Reclamación de cantidad.** *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
165. **Propiedad horizontal.** Demanda dirigida contra la Comunidad de propietarios y excepción de falta de legitimación pasiva. Desestimación de la misma: facultades representativas ex lege del Presidente. *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
166. **Reclamación de cantidad.** Desestimación de la demanda al no existir contrato y sí sólo tratos preliminares. *Sentencia de 28 de Julio de 1982.*
167. **Contrato calificación.** Contrato liquidatorio de sociedad de gananciales calificado como de compraventa. Reclamación del precio: desestimación de la demanda por conceptuarse nulo el convenio así calificado al amparo del artº 1458 antiguo del C. Civil. Irretroactividad de las Leyes. *Sentencia de 31 de Julio de 1982*.*

B TEXTOS JURISPRUDENCIALES

85

85.SEPARACION MATRIMONIAL.Carácter retroactivo de la Ley 30/1981. Conducta injuriosa de la esposa afectada de “celomanía”: constituye causa legal de separación. Infidelidad conyugal: la constituye el haber tenido el marido relaciones esporádicas después de separado de hecho al no constar que ello fuera consentido por ambos cónyuges. Superación del concepto separación-sanción sustituido por el de separación-remedio. Modificación de oficio del fallo de primera instancia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que, estima la demanda inicial y la reconvención, declara la separación personal del actor y demandada en el matrimonio existente entre ambos, por causa de injurias graves de la que ambos son culpables, es impugnada por ambos litigantes en cuanto se acoge la pretensión de la contraparte.

CONSIDERANDO: Que con el fin de poner en armonía nuestro régimen jurídico referente al matrimonio y llevar a cabo lo anunciado en el artículo 32.1 de la Constitución Española vigente, se promulgó la Ley 30/1981, de 7 de Julio, que dá nueva redacción al Título IV del Libro I del Código Civil —artículos 42 al 107—. estableciendo el vigente artículo 82 del citado Código las causas legales de separación matrimonial, normativa esta que tiene efecto retroactivo al declarar la disposición transitoria segunda de dicha Ley que “Los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que le reconocen los artículos VI, VII, VIII del Título IV del Código Civil”, por lo que es de aplicación el nuevo régimen jurídico al caso que ahora se revisa en este segundo grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se ha acreditado que la demandada padece ciertas perturbaciones mentales, consistentes en una “celomanía” muy aguda que ha requerido tratamiento psiquiátrico, reconociendo el propio actor en su escrito de demanda —hecho tercero— que salvo este punto —la “celomanía”— su esposa se desenvuelve normalmente, e igualmente se ha probado que la demandada ha insultado y maltratado de obra en diversas ocasiones a su marido, siendo de destacar en ese sentido, por su importancia y cualificación, la declaración del testigo D.S.D. —nacido el 18 de Julio de 1961—, hijo de ambos litigantes de “que su madre es agresiva”, la cual tiene una cierta manía a su padre, al cual siempre le cree que tiene relaciones con distintas mujeres, por lo cual causa a su padre malos tratos de palabra y obra, desde hace unos cuatro años

aproximadamente. Que algunas señoras de las que su madre ha acusado de tener relaciones con su padre son conocidas del declarante, constándole que dichas relaciones son absolutamente falsas” y que “desde hace unos cuatro años ha presenciado algunas agresiones esporádicas de su madre con su padre” (folio 228), lo que implica una conducta injuriosa o vejatoria y una grave y reiterada violación del deber conyugal de la esposa de respetar a su marido, que con carácter recíproco impone a los cónyuges el artículo 67 del Código Civil y en su consecuencia se aprecia incurso la conducta de la demandada en la causa legal de separación 1ª del artículo 82 del repetido Cuerpo legal, y por ende procede desestimar el recurso de apelación de la demandada en cuanto impugna el fallo recaído por apreciar en su conducta la referida causa de separación matrimonial.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el actor confesó que “únicamente tuvo alguna relación esporádica con doña V.C. cuando ya estaba separado de su mujer (posición 4ª), y al no constar que la aducida separación hubiese sido libremente consentida por ambos cónyuges o impuesta por la esposa, adquiere la confesada infidelidad conyugal, plena eficacia como causa legal de separación matrimonial, a tenor de lo dispuesto en el apartado segundo del n° 1 del artículo 82 del Código Civil. Igualmente consta acreditado por la prueba testifical, y en ella cabe destacar por su especial importancia, la de C.S.D., nacida el 20 de Febrero de 1959, de profesión maestra, e hija de los contendientes, que afirmó “que su padre ofende a su madre, insultándola y humillándola en presencia de sus hijos”, concretando que “las situaciones violentas se producen unas veces por culpa de su padre y otras por culpa de su madre, mediando palabras muy duras las que tanto eran dichas por uno como por otro”, y por todo ello se aprecia incurso la conducta del marido en las causas legales de separación matrimonial de infidelidad conyugal y de conducta injuriosa o vejatoria para con su esposa —causa 1ª del artículo 82 del repetido Cuerpo legal—, por lo que procede desestimar la apelación del actor y estimar la de la esposa —demandada-reconviniente— únicamente en cuanto apreciar en su marido como causa de separación matrimonial, no solo la que concurre en ella misma, sino también la de infidelidad conyugal.

CONSIDERANDO: Que al haber superado la legislación patria la concepción que imperaba en esta materia matrimonial, separación-sanción, ya que las causas legales de separación matrimonial eran criminológicas y al regir en la actualidad una normativa más racional y adecuada a la realidad social, ya que impera la idea de separación-remedio, resultan totalmente superfluas y perturbadoras, las determinaciones de culpabilidad referentes a los cónyuges, que se consignaban en los fallos de las sentencias que declaraban o decretaban las separaciones matrimoniales, supuesto que se da en la sentencia que ahora se revisa en esta segunda instancia y que por las razones que se acaban de exponer, se estima procedente suprimir, de oficio, en el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé en ninguna de las dos partes recurrentes, a efectos de imposición de las costas de esta apelación.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por don S.M., y estimando en parte el interpuesto por doña G.D.R., debemos modificar y modificamos la sentencia de fecha nueve de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Jefe de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo, expresando en el fallo de dicha resolución, como causa de la separación matrimonial que se declara, además de las que en él se indican, la infidelidad conyugal por parte del actor-reconvenido, desestimando en todo lo demás el recurso de la demandada-reconviniente; confirmando el resto de la parte dispositiva de la sentencia apelada, si bien se sustituye en ella las palabras “por causa de injurias graves de la que ambos son culpables”, por la frase “por causa de injurias graves de ambos cónyuges”. Todo ello sin expresa condena de las costas de esta alzada”.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

86.LEGITIMACION PASIVA. Sociedad en formación: falta de personalidad jurídica. Contratos suscritos en esta fase por los fundadores: requisitos para que obliguen a la sociedad. Ratificación o aceptación tácita: inexistencia. Inscripción en el Registro Mercantil: carácter constitutivo. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para situar en una perspectiva correcta el “*thema decidendum*” conviene partir del dato de que en los autos constan firmemente acreditados los hechos siguientes: *Primero.*- Que el “contrato de suscripción del plan universal de viajes aéreos” en que se funda la demanda (Folio 3) es de fecha 7 de Mayo de 1974, siendo partes del mismo la entidad hoy actora y la hoy demandada-apelante, o por mejor decir, figurando como partes en el mismo la actora y la hoy demandada-apelante, en cuyo nombre suscribe el convenio N. G..- *Segundo.*- Que la sociedad hoy demandada y recurrente se constituyó por escritura pública de 5 de abril de 1974, otorgada en Barcelona ante el Notario don Roberto Follia Camps, siendo inscrita en el Registro Mercantil en fecha 17 de Febrero de 1975, según consta de la certificación obrante el folio 280 vto° de los autos.- *Tercero.*- Que dicho señor G. en la sociedad anónima ostentaba los cargos de Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado, pero tal delegación había de ser —conforme resulta de la referida certificación— ejercido en forma mancomunada.

CONSIDERANDO: Que tales datos fácticos imponen —sin alterar obviamente ni la causa de pedir ni el respeto al principio de congruencia de las resoluciones judiciales consagrado en el art. 359 y concordantes de la L. Civ.— la reconducción (por utilizar un neologismo en boga) de la materia resolutoria a un dato básico; que *en el momento de suscripción del contrato en que se funda la demanda la sociedad anónima hoy demandada carecía de personalidad jurídica*, pues ésta sólo se adquiere, según lo dispuesto tajantemente en el art. 6° de la Ley de S.A. “desde este momento”: es decir, del terminal del proceso fundacional representado por la inscripción en el Registro Mercantil, siendo los contratos suscritos por los gestores a nombre de la sociedad dentro de tal período y que no sean de los necesarios para la constitución de la sociedad sujetos al régimen especial derivado del siguiente art. 7°: inscripción registral y aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses; de ahí que más que en una insuficiente, dicese, insuficiente representación del ente social en el momento del contrato representada por su suscripción por sólo uno de los representantes u órganos sociales delegados en lugar de los dos mancomunadamente previstos deba hacerse gravitar la fundamentación sobre la inexistencia de uno de los sujetos o partes contractuales en el momento de suscripción del contrato sobre cuya naturaleza se insistirá; conclusión de la que se deducen unas consecuencias importantes a efectos resolutorios, cuales son: a) Que la sociedad no existe (art. 6° cit.) hasta la inscripción registral.- b) Que los terceros no pueden invocar desconocimiento de esta inexistencia como sujeto de derecho y, como tal, posible parte contractual, ya que se presupone que el contenido del Registro Mercantil (Art. 2° del Reglamento) es “conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia”; de modo que frente a esta norma específica no puede juzgar el principio de confianza derivado de la buena fe (Arts. 1258 de C.C. y 57 de C. Com.) e impuesto “por la coherencia de comportamiento en las relaciones negociales” (SS. de 16 de noviembre de 1979 y 3 de enero de 1980), sino la aceptación (ratificación) por la sociedad ya regularmente constituida dentro del expresado período temporal; ratificación que naturalmente puede ser tácita o deducida de presunciones firmes (S. de 22 de diciembre de 1977) o, como subraya una reiterada doctrina legal (SS. de 3 de febrero de 1965, 4 de abril de 1967, 7 de junio de 1968, 31 de mayo de 1969, 5 de junio de 1972 y 14 de

junio de 1974, entre varias), “que se infiera de actos concluyentes o de inequívoca significación específicamente referidos al acto concreto de que se trate”.

CONSIDERANDO: Que, en aplicación de la anterior doctrina legal al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional, ninguna duda ha de haber en orden a que (contra lo estimado por el juzgador “a quo” en su por lo demás bien construida fundamentación) no cabe en forma alguna estimar ratificado el contrato normativo o “pactum de modo contrahendo” en que se basa la pretensión instauradora de la litis, en tanto que: 1º.- Los supuestos actos de ratificación derivados por el uso de las tarjetas (hecho cuarto de la demanda) por consejeros o empleados de la sociedad tienen una data muy posterior a la preindicada de regular constitución de la sociedad anónima demandada en estos autos, por lo que no pueden ratificar por este simple dato un contrato inicialmente inexistente, en en tanto la norma general del art. 1259 del CCiv. ha de ceder ante la especial contenida en el citado art. 1.2, dicese, 7 de la L.S.A. en virtud de lo dispuesto en el art. 50 del CCom.- 2º.- A mayor abundamiento, tal uso resulta absolutamente impredicativo a los fines pretendidos por la actora, ya que no sólo ninguno de los usuarios de tales tarjetas era el coconsejero-delegado de la sociedad, señor Boronat, único que podría vincular ratificativamente a la misma, sino que tampoco consta que el uso fuese en beneficio de la entidad mercantil demandada, en tanto que la testifical propuesta al efecto por la demandante arroja un resultado negativo al efecto pretendido, al declarar el testigo don J. L. S. G. (Folio 249) “que no es cierto que el billete que se le exhibe fuera por cuenta de Urbanizadora Calviá, sino que fué a cuenta del G. (Preg. 8ª) y el testigo consejero de la sociedad al fundarse ésta, don J. C. D., manifiesta al responder a repreguntas a la quinta pregunta (Folio 258 vtº) que “cree que era más en interés de las Compañías a las cuales representaba el Sr. G., o sea Urbanizadora X., Urbanizadora Z. y M.”: elementos probatorios, pues, inanes al efecto ratificador buscado y que, consecuentemente, elimian no sólo tal tesis, sino la invocada subsidiariamente: el enriquecimiento sin causa de la demandada, lo que, unido al dato esencial de que el usuario de la mayor parte de las tarjetas y subsecuentes pasajes fuese, precisamente, el citado señor G. según se desprende de la documental aportada por la propia actora, impone la estimación del recurso y derivada desestimación de la demanda, sin precisión de analizar si concurre o no la prescripción de la acción invocada al amparo del art. 951 del CCom., al desestimarse la pretensión instauradora por los motivos expresados.

CONSIDERANDO: Que en forma alguna cabe conceptuar temeraria o de mala fe la posición de la actora, por lo que no procede hacer especial declaración sobre costas de primera instancia, así como tampoco sobre las devengadas en este segundo grado jurisdiccional al estimarse el recurso.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada entidad mercantil “U. C., S.A.” contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, desestimar y desestimamos en todas sus partes la demanda deducida contra aquélla por la entidad “I. L. A. E., S.A.”, absolviendo a dicha demandada de las pretensiones ejercitadas en dicha demanda; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de ambas instancias.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

87. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución del contrato por obras in consentidas: no supone in consentimiento la demora en la ejecución y supuestos en que la misma implica rebasamiento del consentimiento. Doctrina del T.S.. Obras de carácter no permanente: obstan a la causa de resolución. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la acertada fundamentación contenida en la sentencia apelada no ha sido desvirtuada por la argumentación vertida "in voce" por la recurrente en el acto de la vista de esta alzada, polarizada en dos motivos impugnativos distintos: a) Que las obras descritas en el apartado o hecho sexto del escrito instaurador, por su fecha de realización, rebasaban la autorización concedida en la estipulación tercera del contrato arrendaticio.- b) La obra descrita en el apartado g) de dicho hecho contraviene expresamente el párrafo tercero de la condición primera del contrato de arrendamiento unido a los autos y de fecha 14 de mayo de 1965; motivos disímiles aunque encuadrables abstractamente en la única causa resolutoria invocada: 7º del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y que por ello deben ser examinados separadamente sólo a título corroborativo de la bien meditada fundamentación aceptada de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que ea cierto que de los autos resulta que el contrato tiene fecha de 14 de mayo de 1965 y que en el mes de noviembre de 1977, el día 26, obtuvo licencia para realizar obras (nº 132/1977 del Aytº. de Santa Eulalia del Río), según consta por su propia exhibición ante requerimiento notarial (Folio 163), así como que tales obras las realizó a principios del año 1978, más tales datos no comportan la consecuencia pretendida en la demanda, pues dada la redacción de la autorización no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial relativa a la época en que deban realizarse las obras para que la autorización no se entienda rebasada aunque la misma no exprese plazo de ejecución, ya que tal doctrina viene matizada por dos requisitos: a) Que se trate de obras de primera instalación (SS. de 21 de abril de 1972 y 13 de diciembre de 1974), que no es el caso ahora decidido, en el que las partes están contestes en que la industria de bar ya funcionaba previamente a la autorización.- b) Que en todo caso lo que está vedado es el cierre indefinido del local con el pretexto de realización de las obras (SS., p. eje., de 2 de marzo de 1963, 29 de septiembre de 1969 y 4 de octubre de 1975), que tampoco es supuesto concurrente en el caso que ahora se decide; por lo que al no estar condicionada la autorización para la realización de obras ni por un fin ni por limitaciones temporales o de realización en una sola fase, llano resulta que no procede la estimación de este primer motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que en el mismo destino adverso ha de tener el segundo, motivo, no por las razones expresadas en la sentencia apelada, sino por el simple dato de que la supuesta obra de cierre por sus características deducidas de la fotografía aportada por la propia demandante y en la que se observa al señor Letrado de la misma (Folio 129) no es una obra de las de carácter permanente y no provisional que según reiteradísima doctrina legal propician la causa resolutoria invocada, al consistir en una simple hoja de madera adherida a la pared por unos goznes, sin obra de fábrica alguna y que ni siquiera llega alcanzar la altura de la planta baja; siendo además de indicar que el "derecho de paso" no se estructura contractualmente como común (lo que veda la aplicación de la doctrina sentada por esta Sala en otro supuesto invocado por la recurrente), sino que contrariamente se incluye expresamente como formando parte dicho corredor del objeto arrendado: "en la parte posterior de *dichao corredor, que se incluye en el presente arriendo*" (Folio 63 vº); todo que conlleva la desestimación de este motivo.

CONSIDERANDO: Que no se estima temeraria la posición procesal de la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña A. C. S. contra la sentencia dictada por el señor juez del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza en autos de juicio de resolución de contrato arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

90

90.EJECUCION DE SENTENCIA DE REMATE. Incidente de previo y especial pronunciamiento. Quiebra. Crédito constante en Sentencia de remate anterior a la declaración: es privilegiado por derecho común. Alcance del artº 1319 de la L.E.C.. Participación en la Junta de reconocimiento de créditos y aprobación del convenio: no hace perder el privilegio si el acreedor se abstuvo en la votación. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que dos son las cuestiones fundamentales a dilucidar en este incidente promovido en ejecución de sentencia de remate y que ahora se ventila en este segundo grado jurisdiccional, a saber: a) si el crédito reconocido en dicha sentencia de remate y que adquirió firmeza antes de la declaración de quiebra del deudor, tiene carácter privilegiado en dicho procedimiento universal, y b) en caso afirmativo, si tal privilegio se perdió en virtud de la intervención del titular del mencionado crédito en la junta de acreedores de reconocimiento de crédito y aprobación del convenio.

CONSIDERANDO: Que en caso de quiebra, el Código de comercio establece en su artículo 914, en cuanto a la prelación en el pago a los acreedores que hayan de ser satisfechos con el producto de los inmuebles, dos apartados, el primero comprende los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden establecido en la Ley Hipotecaria, y el segundo menciona a los acreedores singularmente privilegiados y demás enumerados en el artículo anterior por el orden establecido en el mismo. El referido precepto 913, tras mencionar en su número 1º) a los acreedores singularmente privilegiados por el orden que al efecto estatuye y en el número 2º, a los privilegiados que tuvieren consignado un derecho preferente en el Código de comercio, cita en ordinal 3º a los **privilegiados por derecho común** y los hipotecarios legales; procede, por ello determinar si el crédito de la entidad ejecutante, hoy apelante, es privilegiado conforme al Código Civil, que es la legislación común vigente que reemplazó a la que regía cuando entró en vigor el Código de Comercio —1º de Enero de 1886—. A tal efecto hay que señalar que el artículo 1924 del Código Civil estatuye que gozan de preferencia, con relación a los bienes muebles e inmuebles

del deudor no mencionados en los dos artículos anteriores, en su número 3 apartado B), los créditos que sin privilegio especial, consten "por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio". Esta subcategoría, que es la última del citado precepto, no determina que no sea crédito privilegiado el de la sentencia firme, como firma el Juez "a quo", ya que tal precepto se refiere a créditos que declarados en sentencia firme, no tuvieren privilegio especial alguno, pues de lo contrario tendrían que figurar entre los singularmente privilegiados. Por ello, si el crédito carece de privilegio especial y consta por sentencia firme que hubiese sido de objeto de litigio se incluye en el apartado B) del número 3° del artículo 1924 del Código Civil, rigiéndose dichos créditos su preferencia entre sí por las fechas de las sentencias —"prior tempore, potius iure"—. Toda vez que el crédito de la entidad apelante-demandada en este incidente, fué reconocido en sentencia firme de remate, en juicio ejecutivo en el que hubo y se sustanció oposición, es indudable que tal resolución judicial fué objeto de "litigio", y en su consecuencia procede rechazar la tesis contraria que sobre este particular sustenta la parte demandada-apelada en el incidente que ahora se sustancia en esta segunda instancia, y reconocer al crédito mencionado, el carácter de privilegiado por derecho común; sin que se pueda invocar en contra de lo últimamente declarado, el artículo 1256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone que los créditos respecto a los cuales hubiese recaído sentencia firme de remate en los juicios ejecutivos acumulados al concurso, —norma igualmente aplicable a la quiebra (artículo 1319 de la misma Ley procesal)—, "que se tendrán por reconocidos, aunque sin variar de naturaleza para el efecto de su graduación", ya que lo que tal norma procesal, anterior a la entrada en vigor de los Códigos Civil y de Comercio, lo que se hace es sustraer de los acreedores la posibilidad: a) de discusión y no reconocimiento de tales créditos y b) variar la naturaleza de dichos créditos para el efecto de su graduación; o sea, que si estos tienen carácter singularmente privilegiado, lo continuarán ostentando en la graduación de créditos del procedimiento universal, en caso contrario tendrán, a tal efecto la preferencia que les reconozca, bien la legislación mercantil, bien la civil.

CONSIDERANDO: Que ciertamente resulta del acta de la junta de reconocimiento de créditos y aprobación de convenio, cuya fotocopia obra en autos (folios 151/155), que la entidad acreedora, hoy apelante, tomó parte en dicha junta de reconocimiento de créditos, así como también en la primera propuesta de convenio que fué rechazada por unanimidad, pero no menos cierto es, que dicha entidad se abstuvo en la votación del convenio que fué aprobado por mayoría, como se hace constar en el referido documento y así se reconoce de demanda, por lo que, a tenor del artículo 900 del Código de Comercio, la repetida entidad, titular de un crédito privilegiado, como ya se razonó, no quedó vinculada a dicho convenio, ya que la pérdida del llamado derecho de abstención se produce por la participación activa, ya sea en forma de tener voz, ya en la de votar, en la resolución en la que el convenio sea aprobado, como se desprende del precepto últimamente invocado, y no por el hecho de haber reconocido, con anterioridad, en la misma junta, créditos de acreedores y haber rechazado otro convenio de pago.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto, procede estimar la apelación, y que no se aprecia causa legal oponible a la ejecución instada de la sentencia firme de remate, y por ende, revocar la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que al prosperar el recurso, no cabe hacer condena de las costas causadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por B. E., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha quince de Junio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el incidente de previo y especial pronunciamiento de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, desestimando la demanda sobre incidente de previo y especial pronunciamiento formulada por la entidad, X. S.A. contra el B. E., S.A., en el juicio ejecutivo instado por esta sociedad contra aquella, debemos absolver y absolvemos al B. E., S.A. de la demanda incidental contra ella interpuesta, con levantamiento de la suspensión decretada en los autos principales; todo ello

sin hacer expresa condena de las costas devengadas en ambas instancias de este incidente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

92

9.2. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad civil del dueño de la obra: Le alcanza si en el contrato se reservó su vigilancia e inspección. Pensión superior al salario mínimo interprofesional: improcedencia de esta alegación defensiva por cuanto el débito se cuantifica en relación con la fecha en que se hace efectivo por tratarse de una deuda de valor. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la codemandada y asimismo corcurrente C. T. impugna en primera término la bien meditada y aceptada fundamentación del fallo apelado reproduciendo su alegación de primera instancia en orden a su condición de dueño de la obra y no ejecutor de la misma, suscitando así una cuestión o tema ya frecuentemente sometida a la decisión de esta Sala; y si bien por regla general es cierto que el dueño de la obra que encomienda su realización a una empresa profesional que goce de organización y medios autónomos queda exenta de responsabilidad por los daños que se causen a terceros con la realización de la obra, al modo proclamado en la fundamental S. del T.S. de 18 de junio de 1979, expresiva de que “el art. 1.903 tiene como esencia y fundamento las relaciones de subordinación y dependencia y puesto que por lo general no puede decirse que quien encarga una obra o trabajo a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos deba responder “in vigilando” o “in eligendo” de los daños causados por los empleados de ésta, *a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos*”; excepción a esta irresponsabilidad genérica o de principio que concurre cabalmente en el caso que ahora se decide —como rectamente estimó el juzgador de primer grado—, en tanto que en el contrato entre ambas entidades codemandadas (Folio 515), la C. T. “*se reserva la inspección y control de las obras* adjudicadas en la forma más amplia y en todos sus aspectos”; que la propia recurrente fue la que solicitó la licencia de obras y expresó la, dicese, en la solicitud que el Director de la Obra sería el Ingeniero Técnico de Minas (hoy codemandado) D. J. G. Y. (Folio 3) y que dicha entidad tenía un vigilante en la obra, según acredita la declaración del importante testigo don J. M. S. (Folio 440); a lo que aún habría de añadirse que en otro pasaje del contrato (Folio 517) se expresa que “el representante de la Compañía podrá advertir al del Contratista los defectos que observe en *materia de seguridad*”; todo lo que impone la desestimación indudable de este motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino adverso ha de tener el segundo —sobre el que dicha parte puso especial énfasis en la exposición realizada “in voce” en la vista de esta alzada ordenado a impugnar la estimación por la sentencia apelada de la cantidad concedida en la sentencia por cada día de incapacidad para el trabajo (mil seiscientas pesetas

diarias), en base a reputar excesiva dicha cantidad atendida la fecha de causación del accidente (9 de febrero de 1976), en la que la cantidad fijada por el Gobierno para el salario mínimo interprofesional era muy inferior; más para rechazar este motivo bastará con tener en cuenta que dicha recurrente, en su sentir obviamente parcial e interesado, silencia un dato esencial, cual el de la naturaleza de la deuda indemnizatoria, que al tender a un resarcimiento pleno no configura el “quantum” del débito en función de la fecha en que nace su fuente (ilícito), sino en aquella data en que se hace efectiva la responsabilidad patrimonial sustitutiva derivada de aquí, lo que determina que la indemnizatoria no sea una deuda pecuniaria simple, sino una deuda de valor, al modo indicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS., entre otras, de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978), al declarar que “la obligación de reparar los daños y perjuicios no constituye una deuda dineraria simple, sino una *deuda de valor, cuya cuantía ha de determinarse en la alteración de la moneda, atendiendo no a la fecha de causación de los daños, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en período de ejecución de sentencia*”; doctrina que elimina “ex se ipsa” este motivo impugnativo a la luz de los parámetros de hoy, dicese, parámetros de hoy, en los que la indicada cifra no aparece absolutamente desproporcionada.

CONSIDERANDO: Que tampoco ha de tener suerte estimatoria el recurso de apelación interpuesto por la codemandada “C. E., S.A.” ni: a) En la postulada condena del codemandado absuelto señor G. Y., que si sería posible al no ser para él firme el pronunciamiento absolutorio recurrido por un deudor solidario (S. de 29 de marzo de 1980), falta en autos toda apoyatura fáctica, pues si el testigo Sr. L. A. declara que era el encargado de la supervisión o inspección de la ejecución de la obra (Folio 460) es lo cierto que ningún dato probatorio justifica ni que fuese encargado efectivamente por la C. T. y sí, en cambio, que en momento alguno realizó tal función.- b) En la sedicente irresponsabilidad de la misma derivadas de que la acción interpuesta es dimanante de culpa contractual y no auiliana en base al contrato/subcontrato de obra celebrado entre dicha recurrente y el actor (Folio 404), pues no sólo tal subcontratación estaba vedada por el contrato entre las codemandadas, sino también tal contrato/matriz imponía a la contratista C. E. la designación de un “representante suyo para el desarrollo y control de la obra, a un Técnico con categoría de Ingeniero o similar” (Folio 514), como así fue efectivamente; por lo que no puede ahora pretender hacer gravitar el demandante (simple maestro albañil) la responsabilidad derivada de la no adopción de una decisión (entibar) que fue causa directa en su omisión entre las codemandadas; todo lo que abona, sin necesidad de insistencias fundamentadoras que serían simples reiteraciones, la íntegra confirmación de la sentencia sometida recurso.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en las recurrentes, por lo que no procede hacer una especial declaración sobre costas de este recurso.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas “C. T., S.A.” y C. E., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

93

93. ARRENDAMIENTO URBANOS. Subarriendo, cesión o traspaso in consentidos: es innecesario que el actor concrete el título de disfrute. Carga de la prueba: análisis de la misma. Doctrina del T.S. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que es reiterada la doctrina legal expresiva de que apreciada sólo una de las causas resolutorias del contrato invocadas en la demanda y no formulado por la actora recurso contra la resolución dictada en tan sentido, la cognición del órgano jurisdiccional de alzada o "ad quem" ha de limitarse a la revisión de la causa estimada, al restar firmes las otras (SS., entre otras, de 8 de febrero de 1969, 19 de mayo de 1970, 26 de marzo de 1971 y 25 de mayo de 1974); por lo que al haberse limitado la sentencia apelada al exámen y estimación de la causa de subarriendo, cesión o traspaso in consentidos invocada en la demanda, prescindiendo de la de cierre del local, obvio es que a este único extremo ha de quedar ceñida la decisión de esta Sala.

CONSIDERANDO Que, en orden a la causa resolutoria referida, no resultará ahora ocioso ni descentrado recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en obligada derivación del carácter clandestino que la ocupación ilícita de la cosa arrendada impone "ex sea ipsa", viene declarando en forma reiterada, de un lado, que la introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia en el local o vivienda objeto del contrato genera una presunción de existencia de la causa resolutoria (SS., p.ej., de 7 de mayo de 1958, 3 de mayo de 1961, 8 de marzo de 1963, 2 de julio de 1970, 14 de marzo de 1972 y 22 de junio de 1973) y, de otro, que por la misma razón tampoco el actor-arrendador que postula la aplicación de la causa resolutoria precisa "fijar el título de disfrute, si es cesión o subarriendo, si total o parcial, absoluta o compartida, porque basta con que se de la introducción de tercera persona, usándola en su nombre y provecho, para que proceda la resolución del contrato, ya que esta causa tiene su razón de ser en que el arrendatario adquiere por el contrato el derecho de uso, pero no el de disposición" (S. de 19 de octubre de 1972), ya que no tiene "necesidad de calificar exactamente la figura jurídica correspondiente, dada la dificultad inherente a la clandestinidad en que normalmente se desenvuelven estos negocios, extraños a la intervención y a las posibilidades fiscalizadoras del arrendador (SS. de 13 de mayo de 1970, 6 de marzo de 1971, 29 de febrero de 1972 y 1 de junio de 1973)"; lo que, derivadamente, impone una inversión de la carga probatoria, imponiéndose al arrendatario-demandado la de justificar la legalidad de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada (S. de 12 de abril de 1970), al modo proclamado según la S. de 30 de mayo de 1972, según la cual: "ha de ser satisfactoriamente justificada por el arrendatario para destruir la presunción de ilegalidad que lógicamente se deriva de la ocupación de la vivienda o local" o, como indican las SS. de 1 de mayo de 1961 y 11 de abril de 1973, que "el arrendamiento urbano, caracterizado por la cesión o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, se desenvuelve normalmente entre las personas que en concepto de arrendador y arrendatario celebraron el contrato, y la alteración de tales elementos personales, para quedar legitimada, necesita fundarse en un título legal o contractual que lo autorice, título que debe estar plenamente justificado por la parte que lo invoque".

CONSIDERANDO: Que, a la luz de la anterior doctrina, la improcedencia del recurso de apelación formulado por la demandada contra la bien meditada y correctamente fun-

dada resolución recaída en primer grado jurisdiccional resulta evidente. Así, en el acta notarial de 20 de octubre de 1978 (Folios 22 y ss.), tras constatar el señor fedatario cuáles sean las mercancías almacenadas, se expresa literalmente que “se pregunta al Sr. C. si uno de los dos señores que había en la oficina, y que espera fuera, *vestidos con guardapolvos azul, es empleado de la casa*. Se me contesta negativamente, que el referido señor es el Señor Balcells, Don Enrique, que se hallaba autorizado para permanecer en el local esta tarde, pues debía examinar la mercancía”; en el acta de 28 de febrero de 1979 se expresa que quien usa el local es el “señor de los cuadros” (Folio 30); en la de 5 de junio de 1979 (Folio 35 Y ss.), también está en el local arrendado el supuesto cesionario señor B. y el Sr. Notario hace constar que la mayor parte de las mercaderías observadas consistían en cuadros enmarcados en grandes cantidades”; en el acta de 14 de mayo de 1980 el Notario hace constar que en el local se encuentra “un señor con guarda-polvo azul, que dice ser y llamarse Sr. B. R.” (Folio 38 vtº); y estos simples datos, conjuntamente valorados con el resto de la prueba practicada, no dejan ningún resquicio de duda en oren a la existencia de esta ocupación ilegal y clandestina viabilizadora de la causa resolutoria, no neutralizada por la alegación de que el referido señor B. era un simple cliente que retiraba por sí mismo las mercancías transportadas a su nombre, pues el hecho indubitado de que tenía llave de acceso al local elimina toda relación propia de la clientela y erige en uso autónomo del local su parcial ocupación por él; lo que deterina, por tanto, la estimación de la causa resolutoria de referencia.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración sobre las costas causadas en este recurso.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don J. J. C. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio incidental arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

95

95. DIVORCIO. Mútuo acuerdo ex artº 86-3º a) del C.C. Prueba: suficiencia de la testifical. Censurada actitud del Juez “a quo” por rechazar la demanda por improbada: conducta que debió seguir. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la demanda inicial de este proceso se funda en la causa de divorcio establecida en el número 3º-a) del artículo 86 del Código Civil, conforme la redacción establecida por Ley 30/1981, de 7 de julio, expresiva del “*cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho*”; causa de divorcio rechazada en la

no compartida fundamentación de la sentencia apelada a través de la aplicación de la norma contenida en el artículo 1.248 del Código Civil entendiéndola literalmente que de su aplicación dimana “la improcedencia de acceder a lo solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges, no tanto porque no haya cesado realmente la convivencia, sino *por el hecho de no haberse acreditado debidamente el transcurso del plazo exigido por la Ley*”.

CONSIDERANDO: Que no es aceptable la argumentación contenida en la resolución apelada, ya que la norma contenida en el artículo citado, sobre no tener nunca un carácter preceptivo, sino simplemente admonitivo, como una reiteradísima doctrina jurisprudencial cuidada de advertir, no debe ser aplicado si se tiene en cuenta: a) Que pese al carácter inquisitivo que ostentan los procesos sobre estado civil y condición de las personas, lo cierto es que la prueba practicada y estimada insuficiente por el juzgador “a quo” no recae más que sobre un simple hecho: el cese efectivo de la convivencia, para cuya demostración la norma no establece ninguna tasa probatoria, sino que contrariamente en la disposición adicional 6ª-1-5º se expresa que “se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho”.- b) Que ese mismo precepto está obviamente en relación hermenéutica con el contenido en el artículo 1.280 del mismo Código, “*de ordinario suelen intervenir escrituras, etc.*”, pues tal pleonástica expresión carecería de sentido sin un término normativo de referencia.- c) Que en igual dependencia sistemática se halla tal norma con que la sobre carga probatoria establece el artículo 1.214 del cuerpo legal tantas veces citado, como se deduce del término “resueltos” que utiliza el precepto que se analiza, necesariamente referible a una controversia y por tanto no necesariamente aplicable a un proceso constitutivo consensuado como el del caso de autos.

CONSIDERANDO: “ex abundantia”, que sobre no existir —según se señaló— ninguna limitación probatoria en la norma ni obrar en autos dato probatorio alguno de signo contrario en orden a la existencia del hecho a probar (cese efectivo de convivencia durante más de dos años), tampoco parece adecuada la decisión judicial e incluso resulta contradictoria con su conceptualización de proceso inquisitivo o de verdad material, pues para ser consecuente con tal planteamiento debería, en lugar de rechazar la demanda por insuficiencia de prueba, haber completado su convicción a través de: 1º) - Hacer uso de la facultad que con respecto a la prueba testifical le otorga el párrafo segundo del artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento civil.- 2º) - En su caso, acordar la práctica de las diligencias para mejor proveer referidas en la regla i) de la disposición adicional 5ª de la Ley 30/1981, que aunque obviamente sea facultad jurisdiccional (“podrá acordar”), parece estructurable como deber ético para el “juez a quien se le ofrezcan dudas sobre las circunstancias en cada caso exigidas por el Código civil para decretar la nulidad, separación o divorcio”, en tanto en cuanto el juzgador que estime como meta procesal el hallazgo de la verdad material y crea que la parte no se la ha ofrecido debe buscarla haciendo uso de los poderes de iniciativa que la norma le otorga en lugar de, contradictoriamente, operar en la decisión en base al proceso inquisitivo y dirigir la litis atenido al más rígido principio dispositivo del Decretum: “bonus iudex nihil ex suo arbitrio facit, sicut audit, ita iudicat” (Can. 4, quaest. 7, Causa III); por todo lo cual y estimándose suficiente la prueba obrante en autos (singularmente la declaración testifical del hijo único del matrimonio, mayor de edad) procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y derivada declaración de disolución del vínculo matrimonial postulada.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los cónyuges don J. S. M. y doña H. K. en autos de juicio consensuado de divorcio de que este rollo dimana contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número tres de esta ciudad, debemos: 1º) Declarar y declarar desuelto por divorcio el matrimonio canónico de don J. S. M. y doña H. K., celebrado en R. el día diecinueve de mayo de mil novecientos sesenta y dos e inscrito en el Registro Civil Central al tomo L 268, página 48;- 2º) Que se comunica esta sentencia de oficio al Registro civil en que consta el matrimonio de los litigantes y el nacimiento del único hijo del matrimonio.- 3º) Que debemos aprobar y aprobamos en todos sus términos el convenio regulador acompañado a la demanda inicial; todo ello sin hacer especial declaración

en cuanto a costas de ninguna de ambas instancias.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

97

97. SEPARACION MATRIMONIAL. Conducta vejatoria. Alcanse de la obligación de probar a cargo del demandante y carga probatoria que compete al demandado. Análisis del material litis decisorio. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la actora, ahora apelante, pretende se decrete en esta instancia la separación de su matrimonio, basándose en la existencia de malos tratos e injurias graves que el n° 2 del derogado artículo 105 del Código Civil establecía como causa suficiente, y que constituyen una de las más frecuentes manifestaciones de la conducta vejatoria de un cónyuge respecto al otro articulada como vigente causa de separación en el n° 1 del artículo 82 del citado Cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que, como tiene declarado esta Sala en SS. de 27-3-1982 y 6-4-82, la intimidad en que se producen la mayoría de los problemas matrimoniales crea una especial dificultad probatoria motivadora de que la temática de la carga de la prueba se convierta, por su conjugación necesaria con el principio de posibilidad probatoria, en un problema de fijación del mínimo indispensable que, una vez cumplido, obligará a la contraparte a su desvirtuación, y motiva que el núcleo familiar sea, frecuentemente, el único que aporte los medios probatorios para verificar en el proceso la realidad de lo alegado como cierto, hasta el punto que la regla 4ª de la adición 5ª de la Ley 30/81, de 7 de julio, dispuso “no regirán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el artículo 1247 del Código Civil”.

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior y analizada la prueba testifical practicada a instancia de la actora —especialmente dos hijos del matrimonio cuya separación se pretende, de 20 y 16 años de edad—, se considera acreditada la realidad de una conducta vejatoria por parte del marido apelado, pues no cabe calificar de forma distinta un comportamiento ofensivo y en ocasiones violento de que ha sido objeto la actora, con cierta frecuencia, y que motivó en ésta la decisión de ausentarse del hogar conyugal y de solicitar la separación matrimonial que ahora se decreta por haber sido, en definitiva, vulnerado el respeto que por dignidad personal e imperativo legal los cónyuges deben tenerse y cuya virtualidad ha de considerarse a la luz de los principios constitucionales que protegen la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, sin que tal apreciación de la prueba quede contrarrestada por las declaraciones de los testigos que han depuesto a instancia del marido demandado, ya que sobre la causa que motivó la ausencia de la actora de su hogar han emitido meras opiniones e impresiones y revelado un desconocimiento de la misma que impiden alcancen el fin pretendido por el demandado, ahora apelado.

CONSIDERANDO: que no existe causa para hacer especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por F. F. J. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de separación matrimonial de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su consecuencia, debemos decretar y decretamos la separación del matrimonio contraído entre J. R. M. y doña F. F. J., con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento y sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

99

99. EJECUTIVO CAMBIARIO. Nulidad del juicio por deficiente notificación del protesto. Ratificación de la doctrina de la Sala. Domicilio físicamente inexistente: válidez, en este caso, de la notificación a un vecino de la población. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en ambos grados jurisdiccionales toda la posición procesal de la ejecutada ahora recurrente ha gravitado sobre un tema único: la supuesta nulidad del juicio derivada de una irregular notificación del protesto de la cambiar que sirve de título ejecutivo, supuestamente cobijada fácticamente por el dato de no haberse notificado el mismo a las personas indicadas en el art. 504-2^a-Dos del CCom. (en relación con el art. 202 del Reglamento Notarial) y sedicentemente amparado en su interesado sentir, en el motivo de nulidad contemplado en el ordinal 1^o del art. 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que, ciertamente, esta misma Sala en su S. Núm. 131/1978, de 17 de noviembre, señaló —y ello se ratifica— que “desde la reforma de la Ley (se refiere a la Ley 47/1967, de 22 de julio), la notificación tiene por objeto primordial encontrar al destinatario directa o indirectamente” y que “la reforma del expresado Reglamento (alude a la efectuada en el art. 202 del Reglamento Notarial por el Decreto número 2310/67, de 22 de julio) *consagra al vecino con casa abierta, pero impone que lo sea en el mismo inmueble del domicilio del notificado*”; más esta doctrina hermenéutica no conlleva las consecuencias absolutas que pretende la ejecutada-apelante, por cuanto el campo operativo de aquella que se ciñe estrictamente a los casos normales en que el domicilio/domicilios consignado en la letra exista realmente, más no a supuestos como el presente, en el que, como rectamente entendió el juzgador “a quo”, el domicilio designado para pago es como tal inexistente, según resulta de la certificación expedida por el Excmo. Ayuntamiento de esta ciudad obrante en los autos (Folio 64), expresiva de que “de los datos y antecedentes obrantes en el Negociado de Población y Demarcación Territorial, resulta que en la C/. Bartolomé Riutort de esta ciudad, *no ha existido ni existe en la actualidad edificio al que*

corresponda el n° 160”; dato que elimina la aplicación de la normativa y doctrina citadas, en tanto que a su vista resulta aplicable la norma contenida en el art. 505-2 del CCom. (“*no siendo posible hallarlo por cualquier causa*”) en orden a la notificación cedula “a un vecino con casa abierta de la población”, que es lo realmente efectuado en el caso que se decide (Folio 4), al notificarse el protesto a un vecino de la calle Bartolomé Riutort tras hacerse constar la circunstancia expresada de no poder encontrar el número 160 de la misma vía; lo que hace decaer el motivo de nulidad invocado como causa única de oposición y con él el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que lo desestimó.

CONSIDERANDO: Que se estima existente temeridad en la recurrente, por lo que procede condenar a la misma al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que, desestimando integralmente el recurso de apelación interpuesto por los ejecutados entidad mercantil “H., S.A.” y don H. S. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; condenando a la recurrente al pago de las costas de este recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

100

100. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Obras in consentidas: Lo son las que tienen por objeto el cambio de lugar de una puerta de comunicación interior. Conocimiento y consentimiento: diferencias. Consentimiento presunto: requisitos del acto que permite inferirlo. Análisis de la prueba. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que tanto por lo manifestado por la demandada al contestar el requerimiento notarial cuya copia se acompañó a la demanda (Folio 34 vt°) cuanto por la absolución de las posiciones que para su confesión judicial le fueron formuladas (Folios 67 y 68) ninguna duda cabe acerca de la certeza de la realización por parte de aquella de las obras denunciadas en la demanda (supresión de un banco de obra y cambio de ubicación de una puerta interior en el local) como constitutivas de la causa resolutoria 7ª del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; de manera que con carácter prioritario para la decesión debe analizarse si tales obras son o no constitutivas de un cambio o modificación de la configuración de la cosa arrendada, cuestión que debe —contra lo estimado por el juzgador de primer grado— resolverse en sentido afirmativo, ya que aun prescindiendo de la consistente en la supresión del banco de obra revestido de cerámica (que sí la integraría también por aplicación del art. 334-4° del CCiv.), el cambio de ubicación de

una parte de comunicación interior mediante el tapiado de la anteriormente existente y la apertura de una nueva en otro lugar de la misma pared, asimismo se inserta claramente en esta clase de obras, conforme sanciona una reiterada y especificada doctrina jurisprudencial (SS. de 26 de abril de 1966 y 2 de octubre de 1971, entre varias), en tanto que, como proclama la S. de 5 de noviembre de 1969, “reiteradamente tiene declarado esta Sala que la configuración del local no está determinada solamente por la distribución, dimensiones y partes, sino también por los medios de comunicación de éstas entre sí y con el exterior”.

CONSIDERANDO: Que si bien no es compartible la fundamentación de la sentencia apelada en cuanto la misma argumenta en orden a la existencia de un consentimiento o autorización presuntos de la arrendadora en base a un conocimiento sin protestas por parte de la misma coetáneo a la realización o ejecución de las obras, ya que al argumentar así está desconociendo una reiterada doctrina jurisprudencial que indica que no cabe identificar el conocimiento —acto intelectual— con el consentimiento —acto volitivo— (SS., entre muchas, de 13 de mayo de 1964, 22 de febrero de 1967 y 10 de febrero de 1975); no es menos cierto que también la doctrina jurisprudencial ha admitido la posibilidad de un consentimiento tácito o, por mejor decir, presunto que “tiene que deducirse de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones, al derivarse de hechos concluyentes o inequívocos (SS. de 4 de marzo de 1961, 10 de junio de 1968 y 5 de mayo de 1975, entre otras)”, y que en el caso que ahora se deduce, dicese, se decide el conjunto de la prueba practicada muestra no sólo la existencia de tal autorización por la vía presuntiva de los arts. 1.249 y 1.253 del CCiv., sino incluso la existencia de una autorización previa expresa manifestada verbalmente, ya que la actora al prestar confesión en juicio (Posición 2ª, folios 86 y 87) reconoce que las negociaciones sobre el traspaso las llevó a cabo con el señor M. M., esposo de la anterior arrendataria, y éste al prestar declaración testifical (Preg. 7ª, folio 89) expresa la certeza de la autorización a cambio o como contraprestación de una elevación de la merced arrendaticia en porcentaje superior al legal, confirmandose la veracidad del aserto por la efectiva elevación en un 25% en lugar del previsto por el art. 42 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (15%) para los casos en que no se pactase otro distinto; todo lo que, en unión de la testifical acreditativa de la presencia de la actora en el local mientras se realizaban las obras, conlleva la anterior deducción y, con ella, determina el rechace del recurso de apelación interpuesto por la demandante.

CONSIDERANDO: Que no se estima existente temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña F. O. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos incidentales arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas de este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

101. EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de pago: ofrecimiento del mismo no aceptado por el acreedor y no seguido de consignación. Talón conformado: su ineficacia a tales efectos. Requisitos del pago para que surta efectos extintivos: integridad. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982 DE 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio de 300.000 pesetas con vencimiento 10-03-80, protestada por falta de pago y dirigida contra el aceptante, este alega, como único motivo de este recurso, como ya lo hiciera en primera instancia como causa de oposición, la excepción de pago, al haber ofrecido por conducto notarial, el día 22 de Julio de 1980, un talón conformado contra una cuenta corriente bancaria suya, de 659.388 pesetas, —cantidad correspondiente a la letra de cambio mencionada, a otra de igual cuantía y a una tercera de 59.388 pesetas que adeudaba a la entidad el hoy ejecutante—, más 5.000 pesetas en efectivo en concepto de gastos de protesto, a los interventores de la sociedad acreedora, quienes no aceptaron el mencionado talón ni las 5.000 pesetas, por existir unas diligencias judiciales en trámite y desconocer el importe total a que ascendían las costas (folios 42 y 43).

CONSIDERANDO: Que el artículo 523 del Código de comercio proclama que “contra la acción ejecutiva por letras de cambio no se admitirán más excepciones que las consignadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, y esta Ley procesal menciona como 2ª excepción admisible en el juicio ejecutivo, pago; excepción que, tiene un carácter especial, ya que solo es oponible al acreedor pagado y que a diferencia de las demás excepciones puede ser opuesta por cualquier deudor contra quien se dirija el acreedor pagado (las demás excepciones personales solo tiene efecto “inter partes”).

CONSIDERANDO: Que el pago, estructurado en el artículo 1157 del Código Civil como realización de la prestación debida que trae como consecuencia la extinción de la obligación —artículo 1.156 del mismo Código— no se reputa realizado en el supuesto que ahora se dilucida en esta alzada, por las siguientes razones: a) porque la doctrina jurisprudencial patria tiene declarado que aún cuando el problema de si el pago implica un mero hecho, que realiza el deudor “animus solvendi”, independientemente de la voluntad del acreedor y en contra de esta, o si por el contrario implica un acto o negocio jurídico, para el cual hacen falta requisitos análogos a los de la constitución de un contrato, cuales son la capacidad y absoluta libertad en los mismos sujetos que establecieron la obligación o en sus causahabientes y más especialmente la capacidad del acreedor, admite soluciones diferentes, según los casos, por razón, sobre todo, del diverso contenido que puede tener la obligación, ha de entenderse que cuando se trate de una obligación de dar o entregar, el pago no queda cumplido con la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación (Sentencias de 18 Noviembre 1944, 1 Mayo, 1 y 7 Junio 1945, 13 Junio y 26 Noviembre 1948 y 26 Febrero 1963, entre otras muchas), y en el presente caso, los interventores de la entidad acreedora suspensa, no aceptaron el talón bancario que el hoy apelante le ofreció a través de un fedatario público. b) por cuanto en nuestro derecho positivo el mero ofrecimiento de pago, aún realizado por conducto notarial y negándose sin razón admitirlo, caso que no es el presente, a quien se hiciera, no determina que quede libre de responsabilidad el deudor, a no ser que lleve a cabo seguidamente la consignación de la cosa debida (artículo

1176 del Código Civil), diligencia esta que ni siquiera ha sido intentada. c) ya que el talón, aunque sea conformado, no constituye pago sino un medio de pago; de ahí el apartado segundo del artículo 1.170 del repetido Cuerpo legal. y d) porque para que el pago constituya un medio de extinguir las obligaciones y producir el efecto de liberar las suyas al deudor, se requiere que sea completo y total, como lo exigen entre otras. muchas sentencias las de 15 de Junio 1946, 22 Marzo 1947 y 20 Noviembre 1975, y en el presente caso el ofrecimiento ni siquiera fue total, ya que no comprendió cantidad alguna por los gastos judiciales causados —la ejecución judicial se despachó el mismo día del ofrecimiento notarial 22 de Julio de 1980—, ni tampoco por los intereses legales devengados desde la fecha del protesto —artículo 526 del Código de comercio—; y por todo ello, no puede prosperar la excepción de pago esgrimida, al no haberse verificado el pago aducido.

CONSIDERANDO: Que al ser la letra de cambio, título que lleva aparejada ejecución al ir acompañada de la correspondiente acta de protesto por falta de pago —nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— al rechazarse la única excepción formulada y al haberse observado todos los trámites legales, procede, previa desestimación del recurso interpuesto, confirmar la sentencia que manda seguir la ejecución adelante hasta hacer trance y remate de los bienes embargados al deudor.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en el recurrente a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don V. C. T., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diez de Junio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Ibiza y su Partido en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

(Ponente: Julio A. LLovet Alabau)

106

106. DAÑOS Y PERJUICIOS. Excepción de falta de legitimación pasiva: desestimación por alcanzar la responsabilidad al dueño del vehículo que lo había alquilado. Sentencia penal: es vinculante para el Tribunal civil. Doctrina del T.S. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: que la impugnación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza se polariza en dos motivos disímiles; a) El orientado a combatir la estimación por el juzgador “a quo” de la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado en base al ordinal 4º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que funda en una doble vertiente: no justificación de la condición de propietario del vehículo y falta de intervención en los hechos con la correlativa exoneración de responsabilidad del

mismo. b) El encaminado a desvirtuar la preclusión derivada del juicio de faltas seguido en el Juzgado de Distrito de Ibiza por el mismo accidente circulatorio o de tránsito del que la hoy recurrente trata de arrancar el fundamento de la pretensión indemnizatoria ejercitada en la demanda instauradora; motivos impugnativos disímiles y que por ello deben ser analizados separadamente.

CONSIDERANDO: Que debe ser estimado correcto el primero de los submotivos argüidos por la recurrente en orden a la incorrección técnica de haber acogido la sentencia apelada la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado, ya que la demandada hoy apelada dilencia —en su obviamente interesado y parcial sentir— que toda excepción grave al que la opone con la carga de la prueba de los presupuestos de hecho sobre los que la funda en virtud de los principios “*reus in excipiendo fit actor*” y “*reus in exceptionibus actor reputabitur*” tan reiteradamente sancionados por la jurisprudencia que resulta impertinente su cita pormenorizada; carga probatoria plenamente asignable al demandado (que no la practicó) en el caso de autos, en tanto que la titularidad del vehículo no es un hecho negativo, sino impeditivo, ya que los automóviles y en general los vehículos de motor son en cierta manera reconducibles en cuanto a su identificación asimilables a los bienes muebles a través de las circunstancias señaladas en el artículo 35 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, estando siempre su titularidad amparada por un título (Permiso de Circulación) regido por la correspondiente normativa administrativa (Artículos 249 y ss. del Código de Circulación): de manera que tal dato impeditivo (que el titular del vehículo era persona natural o jurídica distinta del demandado) era de fácil acreditamiento para éste; a lo que aún hay que añadir que lejos de acreditar tal dato, en autos existen otros de signo contrario que permiten ciertamente deducir —aun sin acudir al mecanismo del “*onus probandi*”— que el demandado era el titular del vehículo y que “A. U.” era un simple nombre comercial no dotado de personalidad jurídica, cuales son: a) Que el demandado indica como domicilio al otorgar el poder para pleitos con el que actúa en este proceso (Folio 557 el de “A. U.”, sin expresar que se trate de una sociedad.- b) Que la Guardia Civil de Tráfico instructora del atestado practicado en las diligencias penales (Folio 24) hace constar que dicho demandado con M. T. C. actúa como intérprete en la declaración del conductor del Seat-600 y le asigna la condición de “titular del vehículo”; todo lo que hace decaer la excepción desde esta primera vertiente.

CONSIDERANDO: Que igual suerte estimatoria ha de tener la segunda de las alegaciones encaminadas a combatir la estimación de falta de legitimación pasiva, que el demandado hoy apelado trató de fundar en la alienación del mismo en el accidente de autos, ya que es sobrado conocido que la doctrina legal ha ido ensanchando el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivados del riesgo e incluyendo en aquél los supuestos como el presente de arrendamiento o alquiler de vehículos sin conductor con fundamento o base en el principio “*ubi est emolumentum, ibi est incommodum*” genéricamente consagrado por la S. del T.S. (Civil) de 23 de febrero de 1976 (siguiendo las directrices de la jurisprudencia penal), al proclamar que “el afán progresivo del T.S., adaptando viejas normas a las necesidades del vivir actual, ha dado lugar a una interpretación extensiva de los casos en que se debe responder por hecho ajeno, superando los estrechos moldes de la rigurosa exigencia del subjetivismo para matizarla con referencias objetivas a una relación que empezó siendo de dependencia familiar o laboral, pasó a ser de beneficio económico o espiritual y ahora basta con que simplemente exista, sin que sea necesariamente de naturaleza jurídica típica, gratuita o remunerada, permanente o transitoria, con el solo condicionamiento de que la actividad de la persona esté, al menos potencialmente, sometida a la intervención de quien ha de ser responsabilizado”; doctrina, pues, que impone la desestimación del recurso de apelación interpuesto y obliga al examen de fondo de la pretensión.

CONSIDERANDO: Que distinto destino ha de tener en cuanto a su éxito la impugnación de la actora encaminada a desvirtuar la preclusión apreciada por la sentencia apelada (si bien en forma ambigua y encaminada al extremo de apreciación de temeridad a efectos de imposición de costas de primera instancia), ya que la recurrente ha partido exclusivamente del dato de que en autos sólo existía una copia simple no autenticada de la sentencia recaída en juicio de faltas seguido por el mismo hecho (Folio 59); mas al haberse aportado

al rollo por esta Sala, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, testimonio de dicha resolución expresivo de la firmeza de la misma, llano es que en virtud de la normativa contenida en los artículos 111, 114 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento criminal no puede ahora este órgano jurisdiccional civil en virtud del principio "le criminel tient le civil en état" reexaminar lo decidido ejecutoriamente en la causa penal en la que recayó sentencia firme condenatoria del hoy actor como culpable y consecuentemente responsable único de la colisión de los móviles, al ser vinculante la sentencia dictada (SS. de 5 de abril de 1975, 25 de marzo de 1976 y 15 de junio de 1981, entre muchas), al modo señalado por la S. de 20 de octubre de 1981: "el efecto consuntivo ha de entenderse abarcador de todas las responsabilidades civiles de cuantas personas pudieron haber sido traídas al proceso penal en cualquier concepto"; todo lo que conduce a la desestimación de la demanda y del recurso interpuesto en lo esencial, aunque según lo expresado haya de ser rechazada la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación de las posiciones procesales de las partes en ambas instancias veda hacer en ninguna de ellas una declaración especial en cuanto a costas.

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante don W. W. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana y desestimándolo en lo demás, debemos revocar en parte dicha resolución y confirmarla en lo demás y, en consecuencia, debemos declarar y declaramos: Primero.- No haber lugar a la exceptuación de falta de carácter opuesta por el demandado don M. T. C.- Segundo.- Desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el referido actor contra dicho demandado, al que absolvemos de la pretensión ejercitada en la demanda; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias de este juicio.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

107

107. EJECUTIVO CAMBIARIO. Tacha de falsedad a la aceptación: es necesario que la fórmula usada implique negación categórica de la autenticidad de la firma. *Sentencia de 24 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la incomparecencia de las partes ejecutada-apelante y ejecutante-apelada al acto de la vista del recurso que se resuelve, unida a la corrección técnica de las argumentaciones expuestas por el Juez a quo, es motivación suficiente para confirmar íntegramente la resolución impugnada, si bien, a efectos puramente corroborativos y dado que la causa de oposición planteada en la primer instancia consiste en la nulidad del juicio derivada de la carencia de fuerza ejecutiva del título cambiario por haberse pue-

to tacha de falsedad a la aceptación en el plazo establecido por el artículo 506 del Código de Comercio, mediante la manifestación literal siguiente: “Que no paga la letra por reconocerla de civilmente falsa y se reserva los derechos civiles y penales correspondientes”, conviene precisar que dicha formula no cumple la exigencia del párrafo 3º del artículo 521 del Código de Comercio, conforme a la redacción dada por la Ley 47/1967, de 23 de julio, pues no supone una negativa categórica a la autenticidad de la firma que resulta requisito imprescindible como precisó la Exposición de motivos de la citada Ley, al expresar que “el nuevo texto no concede el efecto impeditivo de la ejecución más que a la tacha de falsedad de la firma formulada en forma categórica y rotunda”.

CONSIDERANDO: Que analizados el contenido de la oposición y la conducta procesal de la parte apelante, se valora como temeraria la postura de ésta, por lo que se le condena al pago de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por M. H. C., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Illmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio ejecutivo de que dimana este roolo, condenando a la apelante al pago de las costas de esta segunda instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

108

108. RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO. Caducidad de la acción: el momento inicial del término viene dado por el conocimiento de la venta. Requisitos de este conocimiento, determinación del tiempo en que tuvo lugar y valor de las presunciones a tales efectos. Inscripción y conocimiento. Análisis de la prueba. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el primer tema que, “in limine litis”, ha de ser abordado en trance fundamentador no puede ser otro que el de la caducidad de la acción de retracto, como tal integrante de un derecho real de adquisición (Por todas, SS. de 26 de noviembre de 1966 y 5 de diciembre de 1981) y por ello sometida —en cuanto “pari passu” su propia naturaleza lo instala en la esfera de los derechos constitutivos o de modificación de una relación jurídica preexistente— a un régimen especial determinado incluso por su apreciabilidad de oficio por el órgano jurisdiccional, según reiteradísima doctrina legal (Por todas SS. de 20 de noviembre de 1958, 26 de diciembre de 1970 y 26 de junio de 1974); iniciándose el computo del plazo de tres meses para el ejercicio del derecho a retraer, conforme a lo dispuesto por el artículo 16-4 del Reglamento aprobado por Decreto 745/1959, de 29 de abril, desde que el arrendatario tiene conocimiento por cualquier medio de la transmisión, conocimiento que ha de ser pleno, cabal, cierto, completo y exacto y perfecto de todas las condiciones de la transmisión (SS., p. ej. de 6 de mayo de 1971, 25 de octubre de

1973, 8 de octubre de 1975, 6 de febrero de 1979 y 20 de mayo de 1981) sin que equivalga al mismo desde la reforma introducida por la Ley de 1949 la inscripción en el Registro de la Propiedad, anteriormente parificada al conocimiento efectivo como fecha de inicio del cómputo de la prescripción por el artículo 16 de la Ley de 1935, según indica la jurisprudencia (por todas S. de 15 de diciembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que para acreditar el conocimiento por parte del arrendatario/aparcero del conocimiento pleno y exacto de las condiciones de la transmisión la norma no introduce tasa probatoria alguna, por lo que debe entenderse idóneo el de presunción deducida conforme a los artículos 1249 y 1253 del Código Civil, mediante cuya aplicación se llega en el caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional a la deducción de que el hoy actor tuvo conocimiento en fecha muy anterior a la del ejercicio de la acción de retracto y desde luego superior al plazo preclusivo señalado por la Ley de la transmisión y de sus condiciones, ya que son hechos firmemente acreditados en autos los siguientes: 1º)- Que entre la transmisión de la nuda propiedad (22 de octubre de 1954) y el ejercicio de la acción de retracto (22 de octubre de 1980) transcurrió el dilatado plazo de veintiséis años exactos, durante los cuales el aparcero hoy actor-apelado cultivaba la finca y acudía periódicamente a rendir cuentas de la explotación y a entregar a la usufructuaria los frutos correspondientes hasta el año 1980 en que la misma falleció (Folio 71). 2º)- Que el mismo actor/aparcero era arrendatario de las fincas colindantes, cuyo dominio adquirió de las mismas transmitentes a través de la escritura pública de 13 de marzo de 1978 (Folios 40 y ss.).- 3º)- Que la finca cuyo retracto ahora se pretende estaba formada por segregación de una finca matriz cuyo resto precisamente eran los predios adquiridos por el hoy demandante en la escritura últimamente referida.- 4º)- Que el título de la transmitente al actor en la escritura de 1978: escritura pública de donación de 29 de octubre de 1954 (Folios 90 y ss.) describe las fincas lindantes con las después vendidas al demandante por el Sur con "porción vendida a don F. C. V.".- 5º)- Que esta colindancia es en cambio omitida en la escritura tantas veces citada de 1978; de todo lo que se deduce que necesariamente el demandante tuvo que tener conocimiento exacto y completo de la transmisión en la que ahora pretende subrogarse en fecha muy anterior y desde luego comprensiva de un plazo más dilatado del legalmente previsto para la caducidad de la acción, lo que determina la estimación de la misma y con ella el rechace de la demanda interpuesta.

CONSIDERANDO: Que al revocarse la sentencia apelada no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada; así como tampoco sobre las de primer grado jurisdiccional, al no ser preceptivas (artículo 53 del Reglamento de 1959) y no reputarse existente temeridad en la demandante.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don F. C. V. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor en autos de juicio especial de retracto arrendatario rústico de que este rollo dimana, debemos, con revocación de dicha resolución, desestimar y desestimamos la demanda interpuesta contra aquél por don B. M. A., absolviéndole consecuentemente de la pretensión ejercitada en dicha demanda; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias del presente juicio.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

109. TERCERIA DE DOMINIO. Título constituido por documento privado: pleno valor del mismo frente a terceros cuando resulte acreditada la autenticidad de su fecha por referencia a otros actores con él relacionados. Tradición: la constituye el anterior arrendamiento de la cosa. Pacto de reserva de dominio: no obsta al derecho. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el acatamiento de la parte apelante al pronunciamiento judicial desestimatorio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, opuesta como excepción del n° 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y encuadrada en el n° 6 del mismo artículo por la resolución dictada en la primera instancia, y la existencia de opiniones concordantes respecto a la identificación del bien objeto de tercería y al hecho del embargo —equivalente a la posesión sin título por tercero— reducen el tema impugnativo a la determinación de si el tercerista apelado ha acreditado cumplidamente la adquisición del dominio con anterioridad al momento en que se causó la traba cuyo alzamiento solicita.

CONSIDERANDO: Que el documento privado de compraventa obrante a los folios 75 y 76 —fundamento básico de la pretensión actora— en el que consta como fecha de su otorgamiento el 29 de julio de 1972 y por el que la Sociedad X., S.A., co-demandada en situación de rebeldía, vendía al apelado el bien que posteriormente embargaría Hacienda por deudas tributarias de aquella entidad, ofrece dos problemas esenciales: A) la autenticidad de su fecha, dado que se aporta al proceso como medio probatorio con eficacia respecto a terceros (artículo 1227 del Código Civil) y B) la concurrencia de la tradición por imperativo de los artículos 609 y 1095 del Código Civil y no operar sobre el título privado aportado la presunción de la tradición “ficta”.

CONSIDERANDO: Que para la determinación de la fecha del documento aportado, el T.S., lejos de la sentencia de 26 de febrero de 1894 que calificaba el artículo 1227 del Código Civil como de “absoluto y terminante”, sostiene con un criterio muy cercano al carácter abierto del artículo 2704 del ordenamiento civil italiano, que la fecha de un documento privado puede ser acreditada por cualquier otro motivo probatorio admitido en derecho (SS. T.S. 30-1-1958 que admitió la comprobación por referencia a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, 16-2-1968, 20-2-1969 y 6-7-1977), viniendo así a quedar considerada la fecha de un documento de tal naturaleza, una vez incorporado al proceso, como una afirmación fáctica paralela al resto de las alegaciones y susceptible, por tanto, de ser verificada por los medios probatorios citados, sin que ello atente contra la seguridad jurídica que, sin duda, fundamentó el referido artículo 1227.

CONSIDERANDO: Que las dos transferencias bancarias, que el tercerista ordenó cursar a favor de X., S.A. Y., S.A., una de ellas el 5 de junio de 1972 por importe de 45.000 pesetas desde el Banco Ex. de B., y la otra el 24 de julio del mismo año, por importe de 355.000 pesetas, desde la B. G. de L., incorporadas al proceso por medio de sus copias (folios 5 y 7), al quedar autenticadas por la comunicación del Banco de S. (folio 65) en relación con las fotocopias obrantes a los folios 63 y 64, y referirse al contrato privado de compraventa —así se estima vista la identidad existente entre su beneficiario y la Sociedad vendedora, y entre su importe y el precio del inmueble reclamado, considerada la ausencia

en el proceso de dato alguno que insinúe, al menos, la existencia de relaciones comerciales distintas que pudieran motivarlas y constatado el otorgamiento de posterior escritura pública (inválida por sí misma para la justificación dominical necesaria), constituyen el medio probatorio que verificando directamente la realidad de la remisión del precio de la compraventa en el año 1972, viene a fijar como cierto que el 29 de julio de 1972 se formalizó la compraventa en que el tercerista fundamenta su pretensión.

CONSIDERANDO: Que el requisito de la entrega de la cosa exigido por los artículos 609 y 1095 del Código Civil para que se efectúe la transmisión de la propiedad, debe entenderse cumplido por cuanto el contrato celebrado el 29 de julio de 1972 entre el apelado y la Sociedad Y., S.A. (folio 20) por el que el primero cedía en arrendamiento a la segunda el bien objeto de compraventa y tercera (contrato reconocido por el legal representante de la Sociedad arrendataria, folio 60) constituye una tradición por *constitutum possessorem* —supuesta una agrupación o concierto entre las Sociedades vendedora y arrendataria como podría inferirse de las transferencias bancarias antes analizadas y de sus correspondientes abonos (folio 65), o, de cualquier forma, presupone una recepción del inmueble y revela, atendida la cadena de actos anteriores, un acto inequívoco de señorío sobre el mismo.

CONSIDERANDO: Que de los razonamientos expuestos en las fundamentaciones anteriores se concluye, como acertadamente hizo el juez a quo, que el tercerista adquirió la propiedad del bien objeto del embargo con anterioridad a éste (29 de julio de 1972 y 5 de abril de 1975, respectivamente), sin que frente a ello posea fuerza obstativa la reserva de dominio pactada en la cláusula cuarta del contrato de compraventa, tanto porque el íntegro pago del precio privaría de eficacia a la misma, como porque el contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio comienza a consumarse con la entrega de su objeto, teniendo unos caracteres, condiciones y efectos que señalados por Ley no pueden quedar desnaturalizados por un pacto inter-partes, que no es natural al mismo, ni tiene potencia para alterar el sistema general de transmisión dominical establecido por el artículo 609 del Código Civil, y por el que, frente a terceros, el comprador es dueño de la cosa y está legitimado para accionar en defensa de su propiedad, y frente al vendedor resulta titular de un inicial dominio que continuará progresando hasta el total pago del precio y cuyo incumplimiento podrá generar únicamente acciones internas.

CONSIDERANDO: Que al no apreciarse temeridad ni mala fe en la interposición y mantenimiento del recurso que se resuelve, procede en uso de las facultades conferidas por la disposición adicional de la Ley 8/1963, de 8 de julio, no hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el SR. ABOGADO DEL ESTADO debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el catorce de mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de tercera de que dimana este rollo, sin hacer expresa declaración sobre el pago de las costas de esta instancia. Notifíquese la presente resolución en forma edictal a la Sociedad demandada declarada en rebeldía si en tercero día no fuere solicitada la personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

110. EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de falta de provisión de fondos. Carga de la prueba de la misma. *Sentencia de 27 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las distintas alegaciones de los litigantes sobre el negocio jurídico por el que convinieron la emisión y aceptación de las letras de cambio ejecutadas —la libradora, ahora apelada, afirma que una de ellas fue aceptada como medio de devolución de un préstamo de 100.000 pesetas y la otra como reembolso de unos pagos que por corresponder a un negocio explotado por la ejecutada debían ser satisfechas por ésta, quien, por el contrario, alega que aceptó ambas cambiales como garantía del pago de parte del precio fijado en un contrato conjunto de traspaso del local de negocio del que aquella era arrendataria y de compraventa de la industria existente en el mismo— obligan al análisis de las pruebas que aportadas por cada parte como medio de verificación directa de sus afirmaciones, vienen derivadamente a evidenciar la inexactitud de las contrarias y a establecer la base resolutoria de la específica oposición de falta de provisión de fondos articulada como causa de nulidad.

CONSIDERANDO: Que analizados los medios probatorios aportados por la libradora ejecutante en relación con su afirmación básica resulta que: A) La libradora entregó a la ejecutada, ahora apelante, la cantidad de 100.000 pesetas en concepto de préstamo, mediante el cheque n° 821.144 librado contra su cuenta corriente n° 989 abierta en el Banco Z. del M., que fue ingresado por la prestataria el 20 de abril de 1977 en su cuenta corriente del Banco de C. B. —certificaciones bancarias (folios 45 y 53) y absolución de la ejecutada a la posición 5ª.; y B) La libradora abonó, a través de su cuenta corriente abierta a nombre de M. M. C. “C. Q.”, en el Banco E. de C., distintos pagos que por corresponder a la explotación de un negocio que la demandada regentó desde primeros de abril de 1977 hasta finales de febrero de 1978, en especial situación de provisionalidad en tanto se obtuviera el consentimiento del propietario del local para el traspaso de éste, debían ser satisfechos por la ejecutada, ahora apelante (absolución a las posiciones 4ª y 7ª).

CONSIDERANDO: Que por lo antes expuesto la ejecutante, en cumplimiento de la carga probatoria que le corresponde por su posición cambiaria de libradora, ha justificado unas relaciones con la ejecutada normalmente determinantes de la aceptación de las letras y de la existencia de provisión de fondos en esta última quien no ha logrado con su actuación procesal desvirtuarlas dado que: 1º) No ha propuesto prueba alguna destinada a acreditar la devolución del préstamo; 2º) Ha manifestado haber devuelto a la prestamista-libradora ejecutante la cantidad de 100.000 pesetas, en dinero efectivo, —así consta en la diligencia de careo obrante en el sumario n° 14181 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia e Inspección de Inca e incorporada al rollo de apelación mediante testimonio—, y tal manifestación resulta contraria a la vertida en la querrela por ella interpuesta y que dio lugar a la incoación del procedimiento penal citado pues consta que, en todo caso, las 100.000 pesetas habían quedado saldadas mediante el pago de una letra de cambio —extraña a la litis— vencida el 19 de marzo de 1978, que sin embargo, para el marido de la ejecutada —en nueva contradicción— y según manifestó en la demanda de conciliación presentada el 14 de marzo de 1978 (folio 24 vuelto) había servido para cumplir la obligación estipulada en el apartado B) de la condición tercera del contrato de traspaso del local de negocio; y 3º) Las argumentaciones vertidas “in voce” por la ejecutada-apelante en el acto de este recurso no han conseguido contrarrestar la tesis actora sobre la causa de la segunda cambial, pues el principio que las fundamentó —los gastos del negocio se pagaban con los in-

gresos del mismo (unos y otros a través de la cuenta corriente abierta en el Banco E. de C. a nombre de M. M. C. C. Q.), y al ser éstos superiores a aquellos el saldo sería favorable a la ejecutada— carece de la solidez necesaria para el fin pretendido por cuanto la ejecutante cambiaría afirmó haber realizado ingresos propios, en concreto 300.000 pesetas abonadas por la ejecutada en cumplimiento de la condición segunda del meritado contrato, y así ha quedado inicialmente probado mediante el extracto de la cuenta antes reflejada obrante en el rollo de apelación.

CONSIDERANDO: Que la apelada no ha logrado acreditar la realidad de su alegado contrato causal de las cambiales, por cuanto: 1º) El documento privado en que los litigantes exteriorizaron su negociación de traspaso del local de negocio y compraventa de la industria no contiene estipulación alguna por la que referir directamente las letras de cambio litigiosas al precio aplazado, ni indicio que lo permita pues las fechas en que los plazos debían ser satisfechos no se corresponden con las de vencimiento o libramiento de las cambiales, ni las cuantías de aquellos con el importe de estas; 2º) La tesis de la ejecutada no armoniza con el contenido del acto de conciliación celebrado entre su esposo y la ejecutante (folio 24) el 14 de marzo de 1978 (fecha posterior a la aceptación de las cambiales litigiosas) pues tras manifestar aquel haber pagado 700.000 pesetas a cuenta del precio del traspaso y compraventa, y admitir que restan por abonar 450.000 pesetas cada uno de los días de 1 de marzo de 1978, 1979, 1980 y 1981 no hace referencia alguna a las cambiales aceptadas —en su versión— como garantía de dichos pagos; 3º) Igual falta de coonestación tiene la tesis de la ejecutada con el contenido de la demanda de conciliación presentada por ella y su esposo el 28 de abril de 1978, pues pese a solicitar, en base al incumplimiento de la ejecutante de su obligación de obtener el consentimiento del propietario del local para consumir válidamente el traspaso de éste, la devolución de las 700.000 pesetas referidas en el apartado anterior, ninguna reclamación hace sobre las cambiales litigiosas —ya aceptadas— ni siquiera sobre una de ellas —ya vencida el 24 de marzo de 1978—; 4º) También resulta contrario a la versión de la apelante que ésta aceptara el 24 de febrero de 1978 una de las letras de cambio litigiosas, siendo que anteriormente, el 8 del mismo mes y año, su esposo, a través de requerimiento notarial realizado a instancia del propietario del local de negocio donde se ubicaba “C. Q.” tuvo conocimiento de que su voluntad era contraria a la cesión de dicha propiedad.

CONSIDERANDO: Que la deficiencia existente en el resultado probatorio de la ejecutante —no ha logrado conectar plenamente los probados contratos con las letras de cambio litigiosas— ha quedado compensada, en el coordinado juego de cargas probatorias dadas las afirmaciones de la ejecutada sobre la existencia de negocios causales distintos de aquellos, con la ineficacia absoluta de los medios probatorios aportados por esta para acreditar la realidad de sus alegaciones, por lo que estimándose acreditada la provisión de fondos por ser deudora la ejecutada en cuantía cuando menos igual al importe de las cambiales, procede confirmar íntegramente la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer declaración expresa sobre las costas de este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por J. C. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca el dos de octubre de mil novecientos setenta y nueve en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

111. EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de provisión de fondos por incumplimiento del contrato causal: inoponibilidad de esta excepción a terceros tomadores ejecutantes. Excepciones al principio: actuación de mala fe o intervención del ejecutante en el subyacente. Facultad del tenedor de dirigir su acción contra los intervinientes en la letra. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que los ejecutados, ahora apelantes, incomparecidos en la vista del recurso que se resuelve, oponen a la pretensión ejecutiva de la Sociedad portadora de la cambial la nulidad del juicio por entender que el título que lo fundamenta carece de fuerza ejecutiva ya que: 1) Su importe es inexigible por haber incumplido el librador la contraprestación a que le obliga el contrato subyacente, siendo esta circunstancia conocida por la endosataria mencionada y 2) La ejecutante debió dirigir su acción contra la endosante y no, como incorrectamente ha hecho, contra la aceptante.

CONSIDERANDO: Que la desestimación efectuada por el Juez a quo de la oposición mencionada procede mantenerse en esta alzada, precisando con finalidad corroborativa que: A) La inexigibilidad del importe de la cambial queda asentada en una falta de provisión de fondos como expresamente reconocen los ejecutados en el hecho segundo de su escrito de oposición al afirmar “que el motivo del impago de la cambial fue el incumplimiento del contrato causal por parte del librador” y esta causa de oposición, creada jurisprudencialmente para atenuar el rigor del artículo 480 del Código de Comercio, es oponible cuando el juicio cambiario se estructura entre las mismas partes que intervinieron en la relación subyacente o causal, y no cuando quien actúa los derechos derivados de la letra de cambio es un tenedor legítimo de la misma ajeno a las relaciones extracambiarías preexistentes entre los creadores de la negociación cambiaria (SS. T.S. 18-11-1954, 24-3-1959, 22-2 y 18-3-1960, 18-2-1966 y 4-12-1981), salvo cuando el tercero, como tiene declarado el T. S. en S., por todas, de 17-1-1970 “haya adquirido la letra a sabiendas, en detrimento del deudor —animus nocendi—, es decir, con la intención de dañar a dicho deudor y con resultado dañoso para el mismo; por eso también esta Sala, ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra, actuó con mala fé o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia, la concepción de falta de provisión de fondos —S. 18-12-1964”. B) Que la actora-ejecutante tiene legítimamente el efecto-título ejecutivo en virtud del modo típico de circulación de la letra (artº 461 C. Comercio) que es el endoso, sin que los apelantes hayan acreditado que interviniera de modo alguno en las relaciones causales. C) Que la alegada incorrecta dirección de la acción ejercitada, sobre no haber sido traída al proceso por la vía del nº 4 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece de fundamento legal dado que, por una parte, el aceptante resulta ser el obligado principal en la letra —artículo 480 C. Comercio— y por otra, el endoso pleno, como el operado sobre la cambial litigiosa, transmite la propiedad de la letra produciendo la renovación de la orden de pago y creando —como función principal— la legitimación del endosatario adquirente como creador cambiario para diri-

gir su acción, caso de impago, contra el aceptante, librador o cualquiera de los endosantes, a tenor de los dispuesto por el artículo 516 del Cuerpo legal citado.

CONSIDERANDO: Que no apreciándose en el contenido de la oposición ni en la interposición del recurso más finalidad que la dilatoria, se imponem, por la temeridad que tal actuación supone, las costas de esta instancia a la parte apelante.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don B., Don P., Don G., Doña M. A. y Doña M. C. R. C., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

112

112. DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa extracontractual. Prescripción: se interrumpe con la presentación de la papeleta de conciliación y no con la celebración del acto y por la de la demanda de pobreza aunque no vaya acompañada de los documentos específicos. Coexistencia de culpas: criterios jurisprudenciales. Estimación de la demanda. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en la que se condena a los demandados a pagar solidariamente la cantidad de cuatro millones de pesetas, como indemnización por los daños y perjuicios que sufrió el menor representado por el actor, por el fallecimiento de sus padres ocurrido al ser arrollados por el tren n° 4564 el día 25 de Noviembre de 1974, sobre las 15,07 horas, el automóvil en que iban, cuando cruzaba el paso a nivel de carácter particular que conduce a una finca propiedad de una de las partes demandadas, sito en el punto kilométrico 5,610 de la vía de ferrocarril Palma-La Puebla, se impugna por los siguientes motivos: 1°) por prescripción de la acción entablada; 2°) por no concurrir en los demandados el elemento culpa o negligencia, base y fundamento de la acción contra ellos ejercitada; 3°) por no haberse apreciado negligencia en la actuación de las víctimas, con el consiguiente efecto reductor del "quantum" indemnizatorio, y 4°) por ser, en sí, excesiva la indemnización otorgada.

CONSIDERANDO: Que, concordes las partes litigantes en que el plazo de un año que señala el artículo 1968, n° 2 del Código Civil para la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil por las acciones derivadas de la culpa o negligencia del arti-

culo 1902 del mismo Código, empezó a contarse, en el presente caso, desde el día 15 de Marzo de 1977, fecha en que se dictó el sobreseimiento provisional de las actuaciones penales tramitadas con motivo del referido accidente ferroviario, resolución que dejó expedita el ejercicio de la acción civil que ahora se revisa en esta alzada, acreditado en autos que el 9 de Marzo de 1978 la parte actora, hoy apelada, propuso papeleta de pobreza para litigar con dichos beneficios legales en la presente litis, se reitera en esta segunda instancia, la prescripción de la acción entablada en base a los siguientes hechos: a) por haber transcurrido un año desde que se inició el plazo prescriptivo, al haberse celebrado el acto de conciliación el 28 de Marzo de 1978, y b) por defectos y específicos de la demanda de pobreza interpuesta, que la hacen inoperante para interrumpir la prescripción aducida. Argumentos estos que, se han de desestimar, ya que la moderna jurisprudencia patria, entre la que cabe citar las sentencias de 23 de Marzo y 16 de Noviembre de 1968, mantiene el criterio de estimar la interrupción de la prescripción por la mera presentación de la papeleta de conciliación, sin que sea necesario la celebración de dicho acto, a no ser que el solicitante hubiera instado que no tuviera lugar en la fecha designada por el Juzgado (Sentencia 22 Febrero 1967); si bien hay que señalar que con anterioridad, el Tribunal Supremo sustentó el criterio contrario, ya que exigía la celebración del acto de conciliación para que se interrumpiera el plazo prescriptivo (Sentencias 19 Noviembre 1941 y 3 de Diciembre de 1931), basado en el artículo 1947 del Código Civil, que, a diferencia del artículo 1973 del mismo Cuerpo legal, en el que se inspira el actual criterio jurisprudencial, no habla de "ejercicio de la acción ante los Tribunales", desprendiéndose de ello que la simple presentación de la demanda de conciliación implica ya esa ejercicio judicial, pero siempre que la demanda principal se presente dentro de los dos meses siguientes al día de la celebración del acto de conciliación (Sentencias de 3 de Junio de 1972 y 21 de Diciembre de 1974, entre otras), requisito este que se cumplió en el presente caso (folio 87 de los autos principales). Los efectos interruptivos de la prescripción extintiva por reiteradamente reconoce la jurisprudencia, sentencia 16 de Diciembre de 1966, entre otras, a la demanda de pobreza que se presente dentro del plazo de vigencia de la acción, en base al invocado artículo 1973, se niegan por los apelantes no obstante haber sido formulada tal demanda el 14 de Marzo de 1978, por adolecer, según uno de los recurrentes, graves defectos genéricos y específicos, consistentes, aquellos, en inconcreción de la causa de pedir, estos, por no ir acompañada de todos los documentos básicos. Tal postura impugnativa no puede prosperar ya que en la referida demanda de pobreza no solo se expresa la cantidad que se reclama, sino también "la índole del pleito" en que se pretende utilizar el beneficio legal cuya concesión se impetra, como al efecto exige la ya mencionada sentencia de 26 de Diciembre de 1966, amén que se reputa suficientemente impuestos los demandados, hoy apelantes, en los hechos básicos, habida cuenta la existencia del sumario que se tramitó a raíz del relatado accidente ferroviario y la intervención y documentos por ellos aportados a dicha causa penal; sin que por otro lado, deje de interrumpir la prescripción el hecho de que la demanda de pobreza no vaya acompañada de los documentos que exige el artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues lo único que en tal evento acontece es que se abre un paréntesis entre la admisión y la puesta en marcha de la demanda, sin que esta deje de implicar por su mera presentación, si no adolece de otro defecto que lo invalide, el ejercicio de la acción ante los Tribunales, a que se refiere el artículo 1973 del Código sustantivo (Sentencia de 16 Diciembre 1966).

CONSIDERANDO: Que tras rechazarse la excepción de prescripción de la acción, primer motivo de apelación, procede entrar en el fondo de la cuestión litigiosa, y a tal efecto hay que destacar que es doctrina harto reiterada, del Tribunal Supremo interpretativa del artículo 1902 del Código Civil (Sentencia de 22 Febrero 1946, 20 Octubre 1950 y 8 Octubre 1969, entre otras), que sienta que para la responsabilidad extracontractual regulada en tal precepto sea declarada, se hace precisa la conjunción de los requisitos o supuestos siguientes: uno subjetivo, la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige, otro objetivo, la realidad de un daño lesión al accionante y otro causal, la relación entre el daño y la falta (Sentencia 6 Noviembre 1980); y reconocido por los demandados el requisito objetivo, la muerte de los padres del menor representado, en la forma antes relatada, procede determinar si tales muertes se produjeron por acción u omisión culposa o ne-

gligente de las dos partes demandadas o de una de ellas, lo que se niega por las recurrentes y constituye el fundamento del segundo motivo de esta apelación, cuyo estudio se lleva a cabo seguidamente.

CONSIDERANDO: Que, de la apreciación en su conjunto de la prueba practicada, se estima que el aludido accidente ferroviario se produjo cuando, tras recorrer el automóvil ocupado por los padres del menor representado por el actor, un camino particular, propiedad de una de las partes demandadas, que conduce a un almacén y depósito de chatarra propiedad de dicha parte litigante, atravesaba un paso a nivel muy peligroso, por ser su visibilidad muy reducida en dirección Palma, de donde procedía el tren que le alcanzó, cruce donde ya se habían producido diversos accidentes graves, lo que había determinado que el anterior sistema de cierre del paso a nivel por una cadena, fuese reemplazado por dichos demandados, a instancia de la compañía de ferrocarriles de vía estrecha demandada, por una barrera basculante que, levantada a mano por los usuarios o empleados del concesionario, volvía, por su propio peso, a su posición horizontal y para la debida seguridad debía permanecer, cuando no era utilizada, cerrada con un candado, como se indica en el informe técnico obrante en autos (folio 73) y en la declaración del ingeniero de dicha entidad ferroviaria (folios 336 y 337), cuya llave debía estar en poder de los demandados propietarios del citado terreno, por corresponderles la concesión del indicado paso a nivel, ya que éste fue otorgado en función a su mencionada actividad mercantil; y no obstante ser tal cruce tan peligroso, cuando ocurrió el accidente, la barrera estaba bloqueada verticalmente, bien con una piedra, bien sujeta con una cuerda o alambre, lo que permitió al referido automóvil acceder directamente a la vía del ferrocarril en el momento en que el tren pasaba por allí a una velocidad de unos 50 kilómetros por hora. Se desprende de lo ultimamente expuesto que el accidente se produjo fundamentalmente: a) por acción culposa de los demandados propietarios del camino y terreno mencionados al dejar la barrera basculante abierta o al menos no cerrada con candado, extremo este reconocido por el codemandado señor M. N. en su confesión (posición 5ª) y confirmado por el testigo de dicha parte, don J. A. G. M. al declarar que después del accidente se le nombró encargado de dicha barrera y se le entregó la llave de un cadado, y que “no existía candado antes del accidente, que actualmente es así” (folio 258 vuelto), b) por omisión negligente en la compañía de ferrocarriles demandada, al no comprobar ni vigilar, como le correspondía, que la barrera basculante instalada a su instancia en el supradicho paso a nivel, no estaba provista de todos los elementos de seguridad que debía tener, y concretamente de un cierre a base de un candado, ya que este, según prueba testifical, sólo se puso después de producirse el mencionado accidente. Por lo que se aprecia la concurrencia de todos los elementos exigidos por la jurisprudencia para que se dé la responsabilidad extracontractual, cuya declaración y efectividad se postula en el pleito que ahora se dilucida en esta segunda instancia; siendo indiferente a los efectos indicados que dicha acción culposa y la indicada omisión negligente no fuesen realizadas personalmente por las partes demandadas —una de ellas es un organismo estatal autónomo— sino por alguno de sus empleados, ya que el artículo 1903 del repetido Cuerpo legal, estatuye para tales supuestos, la misma responsabilidad directa, si bien en base a una falta de vigilancia (culpa “in vigilando”), o en una elección desacertada (culpa “in eligendo”).

CONSIDERANDO: Que al no poderse concretar el potencial de riesgo ni el porcentaje de aportación de dichas actuaciones ilícitas civiles en la producción del daño causado, se reputan solidarias las expresadas responsabilidades, como forma jurídica más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la culpa extracontractual (Sentencias 20 Mayo 1968 y 20 Febrero 1970).

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se basa en la concurrencia de “culpa” de la víctima que conducía el automóvil que fue arrollado por el tren, al no adoptar precaución alguna especial al cruzar el paso a nivel, no obstante existir a 3,75 metros antes de la barrera que protege dicho cruce, un letrero que dice: “Atención al tren. Camino particular” (folios 12/14 de este rollo), coexistencia de culpas que deben determinar, según una de las partes apelantes, una reducción del importe de la indemnización postulada y concedida por el juez de instancia, pretensión que no puede prosperar, no solo por

la confianza que normalmente dispensa a todo conductor de un vehículo de motor, el ver levantada la barrera que protege un paso a nivel, ya que significa que puede, sin peligro alguno, cruzar la vía del ferrocarril, sobre todo cuando se trata de una barrera que debe permanecer en posición horizontal, dadas sus características, cerrando el paso, sino porque de los principios que sustenta la jurisprudencia patria, en la que hay que destacar la sentencia de 14 de Junio de 1973, para la hipótesis de coexistencia o concurrencia de culpas, a saber, el de *absorción* de la del perjudicado por la del agente, el de *neutralización o compensación* total de culpas de ambos, cuando fuesen de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (Sentencias de 21 Diciembre 1910, 13 Junio 1932, 18 Enero 1936 y 10 Junio 1943), y el de *moderación o disminución* de la cuantía de la indemnización, que tiene lugar cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada “culpa” del perjudicado, debe prevalecer, en el presente supuesto, el principio mencionado en primer lugar, el de absorción de la “culpa” de la víctima por las de los codemandados, dada la manifiesta diferencia de grado y virtualidad jurídica entre la aducida “culpa” de la víctima y las graves actuaciones culposas o negligentes de los hoy apelantes-demandados.

CONSIDERANDO: Que teniendo en cuenta que el perjudicado, hijo único, tenía ocho años de edad cuando se produjo la muerte de sus padres en el tantas veces mencionado accidente, lo que le causó el consiguiente desamparo por la pérdida de sus dos seres más queridos, los gravísimos perjuicios familiares, morales y económicos, dada la modesta posición económica de sus progenitores —litiga con el beneficio legal de pobreza—, los trastornos de toda clase que lógicamente se le han causado y que continuará sufriendo y el largo tiempo transcurrido desde que se produjeron dichas muertes —Noviembre de 1974—, se reputa por este Tribunal, ponderada la indemnización de cuatro millones de pesetas concedida en la sentencia recaída al mencionado menor por el fallecimiento de sus padres, y por ende se desestima también el último motivo del recurso formulado.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y al desestimarse todos los motivos de impugnación y por los fundamentos de la resolución impugnada, procede la confirmación de esta en todas sus partes.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don J. M. N. y don T. P. R., así como también el interpuesto (FEVE), debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cuatro de Junio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

113

113. ARRENDAMIENTO URBANOS. Subarriendo, cesión o traspaso. Local arrendado al Movimiento Nacional y cedido a la Administración General del Estado al amparo del Decreto 23/1977, de 1 de abril. Estimación de la demanda. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, que declara resuelto el contrato de arrendamiento del piso primero, puertas 1ª y 2ª de la finca nº 8 de la calle Vilanova de esta ciudad, concertado el 20 de Marzo de 1950 entre la entidad actora, propietaria del inmueble y la J. P. P. F. E. T. y de las J.O.N.S., y nulas las cesiones verificadas a favor de la A. G. E., es impugnada por el señor Abogado del Estado, por no haberse producido, según dicha parte recurrente, cesión alguna del inmueble mencionado a favor del Estado, sino una asunción, por parte de este, de la cualidad de arrendatario del repetido piso, una continuación de dicha titularidad locativa por exigencia legal indeclinable, "erga omnes".

CONSIDERANDO: Que el recurso se basa: A) en los artículos 6 y 7 del Real Decreto-Ley 23/1977, de 1º de Abril, que dispusieron la transferencia en bloque a favor del Estado de los bienes y derechos de que era titular el M. N., lo que determinó según el apelante, una subrogación por ministerio de la Ley en la titularidad de los derechos arrendaticios que correspondían a este último, subrogación reforzada, según dicha parte, por el hecho de que el citado Real Decreto-Ley trae causa de una norma de rango institucional, cual es la Ley para la Reforma Política de 4 de Enero de 1977; B) por aplicación a la cuestión planteada, y en virtud del principio de analogía proclamado en el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de lo establecido en el artículo 31-3) y 4) de la misma Ley locativa, para los supuestos de transformación de empresas arrendatarias por ministerio de la Ley.

CONSIDERANDO: Que ostentando el M. N., según la normativa que lo creó (Decretos de 19 de Abril y 4 de Agosto de 1947 y 3 de Enero de 1946), carácter autónomo paraestatal, con propia personalidad jurídica y autonomía patrimonial, distinta de la del Estado, para el cumplimiento de sus fines —artículo 55 del Estatuto Orgánico del M. N. aprobado por Decreto de 20 de Diciembre de 1968—, de ahí que, F. E. T. y de las J.O.N.S., estructurada en el M. N., contratase, con personalidad privativa independiente, con la entidad apelada-actor, el arriendo del piso de referencia, con pacto expreso de ser destinado el local para el exclusivo uso del "Seminario de Estudios Sociales, Económicos y Políticos" (condición 8ª a) del contrato de inquilinato obrante al folio 29 vº.), y al no tener el citado Real Decreto-Ley 23/1977 alcance para afectar derechos de índole estrictamente privada, que se sometan íntegramente al Derecho privado, el Estado no se subroga en los arrendamientos en que era arrendatario el Movimiento Nacional, sino que a esa situación se aplica por entero el régimen de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Sentencia 8 Febrero 1982), criterio que ya sustentó el Tribunal Supremo respecto a los arrendamientos de locales suscritos por la extinguida Fiscalía Superior de Tasas (Sentencias 21 Marzo y 26 Mayo 1967 y 3 Diciembre 1971); por lo que procede desestimar el primer motivo de la apelación.

CONSIDERANDO: Que si bien el artículo 8º de la Ley de Arrendamientos Urbanos propicia la aplicación analógica de sus preceptos, no cabe aplicar el artículo 31-3) y 4) de la citada Ley locativa, al supuesto del arrendamiento en que sea inquilino el M. N. a favor del Estado, por las siguientes causas: 1ª) por cuanto dichos dos preceptos se refieren al traspaso de local de negocio y no, como en el presente supuesto, a cesión de vivienda. 2ª)

que la finalidad de las excepciones estatuidas en los referidos apartados del artículo 31 mencionado, es la protección de la empresa, ya que en esta el arrendamiento del local es un importante elemento de su patrimonio, pues en determinadas clases de comercio, el emplazamiento del negocio tiene máxima importancia, pues la cantidad, calidad y entidad de la clientela se determina muchas veces por el sitio donde está situado el negocio, cuestión esta que no se da en el caso que se debate, y 3ª) la aplicación analógica, que autoriza el mentado artículo 8º, es para el supuesto de que exista laguna legal, caso que no es el actual; por lo que, igual destino desestimatorio, ha de recibir el último motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que, al estar acreditado que el local arrendado está en la actualidad ocupado por la Delegación Provincial del Ministerio de Cultura, y al haberse realizado la cesión de la cosa arrendada de modo distinto al autorizado en el Capítulo IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se da la causa resolutoria 5ª del artículo 114 de la Ley especial ultimamente invocada, sin que pueda triunfar la tesis contraria basada en que tal transferencia fue una adscripción del referido inmueble arrendado, al servicio de dicho Departamento ministerial, por acuerdo adoptado en Consejo de Ministros a propuesta de la Comisión de transferencias de la Administración del Movimiento, realizada a tenor de los artículos 6 y 7 del repetido Real Decreto-Ley 23/1977, ya que el repetido local al no ser propiedad del Movimiento Nacional, sino de un tercero, arrendador del inmueble, queda amparado, como antes se fundamentó por la Ley de Arrendamientos Urbanos, con arreglo a cual y a la doctrina jurisprudencial, la introducción de persona extraña al arrendamiento, sin autorización del arrendador, origina la resolución del contrato, criterio este que, con todo acierto, sustenta la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por el señor Abogado del Estado, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintidós de Julio de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad, en el procedimiento incidental especial de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Dada la incomparecencia en este recurso de los demandados declarados rebeldes, notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

116

116. VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS. Naturaleza jurídica y perfeccionamiento de estos contratos. Documentos privados: fecha y justificación de la misma frente a terceros. Inscripción en el Registro Especial posterior: efectos y consecuencias. Quiebra ulterior del comprador retrotraída a tiempo anterior al contrato: desestimación de la re-

convención interesando la nulidad del contrato por este hecho. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Interpretación del n° 2 del párrafo 2° del art° 11 de la Ley reguladora de estos contratos. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la aceptada reproducción histórica del “factum” contenida en la sentencia apelada no releva (pese al carácter ordinario o de plena devolución que caracteriza en nuestro sistema la normativa del recurso jerárquico, de alzada o apelación) a este órgano “ad quem” de la precisión de matizar alguno de los datos fácticos que pudieran ser cuestionables, al no alcanzar en la precisa, concreta y técnica formulación contenida en el primer fundamento del fallo apelado una dimensión incontrovertible; y así, a título corroborativo y para mejor instalar la materia a decidir en una perspectiva correcta conviene, de un lado, indicar cuál sea la apoyatura probatoria en que cada uno de aquellos datos se funde y, de otro, añadir otros significativos a la hora o en trance de fijar la imprescindible premisa de la decisión; de manera que debe declararse que de lo actuado en autos resultan firmemente justificados los hechos siguientes: 1°) Que la entidad mercantil actora hoy apelada vendió, a través del impreso oficial propio de las ventas regidas por la Ley de 17 de julio de 1965, a la codemandada declarada en situación de quiebra los bienes muebles descritos en los anexos que el propio documento/matriz identifica (Folios 2 y ss.) por un precio total de 1.210.837 Pts., incrementado por el sistema de pago aplazado que el contrato prevé a la cifra total de 1.265.832 Pts.; realizándose esta venta en fecha 27 de agosto de 1974.- Consta la certeza de este hecho por varios datos que se obtienen desde la premisa de que la certeza de la fecha del documento privado no se encierra, según reiterada doctrina legal, en los moldes fijados por el artículo 1.227 del Código Civil, como son: a) Que aunque tal venta no se haya inscrito hasta el día 8 de abril de 1975, lo cierto es que la propia codemandada Sindicatura de la quiebra en su escrito de contestación (hechos segundo, al segundo y tercero) admite la realidad de los pagos (entrega inicial y de dos plazos) correlativamente indicados en el escrito instaurador lo que determina la autenticidad de la fecha por aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 1.229 del Código Civil: “el deudor, que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique”; al ser obvio que pretender el efecto favorable derivado del pago parcial encierra al tiempo un reconocimiento del contenido del documento en que aquél figura como una totalidad y no sólo en ese parcial aspecto favorecedor.- b) Por las presunciones “ex arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil, ya que el contrato origen de la demanda y cuya resolución se pretende por medio de la misma se extiende en el modelo oficial de impreso Mod. A. N° 517365 (Folio 2), en tanto que en otra operación de similar naturaleza entre la actora y la entidad quebrada no objeto de este proceso, pero cuyo documento expresivo se ha aportado no contradictoriamente a estos autos (Folio 93), cuya fecha auténtica por registración es (Folio 92) la de 30 de diciembre de 1974, tiene un número superior en la modelación oficial: Mod. A. N° 517430.- 2°)- Que dicho contrato no se inscribió en el Registro de Venta a Plazos hasta el día 8 de abril de 1975, según la propia documentación acompañada con el escrito instaurador de la litis (Folio 1).- 3°)- Que por la documentación aportada por la propia actora y la confesión judicial del representante legal de la misma (Folios 203 y 204) se deduce que los bienes objeto de contrato, pese a figurar en el documento expresivo del mismo, como entregados en la data referida, no lo fueron hasta los meses de marzo y mayo de 1975.- 4°)- Que por el Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad con fecha 7 de marzo de 1977 (Folio 208) se dictó auto declaratorio de la quiebra del codemandado comprador, el que declaró la retroacción de los efectos de la misma a la fecha 1 de enero de 1975.- 5°)- Que la codemandada declarada en situación de quiebra necesaria desatendió los pagos parciales programados en el contrato expresado, a excepción de los dos primeros; hecho no polémico al estar admitido por las partes, lo que resulta vinculante con arreglo al artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que, resumido así el “factum” sobre el que ha de recaer la decisión, conviene, todavía “in limine litis”, condensar también las respectivas posiciones de las partes y la respuesta (sentencia apelada) jurisdiccional a las mismas en primer grado, de forma que: a) La actora-reconvenida funda su pretensión instauradora en el artículo 11 de la Ley 50/9165, de 17 de julio, ejercitando, dentro de la opción que el precepto le otorga, la acción resolutoria específica y no la genérica que ara las obligaciones sinalagmáticas o bilaterales propicia el artículo 1.124 del Código Civil.- b) La demandada-reconviniente postula, con carácter principal, la nulidad del contrato de compraventa en base a que su fecha, en su trascendencia a terceros, que es la de 8 de abril de 1975, determinaba su ineficacia total y absoluta por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, al estar comprendido el momento de perfección del contrato en la fecha fijada para la retroacción de la declaración de quiebra, que era el período siguiente al día 1 de enero de 1975; y subsidiariamente, la integración en la masa concursal de los bienes adquiridos, con declaración jurisdiccional de cuál haya de ser la cifra por la que la entidad vendedora debía figurar, como acreedor común u ordinario, entre los acreedores de la demandada declarada en quiebra.- c) La construcción de la sentencia apelada, en los no compartidos fundamentos tercero y cuarto, gravita la fundamentación del acuerdo estimatorio de la demanda sobre un eje básico: entender que el contrato de compraventa es consensual y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.450 del Código Civil el contrato era perfecto (y por ello no sometido a la nulidad derivada del expresado artículo 878) desde el momento del acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni uno ni el otro hubiesen sido entregados.

CONSIDERANDO: Que la fundamentación de la sentencia apelada adolece “a radice” de una premisa errónea: *partir para la fijación del momento de perfección del contrato de la normativa común* (cual si de una venta ordinaria civil se tratare) y “*ex post*” *aplicar las consecuencias previstas normativamente por el artículo 11 de la Ley especial citada*, silenciando que aquel régimen de perfeccionamiento simplemente consensual no es evidentemente predicable para las ventas sometidas a la normativa especial, cuyo carácter real (o incluso en ciertas caracterizaciones doctrinales, “manual”) resulta de lo dispuesto en los artículos 2º-1º (“y recibe de éste, *en el mismo momento*, una parte del precio”) y 9º-1º (“satisfaga, *en el momento de la entrega* o puesta a disposición del objeto vendido”), en los que se altera el régimen común como contrapartida de las ventajas que para las partes ofrece el sistema especial y, en definitiva, con un fondo de política económica de freno a la tendencia inflacionista; y al ostentar tal naturaleza, obvio resulta que no ha de ser el citado artículo 1.450 del Código Civil la norma a aplicar en trance de resolver cuál sea el momento temporal de perfección del contrato y, consecuentemente, aquel en que se deba partir para determinar si los actos de “dominio y administración del quebrado” a que se refiere el artículo 878 citado se hallan o no incurso en esa eficacia negativa que por ficción legal (S. de 17 de marzo de 1977) establece tal precepto para hacer respetar el principio básico de la “par conditio creditorum” (S. de 15 de octubre de 1976).

CONSIDERANDO: Que la apuntada naturaleza real del contrato de compraventa de bienes muebles a plazos en la normativa establecida por la Ley 50/1965 no se aleja, sin embargo, como pudiera hacer pensar una lectura superficial de la referida normativa, de la establecida para el sinalagma funcional del contrato de compraventa civil común en los artículos 1.466 y 1.500 del Código Civil, en tanto que la correlación entrega cosa/pago precio simultáneas, que en aquélla funciona como momento de consumación y en la normativa especial como momento de perfección se ve atemperada normativamente por el citado párrafo 1º del artículo 9º de la Ley especial, al parificar a la entrega o “traditio” una categoría nueva representada disyuntivamente por la “*puesta a disposición del objeto vendido*”; expresión que ha sido comúnmente interpretada por la doctrina como sinónima de retirada de la venta al público por parte del vendedor, siendo necesaria la plena identificación del objeto vendido con las circunstancias exigidas por la Ley de 16 de diciembre de 1954, reguladora de la Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, que es lo que ocurre en el caso que ahora se decide, ya que según las hojas anexas al contrato de venta y que forman parte de él se consignan los números de fabricación de los distintos objetos vendidos, lo que obviamente impone la conclusión de realización de tal “puesta a disposi-

ción” del comprador, al verificarse posteriormente la entrega de los mismos; razón por la que cabe reputar perfeccionada la venta en fecha (agosto de 1974) anterior a la fijada para la retroacción de la quiebra.

CONSIDERANDO: Que, ello señalado, claramente se deduce que la registración del contrato en fecha posterior (8 de abril de 1975) a la tantas veces citada de inicio de la retroacción no supone otra cosa que a partir de ahí —fecha de la registración— se obtiene la garantía real prevista en el artículo 23 y concordantes de la tantas veces citada Ley especial; es desde tal data cuando aparece la trascendencia real (frente a terceros) de la reserva dominical, similar, según advierte la doctrina científica, a la de la prenda sin desplazamiento a la hipoteca mobiliaria; y de ahí que: a) Al celebrarse el contrato de venta en fecha —según se señaló— anterior a la fijada para la retroacción conforme al citado artículo 878 del Código de Comercio, aquél no es nulo por aplicación de este precepto, si bien su eficacia no trasciende a terceros mientras no se registre, conforme al artículo 23 de la Ley de 1965 tantas veces citada.- b) Desde la fecha de la inscripción, la eficacia puramente obligacional o “inter partes” se transmuta en una eficacia superior cual la real, de manera que los efectos de la publicidad registral trascienden y no están sujetos a la nulidad por retroacción derivada de la declaración de quiebra; lo que determina que al ser esta inscripción anterior a la fecha de declaración de quiebra despliegue toda su eficacia real, al ser un simple plus de eficacia sobreañadido a un negocio civil no afectado de nulidad, procediendo así, como correctamente estimó el juzgador “a quo”, la estimación básica de la demanda y derivada desestimación de la pretensión reconventional articulada en el escrito de contestación a la misma.

CONSIDERANDO: Que resta ya sólo en trance fundamentador valorar la procedencia o improcedencia de la alegación de la sindicatura codemandada hoy apelante en orden a cuál haya de ser la hermenéutica del ordinal 2 del párrafo 2º del artículo 11 de la Ley especial sobre la fijación del “quantum” referido en el precepto como concepto indemnizatoria “por la depreciación comercial del objeto”: si el desembolso inicial realmente efectuado en cada venta concreta (tesis de la actora-reconvenida aceptada por el juzgador “a quo”) o si, contrariamente, siguiendo la tesis de la recurrente, el desembolso normativamente previsto como mínimo por la norma con carácter general; problema que ha de ser resuelto sin duda en la forma en que lo hizo el juzgador de primer grado, ya que pretender que frente al sentido llano de las palabras utilizadas por el precepto prevalezca una interpretación nomotética resulta inatendible si se tiene en cuenta: a) Que el importe del prior plazo o desembolso inicial tiene, según lo previsto en el artículo 6-6º de la Ley especial, dos características básicas: es un mínimo y ha de fijarse por las disposiciones reglamentaria; lo que correlativamente comporta, de un lado, que no altera la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para en cada caso establecer un desembolso cuantitativamente superior atendidas las características de cada negocio singular y, de otro, que la fijación reglamentaria atiende, más que a criterios indemnizatorios (esfera jurídica privada) a parámetros de política económica (lucha contra el proceso inflacionario), ajenos por tanto a una generalización en el área civil.- b) Que a igual conclusión lleva el dato hermenéutico sistemático derivado del párrafo 4º del citado artículo 11, al dejar a salvo en su caso las correspondientes acciones de resarcimiento, en relación con la gráfica expresión “en todo caso” con que el precepto articula el peculiar elenco de conceptos indemnizatorios que establece; de suerte que en el mejor de los casos para la parte hoy recurrente hacia ella desplazaría el precepto el onus probatorio de que la depreciación comercial de los objetos vendidos era inferior a la cifra desembolsada con carácter inicial, por lo que al no haber efectuado tal acreditamiento resulta obligado mantener el pronunciamiento recurrido también en este concreto extremo.

CONSIDERANDO: Que de lo expuesto se desprende claramente que en modo alguno cabe reputar temeraria la posición procesal de la recurrente, por lo que no procede hacer declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la codemandada “S. DE LA Q. DE LA E. M. X., S.A.” contra la sentencia dictada por

el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este recurso. Notifíquese esta resolución a los demandados rebeldes en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

118

118. RECLAMACION DE CANTIDAD. Insuficiencia de prueba suplida mediante diligencias para mejor proveer. Estimación de la demanda. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión sometida a esta alzada consiste en determinar si la pretensión actora ha tenido apoyo probatorio suficiente para lograr su estimación, y si bien es cierto que los medios probatorios aportados por el demandante, ahora recurrente, para verificar sus alegaciones básicas —entrega de mercancía al demandado por importe de 141.862 pesetas e impago de 95.400 pesetas— carecían por sí mismos de la consistencia necesaria para lograr el fin pretendido —a lo que cooperó la postura procesal del demandado y su negativa total al pliego de posiciones que le fue formulado—, sin embargo, como resultado de la diligencia que para mejor proveer se acordó practicar en esta segunda instancia, ha quedado acreditado (certificación del Banco de B.) el pago parcial que en cuantía de 50.000 pesetas y por medio de un cheque librado el 10 de noviembre de 1976 había realizado el apelado a X, siglas mediante las que la Sociedad actora comercializa productos como los objeto del contrato básico, y este pago —negado por Don Antonio Lladó Llabrés al absolver la posición 3ª (folio 24)— adquiere entidad decisiva pues otorgando, por una parte, plena validez a la factura aportada con la demanda, autenticidad a las cambiales incorporadas en igual acto procesal y a la anotación de pago a cuenta obrante al dorso de una de ellas y eficacia probatoria a la declaración del testigo Don J. B. C., agente comercial y representante de la entidad demandante, y evidenciando, por otra parte, la deslealtad procesal mantenida por el demandado en las dos instancias, fundamenta la revocación de la sentencia recurrida y la consiguiente estimación de la demanda instauradora de la litis, por haber quedado acreditado, en definitiva, que la Sociedad recurrente entregó mercancía al demandado-apelado por importe de 141.862 pesetas del que únicamente han sido satisfechas 50.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 341 del Código de Comercio procede condenar al demandado al pago de los intereses legales de la cantidad de 95.400 pesetas desde la fecha del emplazamiento —así se solicita en el suplico de la demanda—, y en aplicación de lo prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil al pago de los intereses estipulados en dicho precepto desde la firmeza de la resolución presente.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto en la fundamentación primera de esta resolución procede condenar al demandado al pago de las costas de la primera instancia, sin que dado el tenor de esta resolución haya causa para hacer expresa declaración en cuanto a las de este segundo grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por “X., S.A.”, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno, de esta Ciudad, el veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía del que dimana este rollo, y debemos condenar y condenamos al demandado Don A. L. L. a que abone a la Sociedad actora la suma de noventa y cinco mil cuatrocientas pesetas de principal, más la correspondiente a los intereses legales desde la fecha de su emplazamiento y la correspondiente a los intereses prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la firmeza de esta resolución, así como al pago de las costas de la primera instancia, sin hacer declaración expresa sobre las de este segundo grado jurisdiccional.

(Ponente: José Luís Calvo Cabello)

119

119. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por “cierre”. Su concepto jurisprudencial. Carga de la prueba: incumbe al actor la de la abstención en el uso pactado y al demandado, a partir de aquí, la de que realiza actividad negocial. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, según ya se señaló por esta Sala (SS. de 10 de junio de 1974, 29 de noviembre de 1977 y 18 de julio de 1980), el análisis de la causa resolutoria 11ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha de hacerse partiendo de la premisa esencial de que la realización jurídica —como incardinada en el área de las ciencias del espíritu y no de la naturaleza— impone la valoración del concepto de “cierre” del local siguiendo el afeccionamiento del T.S. (S. de 8 de febrero de 1974) cuando indica que “la aplicación del derecho no es un proceso matemático o nemotécnico, sino racional y reflexivo, que necesariamente se ha de fundar en la interpretación”; y de ahí que desde esta plataforma hermenéutica resulte plenamente inteligible una reiteradísima jurisprudencial que proclama: a) Su no sinonimia con el cierre físico del local, sino como interrupción de la actividad de comunicación con el público, que es consustancial a la actividad mercantil y que ya se tiene presente en el artículo 1º de la Ley de Arrendamientos Urbanos al definir el local de negocio como *establecimiento abierto* en el que se ejerce una actividad de comercio, industria o enseñanza con fin lucrativo (SS., entre varias, de 12 de mayo de 1969, 3 de marzo de 1970, 30 de marzo de 1973, 14 de diciembre de 1974 y 30 de septiembre de 1975); en tanto el “cierre” es la cesación de la actividad negocial a que venía destinado (S. de 17 de febrero de 1973), la terminación del servicio directo al cliente (SS. de 5 de abril de 1961, 10 de febrero de 1966 y 25 de junio de 1971), la ausencia de trato o relación

con el público consustancial a todo negocio (SS. de 30 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1971).- b) Su no neutralización por un uso anómalo (SS. de 25 de mayo de 1966 y 25 de junio de 1971), que puede estar representado por la realización de actividades accesorias o esporádicas con el público, en tanto el acceso de éste al local no constituya la base de utilización o actividad habitual tenidas en cuenta como fin de la locación (SS. de 3 marzo de 1970, 16 de junio de 1971, 4 de noviembre de 1974 y 3 de febrero de 1975, entre varias); y doctrina también obviamente muy tenida en cuenta por esta misma Sala, al declarar que no son admisibles las ficciones dirigidas a sostener una apariencia de actividad (SS. de 11 de julio de 1972 y 18 de julio de 1980), pues en definitiva quiebra en tales situaciones el principio de necesidad en que se funda, como eje esencial, toda la especial ordenación locativa urbana, fenece el principio proteccionista del arrendatario y cobra vía libre el legítimo interés del propietario.

CONSIDERANDO: Que (todavía "in limine litis") también esta Sala ha recordado reiteradamente que la propia naturaleza del "cierre" como evento negativo no arroja sobre el actor/arrendador otra carga probatoria que la simplemente inicial de la abstención en el uso pactado, arrastrando hacia el demandado la de acreditar (lo que para él es más fácil) la producción del evento contrario; de manera que justificado ese período de inactividad aún en forma no exhaustiva, pesa sobre el arrendatario la necesidad de justificar la realización de actividad negocial; y así, en el caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional debe señalarse: 1º)- Que la actora ha acreditado sin lugar a dudas los hechos siguientes: a) Que en el local arrendado, según muestra la certificación de la entidad "X., S.A." obrante en autos (Folio 122) se registraron los consumos siguientes: 1979: enero-febrero, 181, marzo-abril: 62, mayo-junio: 173, julio-agosto: 95, septiembre-octubre: 178 y noviembre-diciembre: 218; en 1980 aparece cerrado en los períodos enero-febrero y marzo-abril, se registra un consumo de 252 en mayo-junio, de 82 en julio-agosto, de 21 en septiembre-octubre y de 35 en noviembre-diciembre; y por último, en 1981: un consumo de 7 en el período enero-febrero, uno de 6 en el marzo-abril y de acero, en el de mayo-junio, señalándose el cierre en el de julio-agosto.- b) Que el demandado en el segundo semestre de 1980 presentó solicitud de pensión por jubilación a percibir de la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, según reconoció al prestar confesión en juicio (Posición 4ª, a los folios 130 y 131 vtº), la que percibe desde el 1 de septiembre del mismo año, según acredita la oportuna certificación del Instituto Nacional de la Seguridad Social obrante en los autos (Folio 134).- 2º)- Frente a estos datos, a la luz de la normativa contenida en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, no puede prevalecer la apariencia de uso comercial tratada de crear por la demandada hoy apelada en forma de documental acreditativa de que recibe en el local arrendado el periódico "Y. S.A." (Folio 152), que continúa fiscalmente ejerciente en el ramo de venta menor de artículos de regalo (Folio 153), de reparaciones efectuadas (Folios 155 a 157) y de "AFDC" (folio 158) en orden a la declaración fiscal de estimación objetiva singular durante el segundo semestre de 1980, pues toda dicha documental cubre un período temporal distinto al año 1981, en el que precisamente se registra la mayor caída de consumo de fluido eléctrico, y por ello lejos de neutralizar la prueba del demandante la robustecen, ya que fácil hubiera sido en la por lo demás simple justificación de actividades de carácter esporádico acreditar la realización de otras similares ejercidas durante dicho año 1981, al ser presentada la demanda en el mes de junio de dicho año (Folio 34 vtº); no siendo tampoco eficaz la testifical practicada a instancia de dicha parte demandada (Folios 144 y ss.) para justificar el uso negocial, dada su absoluta inconcreción y, fundamentalmente, por la propia redacción de la pregunta sexta del interrogatorio formulado para su testifical por la misma demandada, alusivo a un supuesto traspaso pretendido y en el que la parte expresa literalmente que "como consecuencia del traspaso que tenían en perspectiva *el Sr. V. dejó de hacer pedidos con vistas a la próxima temporada*, ya que la declarante le había indicado que quería el local con el menor género posible" (Folio 137); dato básico a la hora o en trance de corroborar la falta del uso pactado del local y que, en unión de los anteriores y sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían simplemente reiterativas, comporta la estimación del recurso de apelación interpuesto por la actora y derivada de la demanda; con la obligada condena a la demandada de las costas de primera instancia en cumplimiento de la norma contenida en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que al estimarse el recurso no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en el mismo.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes señores LL. P. contra la sentencia dictada por la señora juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón en accidental sustitución del Juzgado de tal clase número dos de esta ciudad en autos de juicio incidental arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos, recovando dicha resolución, estimar y estimamos en todas sus partes la demanda interpuesta por don J. F. LL. P. y otros contra don J. V. LL., y en consecuencia debemos denegar y denegamos la prórroga del contrato de arrendamiento de local de negocio sito en el número dos de la calle A. de este municipio, sita en el lugar de C. P., declarando resuelto dicho contrato y condenando al demandado referido al desalojo del local arrendado dentro del plazo legal, bajo apercibimiento de que de no verificarlo será lanzado del mismo; codenando también al demandado, por ministerio legal, al pago de las costas de primera instancia y sin hacer especial declaración en cuanto a las devengadas en este grado jurisdiccional.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

125

125. JUICIO EJECUTIVO. En base a póliza de afianzamiento. Notificación al fiador pactada en la póliza como necesaria. Indiferencia si es fehaciente, del medio utilizado. Carácter rigurosamente formal de estos procedimientos: falta de invocación del cauce por el que se articula la oposición: insinuación de que ello es suficiente para su desestimación. *Sentencia de 12 de Junio de 1982.*

RESULTANDO: Que en el precitado juicio ejecutivo la señora Juez de Primera Instancia, encargada accidentalmente del Juzgado número Dos de Palma, en veintisiete de noviembre del pasado año, dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que debo desestimar y desestimo la demanda de juicio ejecutivo origen de los presentes autos que dispone que el importe de la deuda afianzada sea previamente reclamado al fiador por carta certificada con acuse de recibo, ya que se ha practicado requerimiento de pago notarial, amén que dicho acto notarial adolece, según la misma parte, de vicios que implican la nulidad del mismo.

CONSIDERANDO: Que dada la naturaleza del llamado juicio ejecutivo, proceso en el que el conocimiento no queda excluido, sino limitado, la oposición en él, solo puede fundarse en dos categorías de causas: existencia de *excepciones* que suspendan, modifiquen o extingan el alcance de la acción ejecutiva ejercitada (artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o bien cuando se dé alguno de los motivos que conduzcan a la *nulidad* del juicio promovido (artículo 1467 de la misma Ley); y no obstante ello, el escrito de ope-

sición no expresa ninguna de dichas causas, ni siquiera menciona, entre los fundamentos de derecho que invoca, precepto alguno de la Ley procesal civil, ya que se basa únicamente en el supuesto incumplimiento contractual referido, lo que dio lugar a que la ejecutante, en su escrito de contestación, postula el rechazo de plano de tal oposición; siendo de resaltar el criterio tan dispar como contradictorio, que sustenta la parte deudora ya que, por un lado es sumamente rigurosa y formalista frente a la entidad acreedora en cuanto al exacto y literal cumplimiento de todos los pactos del afianzamiento mercantil por ella suscrito, y por otro lado y en cuanto a su propio actuar ante el órgano judicial, prescinde de la observancia de normas y estructuras procesales, materia en la que las prescripciones formales tienen más importancia y trascendencia que en el ámbito mercantil. No obstante ello, y como en el suplico del escrito de oposición a la ejecución se postula, tras solicitar que se declare no haber lugar a dictar sentencia de remate, y con carácter alternativo, la nulidad de todo lo actuado, y como tal nulidad pudiera existir en base a la causa 2ª del citado artículo 1467, criterio que sustentó la Juez de instancia, es por lo que procede centrar la apelación en determinar si el título presentado con la demanda, base y fundamento de la acción promovida, carece o no de eficacia ejecutiva por defectos extrínsecos o no ser exigible la cantidad.

CONSIDERANDO: Que consta reconocido que la reclamación al fiador, del importe de lo adeudado por carta certificada con acuse de recibo, no se verificó, pero si se tiene en cuenta que tal forma de reclamación no tenía otra finalidad que la de dar constancia de haberse hecho saber al fiador la existencia de la deuda para que pudiera solicitar aclaraciones, practicar las comprobaciones oportunas y como tal medio de requerimiento fue sustituido por otro de mayor solemnidad, fehaciencia y eficacia, cual es el notarial, no puede prosperar la alegación de inexistencia del previo requerimiento de pago necesario para el ejercicio de la acción entablada, no constando, ni siquiera se menciona, perjuicio alguno que sufriera el ejecutado por el cambio de forma del requerimiento de pago llevado a cabo; mantener el criterio contrario es caer en el puro formalismo, siempre desechable y mucho más en el ámbito mercantil. Como el requerimiento notarial de pago expresado, cuya copia obra a los folios 13 al 15 es válido por estar su diligenciamiento ajustado a lo preceptuado en el apartado primero del artículo 202 del Reglamento Notarial, ya que según la redacción que le dio el artículo 1º del Decreto 2310/1967, de 22 de Julio, no es necesario, en contra de lo que sustenta la resolución recurrida, que se consignen las circunstancias personales de la persona con que se entienda la diligencia, pues tal precepto reglamentario dispone sobre este particular que "si la persona con que se entienda la diligencia no quisiera firmar la notificación, se negare a dar su nombre o indicar su estado, ocupación o su relación con el requerido, se hará constar así", no se da la causa de nulidad 2ª del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento, única de oposición formulada por la parte deudora.

CONSIDERANDO: Que, toda vez que el título presentado por su adjunto certificado, lleva aparejada ejecución a tenor del número 6º del artículo 1429 de la repetida Ley procesal, rechazada que ha sido la oposición a la acción ejecutiva promovida, y habiéndose cumplido todos los requisitos legales, procede estimar la apelación interpuesta con revocación del fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que el apartado primero del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena la imposición de las costas de 1ª instancia al ejecutado en caso de ordenar seguir adelante la ejecución; y al no haber comparecido en esta alzada el apelado, huelga hacer expresa declaración de las de este recurso.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por el B. C., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintisiete de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la señora Juez de Primera Instancia, encargada accidentalmente del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que debemos mandar y mandamos seguir la ejecución adelante, hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y con su valor, entero y cumplido pago al B. C., S.A. de la cantidad de DOS MILLONES CUATROCIENTAS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTAS SETEN-

TA Y SIETE PESETAS (2.437.277), más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy y los que se devenguen, a tenor del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde esta fecha hasta su total ejecución, y costas causadas en primera instancia; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. Notifíquese esta resolución a don L. G. S., en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

126

126. DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa contractual: requisitos para que proceda la acción indemnizatoria por encarecimiento de la obra. Huelgas y mal tiempo: implican caso fortuito o fuerza mayor. Cantidad retenida en concepto de garantía: aval bancario sustitutorio: procede la devolución de aquella. *Sentencia de 12 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que los temas impugnativos de esta alzada, coincidentes con los planteados en la primera instancia, son los siguientes: 1) Defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, por falta de litisconsorcio pasivo necesario; 2) Análisis de la pretensión primera y principal de la Cooperativa actora consistente en el resarcimiento del menoscabo patrimonial que en cuantía de 3.790.107 pesetas le ocasionó el cumplimiento anormal que el demandado hizo de sus obligaciones contractuales; 3) Exámen de la segunda petición actora destinada a obtener, en específico cumplimiento de la cláusula 8ª del subcontrato, la devolución de 439.231 pesetas retenidas por el demandado en concepto de garantía; 4) Consideración de su última pretensión consistente en el reembolso de la cantidad de 241.483 pesetas cuyo pago debía hacerse efectivo por el demandado; y 5) Análisis de la demanda reconventional que contiene una sola pretensión cual es la de obtener el reconocimiento de un crédito por importe de 493.980 pesetas ocasionado por pagos cuya efectividad correspondía a la Cooperativa demandada y que compensado con la cantidad retenida —así lo admite en su alegación y súplica— se concreta en el reembolso de 54.752 pesetas.

CONSIDERANDO: Que al ostentar la Empresa X. —sobre cuya ausencia en el proceso fundamenta el demandado la falta de litisconsorcio pasivo— la condición de tercero ajeno al subcontrato fuente de las pretensiones de los litigantes con los que no tuvo más relación que la de suministrar el hormigón cuya petición y pago realizaba el demandado, procede declarar correctamente constituida la relación jurídico-procesal pues en nada le afectaría la resolución que se dicte poniendo término al proceso.

CONSIDERANDO: Que la pretensión primera y principal de la Cooperativa actora se articula sobre culpa contractual del demandado y se estructura sobre los siguientes ele-

mentos: A) La actora, como subcontratista, estaba obligada a pavimentar 17.880 m² cuyo precio, estipulado a tanto fijo por unidad y distinto según espesores, ha percibido; B) El demandado como contratante intermedio debía realizar previamente la preparación del terreno objeto de posterior pavimentación y suministrar el hormigón necesario para ésta; C) La ejecución de la pavimentación podía realizarse, en un régimen normal de actividad, empleando 2.468 horas de peón y 266 horas de oficial —15 peones y 2 oficiales durante diez horas diarias de lunes a viernes y 5 horas los sábados—; D) El demandado cumplió anormalmente sus obligaciones antedichas pues se retrasó en la preparación del terreno y suministró extemporaneamente el hormigón y E) Esta anomalía provocó un aumento, sobre las previstas en régimen normal de trabajo, de 7.281 horas de peón y 1.868 horas de oficial, de las que 830 y 330 eran extraordinarias, respectivamente.

CONSIDERANDO: Que los requisitos tradicionalmente exigidos para que prospere una acción indemnizatoria por incumplimiento contractual son: 1) Una conducta antijurídica causante de los daños, por infracción de lo acordado en contrato, siendo igualmente tradicional estimar que la culpa contractual no debe probarla el acreedor perjudicado, al cual basta con probar la existencia de la obligación, incumbiendo al deudor la prueba de que el incumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor, y no a su actuación culpable; 2) La producción de un menoscabo real y efectivo, nunca supuesto, en la esfera jurídica del perjudicado, para lo cual no es suficiente el incumplimiento contractual (SS. T.S. entre otras, de 8-2-1955 y 2-4-1960), hasta el punto que no puede hablarse de responsabilidad contractual si no se ha causado daño a alguien, siendo plenamente atribuible al presunto perjudicado la carga probatoria de su existencia —probada inexcusablemente en el período probatorio del pleito— y de su cuantía —posible en trámite de ejecución de sentencia— (SS. 26-1 y 5-junio-1959 y 2-2-1960); y 3) Una relación causal que para ser determinante de la responsabilidad pretendida queda establecida por Ley no entre el incumplimiento o cumplimiento anormal de lo convenido y el daño, sino entre éste, como efecto, y la culpa o negligencia del deudor como causa inicial (S.T.S. 4-1-49).

CONSIDERANDO: Que la admisión por el demandado, en fase alegatoria, de sus obligaciones de preparar el terreno y de suministrar el hormigón, así como del retraso en la ejecución de la primera, exige analizar los medios probatorios aportados para verificar la certeza de las causas alegadas como productoras de aquel, obteniéndose el resultado siguiente: 1) La existencia de lluvias desde el 20 de junio hasta el 31 de julio de 1977 —época de ejecución— queda acreditada mediante la Certificación del Servicio Meteorológico Nacional de O., folio 20; 2) La existencia de huelgas en el ramo de transportes desde el 29 de julio al 21 de agosto de 1977 y en el de construcción desde el 20 de junio al 12 de julio de 1977, ha quedado probada mediante la certificación expedida por I. C., S.A., folio 469, bajo cuya dirección se realizaban las obras principal y subcontratada, y por la declaración de su representante, Ingeniero Industrial D. J. A. P., folio 461; y 3) Que lluvias y huelgas fueron la causa del retraso en la preparación del terreno resulta probado por la certificación mencionada en el apartado anterior.

CONSIDERANDO: Que el debatido tema del suministro del hormigón, analizado en su dimensión contractual, permite establecer que era contenido obligacional del demandado, y que éste era responsable de los actos de aquellas personas que como X. intervenían, por su encargo, en el cumplimiento material de aquel, y examinado en su vertiente probatoria permite establecer: 1) Que el número de hoja de entrega aportado al proceso es notablemente inferior al que la propia actora reconoce como existente (pregunta 2ª del interrogatorio destinado al Jefe de Planta de la entidad X., folio 72); 2) Que en las aportadas no aparece, ni ha sido acreditado por otro medio, la hora límite de uso para el hormigón, por lo que resulta improbadamente la necesidad de trabajar horas extraordinarias; y 3) Que si bien la petición directa del hormigón a X., se realizaba por los empleados del demandado —así ha sido reconocido por Don J. G. A., Jefe de Planta de dicha Empresa al contestar a la pregunta y repregunta 3ª, folio 102 vuelto— no resulta admisible, en un proceso lógico, que previamente no existiera la petición mediata de los empleados de la Cooperativa que al ser quienes exclusivamente utilizaban el hormigón, eran los mejores concededores de su necesidad.

CONSIDERANDO: Que la actividad procesal de la Cooperativa actora destinada a probar la realidad de su menoscabo patrimonial no ha obtenido el resultado inexcusablemente exigible dado que: 1) Ha omitido acreditar que, en un régimen normal de actividad, fueran suficientes 2.468 horas de peón y 266 horas de oficial —dato necesario para establecer el exceso base de su pretensión— 2) El medio probatorio aportado como esencial —una libreta obrante a los folios 436-445— carece de los requisitos formales mínimos de autenticidad, y ofrece en su contenido una grave falta de coonestación con lo alegado, pues las 1.602 horas de oficial que, como empladas en exceso, se reclaman, son en aquél, únicamente, 346; 3) El medio probatorio aportado a instancia del demandado —certificación del Instituto Nacional de Previsión— no ofrece dato alguno para verificar la existencia real de los daños, pues tal condición no corresponde a la constatación de unas cotizaciones por unos obreros en el período de ejecución de las obras, máxime cuando la Cooperativa actora tiene admitido que simultáneamente a la ejecución del subcontrato realizaba, por sistema de administración, otras obras integradas igualmente en el contrato principal; 4) La conclusión negativa que se obtiene no queda contrarrestada por las declaraciones de tres testigos, antiguos empleados de la actora, siendo que el sistema adecuado de constatación procesal debió ser una correcta documentación propia con el necesario reflejo en los reglamentarios libros de la Dirección técnica de la obra, idéntica para la principal y subcontratada; y 5) Que en la certificación emitida por J. C. S.A., antes mencionado, aparece que “De nuestra intervención como empresa coordinadora y en consecuencia de directa vigilancia y supervisión de las obras que se realizaban no resulta en absoluto que la empresa subcontratista sufriera demoras o retraso, como consecuencia del desarrollo de los trabajos precedentes de explanación o cualquiera otros a realizar por F. G. previos a los trabajos de la Cooperativa subcontratista”.

CONSIDERANDO: Que la absoluta falta de prueba respecto a la realidad de los daños cuyo importe reclama la actora, y la prueba de que el cumplimiento anormal de las obligaciones del demandado no fue motivado por culpa suya o de tercero dependiente, sino por hechos que como las lluvias y las huelgas deben calificarse, por su inevitabilidad, como casos fortuitos interruptores, por su influencia decisiva, en la exigible relación causal, procede, en congruencia con la doctrina jurisprudencial antes expuesta y por la aplicación del artículo 1105 del Código Civil, desestimar la primera pretensión de la Cooperativa actora, sobre cuya conducta conviene añadir que no beneficia a la honestidad de su tesis haber manifestado en la reclamación extrajudicial por el mismo concepto ahora analizado —carta y requerimiento notarial obrantes a los folios 233, de la segunda pieza y 447 de la primera—, que el número de horas empleadas en exceso eran 4.930 de peón y 1.150 de oficial, frente a las 7.281 y 1.868, respectivamente, que obran en la demanda.

CONSIDERANDO: Que ninguna duda ofrece la admisión de la segunda pretensión de la actora —reintegro de las 439.231 pesetas retenidas por el demandado en concepto de garantía e indebidamente por haber sido sustituida ésta por un aval bancario— por ser hecho admitido como cierto en el escrito de contestación e incorporación de demanda reconventional.

CONSIDERANDO: Que asumiendo íntegramente la fundamentación que sirve al Juez a quo para desestimar la tercera pretensión actora, procede confirmar este pronunciamiento dado que la simple presentación de unas facturas expedidas a nombre de la Cooperativa actora justifica su pago, pero en medio alguno que éste debiera ser realizado por el demandado.

CONSIDERANDO: Que examinado el contenido de la demanda reconventional en unión de los medios probatorios aportados para acreditar su realidad, el resultado no puede ser distinto al obtenido en la fundamentación anterior y por idénticas causas, sin que la presentación de una carta que no ha sido reconocida por su aparente autora —la Cooperativa ahora demandada— ni objeto de la adecuada prueba técnica sobre su autenticidad, motiva alteración de lo establecido.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108

del Código Civil procede condenar al demandado don F. G. al pago de los intereses legales de la cantidad de 439.231 pesetas que retenía indebidamente, computados desde la fecha de presentación de la demanda y al de los estipulados en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la C. P. O. "G. N. C.", y por don J. F. G., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, en treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos esta resolución, y desestimando íntegramente la reconvencción formulada por Don F. G. y estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Cooperativa mencionada, debemos condenar y condenamos a Don F. G. a que abone a la C. P. O. G. N. C., la suma de cuatrocientas treinta y nueve mil doscientas treinta y una pesetas (439.231 pesetas), más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas de las dos instancias.

(Ponente: José Luís Calvo Cabello)

127

127. EJECUTIVO CAMBIARIO. Legitimación activa del titular del nombre comercial que figura como antefirma en el libramiento. Provisión de fondos: asunción de deuda: existe provisión. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia de remate recaída, dimanante de la ejecución de dos letras de cambio protestadas por falta de pago, se impugna por haberse desestimado las dos causas de oposición que en su día se formularon, a saber: I) falta de legitimación activa y II) falta de provisión de fondos; y que ahora se reiteran como motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el primero de ellos, se basa en que el verdadero tenedor de las citadas cambiales es L. M. y no el ejecutante, tesis esta que es rechazada con total acierto por el Juez de instancia, al ser "L. M." el nombre comercial que el acreedor utiliza para el ejercicio de su actividad mercantil y no una entidad con personalidad jurídica, y si bien puede provocar cierta confusión o error el que debajo del estampillado "L. M." existente en ambas letras de cambio, aparezcan las letras "P. P." y después la firma del hoy ejecutante, tal posible equívoco desaparece por cuanto contiguo a tal estampillado existe

otro del que se desprende claramente que “L. M.” es el nombre comercial que el señor V., hoy apelado-ejecutante, se sirva para firmar las transacciones mercantiles; por lo que se ha de desestimar el primer motivo de apelación.

CONSIDERANDO: Que la reglamentación legal de la provisión de fondos es una de las materias más confusas de nuestro derecho cambiario, ya que con el propósito de reforzar la posición del acreedor facilitando el pago de la letra a su vencimiento, se trae a la superficie del Derecho cambiario, las relaciones económicas que determinaron la creación de las letras y que están ya protegidas por el Derecho civil. Dicha provisión puede revestir varias formas: a) envío de metálico, b) remisión de mercaderías a diverso título y c) provisión por razón de deuda. Para este último supuesto, el artículo 457 del Código de Comercio exige que el vencimiento de la letra, aquel contra quien se libró, sea deudor de una cantidad igual, o mayor, al importe de ella, al librador o al tercero por cuya cuenta se hizo el giro; como consta conferenciado “que dichos efectos son parte de los que entregaron como renovación de unas letras de la entidad X., S. A. de la que es accionista el ejecutado (posición 2ª de este), se reputa existente tal provisión de fondos por razón de deuda, al haber asumido voluntariamente el hoy apelante, por la aceptación de las repetidas dos letras de cambio, la obligación de pagar parte de la deuda que tenía pendiente X., S. A. con el aquí ejecutante, y al no haberse probado la extinción total o parcial —artículo 1214 del Código Civil— de las deudas asumidas por el ahora apelante-ejecutado por la firma de los dos repetidos giros, es por lo que también procede rechazar el último motivo de impugnación.

CONSIDERANDO: Que al tener los títulos acompañados a la demanda, aparejada ejecución —nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, al ser rechazadas las dos causas de oposición formuladas y cumplidos los requisitos legales, procede confirmar la sentencia recaída.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en la parte apelante a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don L. A. N., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha seis de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

129

129. SEPARACIÓN MATRIMONIAL. Prueba: validez de las declaraciones de vecinos. Infidelidad conyugal y separación anterior que hace ininvocable tal causa: fundamento actual del deber de fidelidad. Conducta vejatoria: la constituyen las salidas nocturnas y públicas. Custodia de los hijos: criterios por los que debe regirse. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el proceso matrimonial objeto de esta alzada, iniciado bajo la normativa anterior, contiene dos pretensiones de similitud relativa pues idéntico objeto —separación conyugal— es fundamentado por la esposa en los malos tratamientos de obra, injurias graves y abandono del hogar realizados por párrafo de la causa de separación 1ª del artº. 82 del mismo texto legal: “No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue”, y la determinación de cual sea la de correspondiente aplicación al supuesto debatido debe realizarse atendiendo al principio operativo de mayor benignidad establecido por la Disposición Transitoria 3ª del Código Civil, y siendo que la modificación introducida en el ordenamiento jurídico resulta más benigna al no contener la sanción civil que supone una invocabilidad como causa de separación, necesario es concluir que resulta vedado a un conyuge invocar las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro conyuge, cuando la convivencia existente entre ellos ha desaparecido en virtud de una separación de hecho anterior.

CONSIDERANDO: Que conclusión idéntica se mantendría si, a efectos argumentativos se entendiera inaplicable la nueva normativa del párrafo 2º de la causa 1ª del artº. 82 del Código Civil, pues el derogado artº. 105 del mismo Cuerpo legal sería interpretado, en cumplimiento de lo dispuesto por el artº. 3.1 del Código Civil, según la realidad social del tiempo en que se aplica —norma de interpretación exigible para adaptar la Ley al cambio social— y es innegable que los modos y la estructura impuestos por éste establecen una conexión entre fidelidad de los esposos y convivencia conyugal, de tal suerte que desaparecida ésta no puede alegarse el quebrantamiento de aquella por inexistencia de su razón de ser, lo que en definitiva constituye la ratio legis de la actual normativa.

CONSIDERANDO: Que, sin embargo, las injurias graves alegadas por el marido como causa de su pretensión y desestimadas por el Juez a quo, resultan existentes tras un nuevo análisis de los medios probatorios aportados al proceso, pues la forma de comportarse públicamente la esposa cuando, rota la convivencia íntima continuaba con su marido en el domicilio conyugal —salidas nocturnas sin su conyuge con posterior llegada al domicilio acompañada por tercera persona— conforma una conducta contraria al respeto que por imperativo legal los conyuges se deben recíprocamente, configuradora plenamente de la causa invocada, no obstante tener su mejor encuadramiento en la actual conducta vejatoria del artº. 82 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que el tema de la guarda y custodia del hijo de 7 años de edad habido en el matrimonio cuya separación se pretende y del correlativo derecho de visitas —tema frecuentemente nuclear en los procesos matrimoniales hasta el punto de olvidar los conyuges litigantes que el amor a sus hijos no es objeto de monopolio pues atentaría gravemente a la esencia de lo natural e incidiría negativamente en el desarrollo de la personalidad de aquellos— debe resolverse atendiendo al principio del beneficio e interés de los hijos menores, auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-1959 en cuyo preámbulo se señala que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle, en la Constitución Española, artº. 39, en el Código Civil, artº. 110, y que desaparecido, por anormalidad en la convivencia de los progenitores, el ámbito en que normalmente ha de cumplirse, continua prevalente, con mayor fuerza si cabe, por así exigirlo las disposiciones lages —artºs. 90, 92 y 103 del Código Civil—, la doctrina jurisprudencial y las justas razones derivadas de su condición de inocente en el conflicto matrimonial.

CONSIDERANDO: Que motivada esta Sala por la fundamentación anterior y analizado el informe psico-familiar que acordado para mejor proveer obra en el rollo correspondiente, no resulta aconsejable para el desarrollo de la personalidad del niño S. L. R. una alteración de la actual titularidad de la guarda y custodia, como tampoco del contenido del derecho de visitas correspondiente al conyuge/padre apartado de aquella —en realidad derecho recíproco entre progenitores e hijos—, pues tiene la amplitud suficiente “todas las semanas desde las 16 horas del sábado hasta las 20 Horas del domingo, así como la mitad de los periodo vacacionales” para establecer la convivencia específica paterno-

filial que con la guarda y custodia dicha conforma el mantenimiento de las necesarias relaciones afectivas entre los padres y sus hijos.

CONSIDERANDO: Que asumiendo la fundamentación de la resolución sobre las medidas provisionales obrante por testimonio en el rollo de apelación, procede declarar con la finalidad de otorgar un régimen jurídico más completo para la nueva situación de los litigantes, dado que la terminación de aquella fue pronunciada en la sentencia impugnada y que ahora se confirma, lo que sigue: A) Que doña M. M. R. F. no tiene derecho a percibir pensión alimenticia alguna de su esposo don S. L. A.; B) Que don S. L. A. contribuirá con la cantidad de 23.000 pesetas mensuales a los gastos de alimentación, educación y vestido del hijo S. L. R.; C) Que el uso de la vivienda conyugal corresponde a doña M. M. R., titular de la guarda y custodia del hijo del matrimonio.

CONSIDERANDO: Que no se hace especial declaración sobre las costas de esta instancia.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por doña M. M. R. F. y don S. L. A. contra la sentencia que con fecha dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y uno, pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, en el proceso matrimonial de separación del que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, completándola con los pronunciamientos siguientes: 1) Que la separación conyugal se decreta por causa de malos tratamientos de obra e injurias graves del marido e injurias graves de la mujer; 2) Que doña M. M. R. F. no tiene derecho a percibir pensión alimenticia de su marido; 3) Que don S. L. A. deberá contribuir con la cantidad de 23.000 pesetas mensuales a los gastos de alimentación, vestido y educación del hijo matrimonial S. L. R.; 4) Que el uso de la vivienda conyugal corresponde a la esposa doña M. M. R. y a su hijo mencionado. No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

130

130. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños como consecuencia de un servicio público. Fundamento de la responsabilidad. Carga de la prueba: doctrina del T.S. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, frente al recurso de apelación interpuesto por la codemandada entidad X., S.A., no cabe otro pronunciamiento que el resueltamente desestimatorio del mismo pues debe recordarse una vez más que en virtud de una reiteradísima doctrina jurisprudencial, los daños ocurridos con ocasión de los servicios públicos se incardinan en esa zona denominada doctrinalmente como de "responsabilidad por riesgo creado", es decir, aquéllos en que se debe responder en virtud del peligro creado previamente por el agente mediante la utilización en provecho propio (*Ubi emolumentum, ibi onus*) de empresa, explotación o instrumento, susceptibles ex se ipsa de peligrosidad, determinando ello las con-

secuencias siguientes: a) Que en tales supuestos la acción u omisión se presupone siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y diligencia que las circunstancias requerían (SS. de 5 de abril de 1973, 3 de febrero y 14 de marzo de 1978, 5 de octubre de 1979 y 11 y 12 de marzo de 1980, entre muchas). b) Como consecuencia, una nutrida doctrina legal señala también que “cuando las garantías adoptadas conforme a las prescripciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han dado resultado positivo, ello revela que faltaba algo por prevenir y no se hallaba completa la diligencia (SS., entre muchas, de 13 de febrero de 1973, 10 de octubre de 1975, 26 de mayo de 1976, 8 de noviembre de 1977, 27 de mayo de 1978 y 27 de diciembre de 1979), de manera que basta al actor con acreditar que es el demandado quien causado por acción u omisión el daño (S. de 12 de mayo de 1976) para desplazar hacia el demandado la carga probatoria de que ha existido caso fortuito (allengans casus illum probare tenetur: S. de 24 de mayo de 1974); doctrina que por sí solo conduciría a la íntegra desestimación del recurso ante la ausencia probatoria de la demanda referida, pero que incluso en el caso que se decide no resulta de necesaria aplicación, por cuanto, como correctamente estimó el juzgador “a quo”, existe una evidente negligencia por parte de dicha parte hoy recurrente evidenciada por las filtraciones anteriores a la de autos y del hecho de haber facilitado a la actora una bomba extractora para achique de agua que fue insuficiente en la ocasión de autos, lo que comporta la total falta de previsión de dicha demandada e impone consecuentemente la condena a la misma al pago de los daños causados.

CONSIDERANDO: Que mejor destino ha de correr el recurso interpuesto por la co-demandada entidad “T. A., S.A.”, ya que al establecer el artº. 11 de las condiciones generales de la póliza (folio 25) que el asegurado deberá “bajo pena de perder todo derecho a la indemnización” dar el aviso a la aseguradora del siniestro, y al haberse dado dicho aviso en forma extemporánea con arreglo a dicha condición general 11ª, en relación con la 16ª, según se desprende de la confesión del propio representante de la entidad X. (folio 82) obvio resulta que de conformidad con lo dispuesto en el artº. 385 del Código de Comercio y reiterada doctrina legal (SS. de 26 de abril de 1975, 3 de marzo de 1978 y 8 de mayo y 23 de octubre de 1980) es eficaz su no aceptación de las consecuencias del siniestro; por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por dicha parte y consiguiente absolución de la misma de la pretensión frente a ella ejercitada en la demanda instaurada de este proceso.

CONSIDERANDO: Que no procede la condena en costas de primera instancia al desestimarse la demanda frente a uno de los demandados, así como tampoco hacer ninguna declaración sobre las de esta alzada al ser asimismo estimado en parte el recurso.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por demandada X., S.A. y estimando el interpuesto por la también demandada empresa mercantil “T. A., S.A.” contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta capital en autos juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución en lo que se opusiere a la presente y confirmando en lo demás, desestimar y desestimamos íntegramente la demanda interpuesta contra la co-demandada entidad T. A., S.A. y en consecuencia, debemos absolver y absolvemos a la misma de la demanda ejercitada contra ella por la Administración del Estado, y debemos confirmar y confirmamos la condena a la co-demandada X., S.A.; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

132

132. NEGOCIO FIDUCIARIO. Venta en garantía: Concepto jurisprudencial y efectos. Acción reivindicatoria: improcedencia de la misma en base a estas estipulaciones. Dación en pago: inexistencia. Entrega instrumental: no implica tradición lo que obsta a la reivindicación. *Sentencia de 21 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para instalar la materia a decidir en el segundo grado jurisdiccional en una perspectiva adecuada conviene fijar como plenamente acreditados en autos los hechos trascendentales siguientes: 1º) Que con fecha 17 de abril de 1978 el codemandado declarado en estado de quiebra señor LL. otorgó a favor del actor escritura pública de compraventa de una máquina-grúa autopropulsada "Kynos Spanner" modelo 535, marca "Diesel Barreiros", con número 24 de máquina, 2BB-26001019 de motor y M.-12.937 de certificado de fabricación y origen, que es la reivindicada por el demandante hoy recurrente, por precio confesado de cuatro millones de pesetas (Folio 50).- 2º) Que en la misma fecha los mismos contratantes suscribieron otro en documento privado (Folio 51), mediante el que se confería al adquirente en documento anterior el derecho a retraer la máquina vendida por el mismo precio siempre que se ejercitase tal derecho dentro del plazo de seis meses a computar desde la fecha indicada.- 3º) Que en la transmisión efectuada en el primero de tales actos no se efectuó por el adquirente hoy actor ningún desembolso representativo del precio confesado, sino que, contrariamente, como reconoce el propio actor al evacuar su confesión en juicio (Folios ? y 165), la cantidad hecha figurar como precio representaba un crédito preexistente incrementado con los gastos e intereses derivados del mismo.- 4º) Que ni en la fecha indicada ni en otra posterior se realizó la entrega de la cosa/máquina vendida al adquirente de la misma, pues la misma siguió en poder y posesión del codemandado hoy declarado en quiebra, siendo retirada por ahora actor del depositario de la misma en fecha 14 de diciembre del repetido año 1978 y denunciado por el vendedor, por lo que se siguieron las oportunas diligencias penales después sobreesidas, ocupándose la máquina en la pieza correspondiente del proceso universal de quiebra con fecha 15 de junio de 1979: todo lo que consta por propia admisión de la actora en el escrito instaurador.- 5º) Que por el mismo Juzgado hoy "a quo" se decretó el estado de quiebra del codemandado/vendedor por autos de 6 de junio de 1979, fijándose los efectos de la declaración por retroacción a la fecha de 19 de septiembre de 1978, que era la de presentación del expediente de solicitud de suspensión de pagos de que trajo causa el expediente unido en cuerda floja a estos autos.

CONSIDERANDO: Que la precedente reconstrucción histórica del "factum" sobre el que ha de recaer la decisión revela, a la luz de la norma contenida en el artº. 1.282 ("actos coetáneos y posteriores") del Código Civil, la absoluta inatención de configurar la transmisión bajo ninguna de las dos modalidades invocadas por la actora hoy recurrente, ya que: A) Resulta inatendible la construcción del acto transmisivo como una dación en pago o "datio in solutum", ya que la existencia del acuerdo paralelo plasmado en el documento privado de la misma fecha que el acto transmisivo impide (juntamente con el no desplazamiento posesorio) la aceptación de tal parificación, en cuanto que: a) Aún sin participar ante el principio de libertad de forma español, de la opinión doctrinal mayoritaria en las doctrinas alemana e italiana en orden a la naturaleza real del acuerdo sustitutivo del cumplimiento inicialmente debido como "prestación en lugar de cumplimiento" ("Leistung an Erfüllungsstatt") y que se recoge en el artº. 1.529 del C. Civil de la provincia canadien-

se de Quebec, al expresar que “la dation en payement n’est cependant parfaite que par la delivrance de la chose”, lo cierto es que su auténtica naturaleza y significación no puede ser otra que la de una transmisión “solvendi causa”, es decir, dirigida “per se” o en forma autárquica y autónoma a extinguir a través de un “aliud” la prestación primeramente debida; de manera que cuando la finalidad contractual se revela en distinta dirección (por ejemplo con una causa de garantía), obvio resulta que desaparece la causa o esquema negocial típico propio de la dación solutoria y ha de buscarse otra construcción distinta.- b) Que ello ocurre así en este caso se desprende indubitadamente no sólo de las expresadas circunstancias del acuerdo paralelo citado de no desplazamiento posesorio y facultad de retraer, sino también básicamente del pacto plasmado en el documento privado tantas veces citado de que para el supuesto de arrendamiento de la máquina supuestamente transmitida “lo que perciba el arrendador por tal concepto *se distribuirá* en un treinta por ciento para pago de mantenimiento de los costes de la misma, y *el resto* (setenta por ciento) *se destinará a la amortización del crédito que ostenta el Sr. B. contra el Sr. LL.*” (Folio 51 vt.); de manera que esta función negocial aparece clara en el sentido que se dirá y en forma alguna resulta reconducible a la invocada figura de la “datio in solutum”.- B) Como no lo es a la simulación relativa, ya que no se trata de un negocio aparente que encubra otro realmente querido (negocio disimulado), sino un negocio indirecto y concretamente un negocio fiduciario “cum creditore” en su modalidad tan frecuente de la llamada “venta en garantía”, que no radica en un negocio único, sino complejo.

CONSIDERANDO: Que, señalado lo anterior, conviene recordar que este tipo negocial viene definido por la doctrina jurisprudencial a partir de la S. de 8 de marzo de 1963 (que sigue la línea de las anteriores de 28 de enero de 1946 y 3 de mayo de 1955 y es, a su vez, seguida por las de 22 de noviembre de 1965, 28 de diciembre de 1973, 3 de mayo de 1976, 30 de abril de 1977, 8 de mayo de 1979 y 9 de diciembre de 1981) siguiendo la llamada doctrina del doble efecto, proclamando así la doctrina legal que es “un acto formal, complejo, mixto, integrado por otros dos de finalidad unitaria interdependientes: uno de naturaleza real, por el que se transmite plenamente el dominio; y otro de carácter obligacional, que constriñe a la devolución de lo adquirido cuando la obligación crediticia que el primero asegura se haya saldado”; lo que produce como efecto esencial que la transmisión dominical sea puramente formal o simple propiedad en garantía (“Sicherungseigentum”), que lo único que realiza es otorgar al fiduciario, como enseña la S. de 21 de marzo de 1969, de un “ius retinendi” de la cosa “vendida” hasta que se verifique el pago del crédito cuya efectividad se trata de asegurar mediante el negocio transmisivo formal.

CONSIDERANDO: Que si ya en general, como se ha dicho acertadamente, la material de quiebra es “una preciosa piedra de toque para calibrar la eficacia de las diversas fórmulas definidoras de la relación entre fiduciante y fiduciario”, en el caso que ahora se decide no cabe en manera alguna la aceptación de la acción real reivindicatoria ejercitada en la demanda, en tanto que a su estimación obstan los argumentos siguientes: a) Que en virtud del sistema transmisivo propio español la compraventa no seguida de transmisión posesoria no opera la transferencia dominical, conforme se desprende de la normativa contenida en los arts. 609 y 1.095 del Código civil; y en el caso ahora decidido en segundo grado jurisdiccional no se efectuó la entrega de la cosa, según se señaló, a la que no puede parificarse la entrega instrumental contemplada en el párrafo segundo del artº. 1.462 del Código Civil, ya que esta norma se limita a establecer, conforme señala una reiterada doctrina legal (Por todas, SS. de 11 de diciembre de 1967 y 9 de noviembre de 1971), una simple presunción “iuris tantum” que debe ceder ante prueba en contrario, que es cabalmente lo aquí ocurrido.- b) Y como en la fecha indicada como de producción de los efectos de la quiebra por la retroacción establecida en el párrafo segundo del artº. 878 del Código de Comercio aún no había transcurrido el plazo de seis meses previsto contractualmente para el ejercicio del retracto convencional, obvio es que, sin precisión de argumentos corroborativos que serían simplemente reiterativos, proceda la desestimación del recurso interpuesto, ya que del contrato sólo había nacido una acción puramente personal del comprador frente al vendedor quebrado en lugar de la real ejercitada; doctrina por lo demás ya sostenida por esta misma Sala en la S. 32/1980, de 21 de febrero, dictada en supuesto similar al presente.

CONSIDERANDO: Que no aprecia la existencia de temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por el demandante don A. B. C. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

134

134. SEPARACION MATRIMONIAL. Concepto y fundamento de la “pensión” a que se refiere el artº. 97 del C. Civil. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída se impugna: I) por la parte actora: a) por la pensión concedida a la esposa y b) por el régimen de visitas de los hijos, fijado; II) por la parte demandada, por considerar insuficiente la cuantía de la pensión concedida a su favor.

CONSIDERANDO: Que la pensión que estatuye el artículo 97 del Código Civil, tendente a enmendar el desequilibrio económico que se pueda producir en un cónyuge en relación con el otro, por la separación o divorcio, es una superación técnica de otras prestaciones económicas periódicas que nuestro Derecho positivo regula, bajo el concepto de “alimentos” artículo 142 del citado Código) en cuanto referidos a los cónyuges (nº. 1 del artículo 143 del repetido Cuerpo legal) y de la de como “auxilio económico” y con carácter provisional establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1883); por lo que no se puede calificar de incongruente y por ende de infracción del artículo 359 de la citada Ley procesal, como sostiene el demandante recurrente, la sentencia que concede tal pensión si se dan los presupuestos fácticos exigidos al efecto por la ley, y media una petición expresa de prestación económica periódica por un cónyuge, como ocurre en el presente caso, en la que la esposa postuló, por vía reconvenional, “el derecho a recibir alimentos y auxilio de la contraparte en cuantía de veinte mil pesetas”, revisable según el índice de precios al consumo. Cuestión distinta es determinar si, como consecuencia del divorcio que se decreta, se va a producir desequilibrio económico de la esposa en relación con la posición del otro cónyuge, que implique un empeoramiento de la esposa en su situación anterior en el matrimonio, y si bien en principio existe cierto equilibrio económico entre las prestaciones eco-

nómicas que perciben ambos litigantes de las respectivas empresas donde trabajan —927.538 pesetas anuales incluidas las pagas extraordinarias el marido (folio 109), y 36.542 pesetas mensuales como salario bruto mensual, más sus correspondientes partes proporcionales de 18 de Julio, Navidad y Vacaciones, para la esposa (folio 107), al tener el marido bajo su custodia y cargo a los dos hijos del matrimonio de 11 y 10 años de edad, tal equilibrio económico se estima por este Tribunal, coincidiendo con el Juez de instancia, se rompe al carecer la esposa la manutención y cuidado de sus dos hijos durante la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano; de ahí, que se rechace el primer motivo de impugnación.

CONSIDERANDO: Que igual destino ha de recibir la segunda causa de apelación de la parte demandante, ya que el régimen de visitas de la madre a sus hijos y el de tenerlos consigo los primeros y últimos fines de semana de cada mes las 14 Horas de los sábados hasta las 20 horas de los domingos, así como la primera mitad de las vacaciones escolares mencionadas, fijado por el Juez "a quo", se reputa acertado y conveniente para los citados menores.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto en el segundo fundamento de esta resolución, la fijación de diez mil pesetas mensuales como pensión a percibir por la esposa para evitar el desequilibrio económico respecto a su cónyuge que pudiera producirle la manutención y cuidado de sus hijos durante los fines de semana y mitad de las vacaciones escolares que han de pasar con ella, ya que son a su cargo dichos gastos, se estima ponderada y ajustada a derecho, completada con la revalorización de dicha pensión en función al porcentaje de subida que tenga el sueldo del marido en el Banco donde trabaja, que con total acierto determina el fallo recurrido; por lo que procede igualmente rechazar el único motivo de impugnación de la parte demandada reconviniente que postula el incremento de dicha pensión mensual.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse las apelaciones de ambas partes litigantes, no procede condena de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando los dos recursos de apelación formulados, el interpuesto por don L. A. V. LL. y el promovido por doña M. J. C. B., debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, la sentencia de fecha nueve de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez de Primera Instancia número Dos de Ibiza, en el juicio especial de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

136

136. COSTAS PROCESALES. Estudio histórico-jurídico de la materia. Criterios para su imposición. Rebeldía del demandado que confiesa la deuda que se le reclama en posiciones: existencia de mala fe. *Sentencia de 28 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presente apelación se circunscribe en determinar si proce-

de la imposición de las costas procesales devengadas en primera instancia a la parte demandada, declarada en rebeldía, ya que la resolución impugnada no contiene tal condena.

CONSIDERANDO: Que la falta en la Ley de Enjuiciamiento Civil de un criterio general determinante de la imposición de costas ha sido suplida por la jurisprudencia. Antes del Código Civil el vacío de dicha Ley en este punto se cubrió acudiendo a las disposiciones pertinentes de las Partidas y de la Novísima Recopilación, que se basaban en la temeridad o mala fe de un litigante para imponerle las costas; legislación que se mantuvo subsistente aún después de la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no obstante la norma derogatoria de su artículo 2182, por estimar que la materia de la imposición de costas no era propia del derecho procesal, sino del material o sustantivo; pero después de la publicación de dicho Cuerpo legal, la expresada legislación quedaba sin vigor, a virtud de la disposición derogatoria contenida en el artículo 1976, y el Tribunal Supremo, basándose en el artículo 1902 del Código Civil, siguió aplicando, en cuanto a las costas procesales, la teoría del resarcimiento por culpa —sustentada por las mencionadas leyes—, si bien hay que señalar que tal regla —imposición de costas cuando haya mediado temeridad—, tiene en nuestra Ley procesal civil numerosas excepciones particulares, en las que se aplica el principio del vencimiento absoluto, principio que no rige, en primera instancia, en el presente juicio declarativo.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el demandado no ha comparecido en ninguna de las dos instancias de este proceso, que confesó adeudar las 173.610 pesetas que se le reclaman por suministro de hormigón en masa, suministro realizado en los meses de Marzo y Abril de 1980, siendo la forma de pago al contado, es por lo que este Tribunal aprecia mala fe en el demandado rebelde, y le impone la condena de pagar las costas de primera instancia, previa revocación del particular impugnado del fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que al haber comparecido en esta alzada solo el recurrente, huelga hacer declaración especial sobre las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por X., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiséis de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la señora Juez accidentalmente encargada del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto declara “no ha lugar a hacer pronunciamiento condenatorio sobre las costas originadas en el proceso”, particular que se sustituye por el siguiente: “con expresa condena de las costas al demandado”, confirmando el resto del fallo dictado; y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. Dada la incomparecencia en este recurso del demandado rebelde, notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

138

138. ACCION REIVINDICATORIA. Supuesto de confusión de linderos entre las fincas litigiosas: hace inviable la demanda. Acción de deslinde: supuestos en que es ejercitable y requisitos. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que a la ajustada y precisa fundamentación aceptada de la sentencia apelada poco cabría añadir en el reexamen del material litisdecisorio por parte de este órgano jurisdiccional “ad quem”; más sí a título corroborativo cabe clarificar lo que realmente se debate en la litis partiendo del dato probado siguiente: Que las dos fincas —de actores y demandados— por el linde de colindancia entre ambas carecían de signo divisorio fijo, ya que la antigua pared sólo alcanzaba el trayecto cuyo vestigio refleja la diligencia de reconocimiento judicial practicada en esta alzada y cuya acta obra en el rollo como se deduce del resultado de la básica pregunta séptima de las formuladas por la recurrente para sus testigos (Folio 85), que, en combinación con la repregunta correlativa (Folio 98 vtº), revela que la pared no seguía hasta la actual calle L. pues los testigos don V. C. J. (Folio 93 vtº), don N. V. R. (Folio 95 vtº), don M. S. P. (Folio 96 vtº) y don M. J. R. (Folio 97) reconocen al evacuar la citada repregunta primera a la séptima que “no ha visto nunca que la antigua pared a que se refiere la pregunta alcanzara la calle L.” y, fundamentalmente, el testigo de esta misma parte demandante don A. Ll. A., vendedor de la finca de la actora a ésta, expresa rotundamente (Folio 94 vtº) que “nunca hubo pared” (Preg. 7ª) y que “no había ninguna pared” (Rep.).

CONSIDERANDO: Que desde esta perspectiva fáctica aséptica, tan bien reflejada técnicamente en la compartida fundamentación de la sentencia sometida a recurso y que esteriliza una primaria impresión deducible del reconocimiento judicial citado dada la trayectoria de la actual pared divisoria interfundiaria, la decisión se instala, una vez más, en la zona distintiva entre las acciones reivindicatoria (lo que la doctrina científica española más reciente denomina “*controversia sobre zona*”) y la de deslinde (lo que la misma doctrina llama de “*lindero discutido*”); cuestión que ha de ser decidida partiendo del dato esencial de que el bien inmueble es un objeto jurídico ínsito en esa categoría situable en la categoría que la dogmática italiana (y la más reciente y autorizada española) denomina como “bienes-cantidad”, es decir, determinada por la premisa del “confín” o lindero, toda vez que la naturaleza ofrece siempre una línea continua, de lo que se deduce que los confines o linderos, a falta de esa constancia fija, sean siempre una creación convencional del derecho (a diferencia de los bienes muebles o “bienes-calidad”); lo que determina que la diferenciación de las acciones reivindicatoria/declarativa dominical y de deslinde haya de pasar necesariamente por las siguientes premisas: a) Que el lindero es ciertamente existente siempre, al ser “indispensable para toda enajenación de inmuebles” (Art. 1.471 del CCiv.), pero su fijación sólo resulta exacta en aquellos supuestos que el art. 298-5º del Reglamento hipotecario denomina “*linderos fijos*” o sea, los determinados por datos permanentes e inmutables.- b) Que a no existir estos “linderos fijos” que configuren con exactitud la línea poligonal en que la finca consiste existe un estado de confusión identificativa interpredial, que es cabalmente la situación que trata de remediar la acción de deslinde, siendo así de recordar que la jurisprudencia del T.S. ha declarado reiteradamente que cuando existe una confusión de linderos en la línea de tangencia la acción reivindicatoria no puede prosperar (SS., entre varias, de 25 de enero de 1958, 2 de abril de 1965, 23 de mayo de 1967 y 7 de julio de 1980), en tanto que, como con claridad y precisión declaró la ya antigua S. de 14 de enero de 1936, “el deslinde tiene como eje la confusión de linderos, confiriéndose, precisamente, para evitar intrusiones, conscientes o no, en propiedad ajena, y de ahí que se requiera para el nacimiento de aquél que exista aquella indeterminación en los límites del predio que se trata de deslindar”; y doctrina que se continúa en la más reciente jurisprudencia, al declarar la S. de 17 de noviembre de 1979 que “toda acción de deslinde parte del supuesto de una usurpación llevada a cabo por uno de los colindantes de la propiedad que el actor trata de deslindar y por tanto supone tanto una pretensión de reivindicación del terreno usurpado como una declaración del contenido en cuanto a dimensión del título de propiedad” y la de 12 de abril de 1980, que “el pleito de reivindicación no es simplemente de cabida de fincas, sino de identificación en todos sus aspectos, de tal manera que si no pueden determinarse los linderos exactos de dos fincas y concretamente la zona de situación de ellos, es evidente que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, lo primero que debe hacerse es pedir un deslinde, donde teniendo presentes los respectivos títulos quede perfectamente delimitada y por consiguiente identificada real y jurídicamente cada finca”; lo que, por último, se ratifica en la S. de 27 de abril de 1981, al pro-

clamar que “la acción de deslinde no es viable cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados”.

CONSIDERANDO: Que en la aplicación de la anterior doctrina al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional la desestimación del recurso de apelación interpuesto deviene claramente impuesta por la reiteradísima (y por ello relevada de su fácil cita pormenorizada) doctrina jurisprudencial expresiva de la precisión para el actor de acreditar o justificar debidamente su titularidad dominical; por lo que al no haberlo efectuado en el caso ahora examinado es llano, como correctamente entendió el juzgador “a quo”, que procede rechazar la pretensión ejercitada.

CONSIDERANDO: Que al estimarse el recurso resulta improcedente hacer una especial declaración sobre las costas causadas en el mismo.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes doña M. C. C. y don A. P. S. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración en cuanto al pago de las costas de este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

139

139. CONTRATOS. Cumplimiento. Obligaciones accesorias: su importancia en la realidad actual. **Petición de instalación de un ascensor y actos propios de los demandantes que la contradicen. Rebeldía:** su alcance y consecuencias. **Legitimación pasiva:** No la tiene el titular aparente que lo es a efectos de evitar una doble tributación. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la demanda instauradora de esta litis va dirigida en primer término contra el codemandado hoy apelado don J. B. R. en su condición de titular registral de la finca en que se construyó el edificio del que forman parte los pisos vendidos a los actores y como otorgante de las escrituras públicas de venta de los mismos a aquéllos, estimando que tal titularidad le sujeta a la carga de soportar la pretensión de cumplimiento contractual ejercitada; pretensión objetada por dicho codemandado mediante la invocación de su falta de legitimación pasiva, al alegar su falta total de intervención en el proceso constructivo y de enajenación y consiguientemente su mera titularidad aparente a los solos fines de evitar una doble tributaria alegación que debe ser acogida al asentarse sólidamente

en el acto fáctico de que los contratos privados de adquisición de los pisos (Folios 103 y ss.) fueron otorgados por el codemandado don Julio Moré como vendedor, quien a su vez era el titular de la licencia administrativa de obra (Folio 33), por cuanto, como ya se indicó en la S. 131/1980, de 16 de septiembre, de esta misma Sala, a estos supuestos ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial expresiva de que nadie puede desconocer en juicio una personalidad (en este caso, la de vendedor) por quien la tuviera expresa o tácitamente reconocida dentro o fuera del mismo (SS. entre muchas, de 17 de mayo de 1934, 30 de junio de 1958, 29 de enero de 1969, 22 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1974 y 8 de febrero de 1975), así como la derivada del art. 1.230 del CCiv. en orden a la eficacia del documento privado distinto al de carácter público "inter partes", al limitarse su falta de eficacia a la esfera jurídica del tercero; por lo que al otorgarse las ventas propiamente dichas (documentos privados) por persona distinta al referido codemandado señor B., llano resulta que el mismo es respecto a tales transmisiones un tercero ajeno a las mismas y consecuentemente ha de ser absuelto de cualquier pretensión dirigida al cumplimiento contractual, al ser para él una "res inter alios acta" en virtud de la norma contenida en el art. 1.257-1º del CCiv., en tanto que, como proclama una reiterada doctrina jurisprudencial (SS., entre muchas, de 23 de diciembre de 1969, 25 de abril de 1975, 15 de junio de 1978 y 6 de febrero de 1981), "en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento, y por ello los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los contratantes según las relaciones contraídas entre ellos".

CONSIDERANDO: Con relación al codemandado don C. M. F., titular de la licencia de obra y frente a quien, con carácter subsidiario, se dirige la pretensión, que el dato de su declaración en situación de rebeldía no exonera al órgano jurisdiccional del examen de la fundamentación de aquella, ya que es sobrado conocido que en nuestro sistema procesal la declaración de rebeldía del demandado no exonera al actor de la justificación de la fundamentación de su pretensión ("si bonam causam habet"), al modo señalado en la compendiosa S. del T. S. de 16 de octubre de 1970 (que recoge copiosa doctrina legal anterior y a su vez se ratifica por las SS. de 16 de junio de 1978 y 29 de marzo de 1980), al declarar que "la declaración de rebeldía del demandado y la consiguiente incontestación a la demanda por regla general no eliminan del proceso el mantenimiento de la pretensión, ni tampoco la satisfacen por sí sola, para que el demandante logre la satisfacción de su pretensión, no importa que el demandado no comparezca ni alegue nada en su defensa, sino que aquel tiene que probar el fundamento de sus alegaciones, pues la rebeldía, en el derecho español, no se castiga con el reconocimiento de los hechos del contrario ni acarrea una "poena probati" para la parte que permanece ausente del proceso"; por lo que debe analizarse la fundamentación de la pretensión dirigida a la realización de las obras necesarias a cargo de dicho demandado para dotar al edificio del servicio de ascensor, que la demanda postula en base al proyecto de obra y subsiguiente concesión de licencia administrativa para su realización, invocando al efecto las normas básicas contenidas en los artículos 1.097 ("La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados") y 1.258 del CCiv. ("obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley").

CONSIDERANDO: Que estos deberes conocidos por la dogmática alemana como deberes accesorios ("Nebenpflichten") cuya función, en aras al principio de buena fe contractual, es simplemente auxiliar de la obligación principal y por ello no susceptible de configuración autónoma, *al ser simple ensanchamiento de la prestación debida*, cobran singular relieve en las actuales coyunturas socio-económicas del tráfico jurídico, de modo que su papel y función primigeniamente auxiliar o accesoria se erige en componente básico de la causa tipificadora del concreto esquema contractual, de manera que han de modular, matizar y aún configurar la estructura típica causal en función de lo que se ha denominado, por vía negatív, frustración del fin contractual; mas ello no ha de conducir a una hipervaloración de esta prestación sobreentendida y reputar que las partes, expresa o tácitamente, pueden excluirla de la prestación a cargo del transmitente, que es cabalmente lo que ha ocurrido —como rectamente estimó el juzgador "a quo" en su bien meditada

fundamentación—, como se desprende de los datos siguientes: a) En las escrituras públicas de adquisición acompañadas con la demanda no se alude al aparato elevador y si en cambio a la “caja de la escalera” como linde de los pisos, señalándose como elementos comunes “el zaguán y la escalera de acceso a los pisos” (Folios 2 y ss.).- b) Que en junta de la comunidad de propietarios y a propuesta de los hoy actores se votó el acuerdo sobre instalación del ascensor a cargo de los cotitulares (Folio 31), y ante el resultado de la votación se solicitó del Juzgado de Distrito se dictase laudo sobre la contribución de los cotitulares a la instalación del expresado aparato elevador.- c) Que en la planta baja y en zona destinada a ascensor se halla ubicado un local destinado a bar, arrendado a uno de los codemandados por su propietario y con anterioridad arrendado también a otra persona.- d) Que en el hueco de ascensor y a la altura del piso de uno de los actores, U. M. M., éste construyó una despensa alicatada, según resulta del dictámen pericial obrante en los autos (Folio 325); y todos estos datos conllevan la aplicación del principio jurídico de prohibición de ir contra los propios actos sancionado en centenares de sentencias del T. S., que en este caso con concluyentes e inequívocos y revelan sin lugar a duda que las partes contratantes no impusieron al vendedor la carga de instalar el ascensor (Por otra parte sólo obligatorio normativamente para la última planta y no para las restantes); lo que conduce, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, a la desestimación del recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don U. M. M. y otros contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este recurso. Notifíquese esta resolución a los demandados no comparecidos en esta alzada en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

141

141. EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de legitimación activa del accionante: es oponible como motivo de nulidad al amparo del n° 2 del art° 1.467 de la L.E.C. Reconocimiento extrajudicial de la personalidad: es determinante para el rechace del motivo. *Sentencia de 30 de Junio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte ejecutada hoy recurrente formalizó como primer motivo de oposición frente a la pretensión ejecutiva ejercitada en la demanda el de nulidad

del ordinal 2º del art. 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que trata de fundar en una supuesta falta de legitimación del ejecutante derivada de que en la cambial figura como librador "G. LL. M."; motivo de oposición que si bien, contra lo sostenido por la apelada, es en principio oponible en la forma en que lo han hecho la ejecutada, por cuanto como ya ha declarado esta misma Sala (SS. de 18 de octubre de 1957 y 29 de octubre de 1973) "se deduce que al estar expresamente excluida como excepción cambiaría la falta de personalidad en el ejecutante, es indudable que todo lo referente a la misma es alegable solamente como motivo de nulidad del título ejecutivo y así ha de ser considerado", debe rechazarse si se tiene en cuenta: a) Que el nombre "G. LL. M." es, en cuanto simple nombre comercial, algo no sinónimo de una persona jurídica y si sólo sirve, como indica la S. del T.S. de 16 de diciembre de 1971, para distinguir al empresario individual o social de sus competidores.- b) Porque en la propia documentación aportada por la misma parte ejecutada acompañando al escrito de formalización de la oposición —y de la que dice que la letra trae causa (Folios 26 y ss.)— figura como vendedor el hoy ejecutante, lo que hace decaer la supuesta falta de legitimación activa en virtud del principio jurisprudencial de que no puede desconocerse en juicio una personalidad que se tuviera reconocida dentro o fuera del proceso (Por todas, SS. de 30 de junio de 1958, 29 de enero de 1969, 22 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1974 y 8 de febrero de 1975), aparte de la doctrina de la buena fe en el tráfico a que se refieren las SS. de 16 de noviembre de 1979 y 5 de enero de 1980, expresivas de que "cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella"; y si a ello se añade el contenido del acto conciliatorio celebrado entre las partes a instancia del hoy ejecutado (Folio 68), así como el amplio poder otorgado por la titular del nombre comercial a favor de su esposo el hoy ejecutante (Folio 60), llano resulta que el motivo que se examina aparece horro de todo fundamento y procede consecuentemente su decidido rechazo.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener el segundo motivo, tratado de fundar en los dos primeros numerales del citado art. 1.467 de la Ley procesal en relación con el art. 9 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, por falta de la entrega inicial prevista en dicho precepto, lo que conforme al mismo determinaba únicamente el derecho al percibo de los plazos; motivo de nulidad que debe ser rechazado, por cuanto: a) Esta pretendida nulidad exigiría una previa declaración jurisdiccional que no cabe en el área o ámbito del juicio ejecutivo cambiario, de naturaleza sumaria (S. de T. S. de 9 de febrero de 1977) "convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente".- b) En segundo término, tampoco aparece patente que la cambial objeto de autos responda al pago de la cantidad que debió abonarse al contado, ya que según se desprende de la cambial en ella sólo aparece como librado-aceptante el hoy ejecutado, en tanto que del contrato causal de venta resulta que los compradores fueron tanto dicho señor P. como su esposa doña A. M. A. (Certificación registral obrante a los folios 114 y 115); lo que en unión de los documentos liquidatorios aportados por el propio ejecutado de fechas 22 de julio y 7 de octubre de 1980 (Folios 29 y 30) muestra que la causa del libramiento obedece a unas relaciones complejas entre las partes e impone consecuentemente, al existir provisión de fondos, la desestimación del apuntado motivo de nulidad.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado don G. P. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre costas del recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

142

142. DIVORCIO. Alimentos. Separación de hecho anterior a la Ley 30/1981. Modificación de las circunstancias y alteración de la pensión alimenticia pactada. Cuidado de los hijos: no es vinculante lo pactado para el futuro. Necesidad de oír a estos y de estar a la Resolución que en su día recaiga. *Sentencia de 2 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada se impugna: a) por cuanto el importe de la pensión alimenticia que el esposo debe entregar a su esposa, debe ser 19.000 pesetas mensuales, más el pago de los recibos del Colegio de los hijos, en vez de 60.000 pesetas fijadas en la resolución recurrida, y b) por no mantenerse lo que se convino por los cónyuges respecto a la custodia de los hijos cuando estos cumplan 15 años de edad.

CONSIDERANDO: Que el artículo 97 del Código Civil proclama el derecho que tiene el cónyuge al que la separación o divorcio le produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, a percibir una pensión, que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta las circunstancias que al efecto señala dicho precepto; y si bien se deduce en el presente caso, que los hoy litigantes, cuando suscribieron el 25 de Abril de 1979 el convenio regulador de su separación matrimonial, obrante a los folios 8 y 9 de los autos principales, no apreciaron entre ellos otro desequilibrio económico que el que producía a la esposa la custodia de los hijos, de ahí que se pactara que “los gastos de los colegios de los hijos serán satisfechos por el padre” y que este ingresaría en una cuenta bancaria a la que tendría acceso la madre, 10.000 pesetas mensuales —incrementadas luego a 15.000—, destinadas “exclusivamente a beneficio de los hijos, no teniendo ambos cónyuges ninguna otra obligación económica entre sí”, tal situación fáctica quedó sustancialmente alterada por el hecho de que la esposa dejara de percibir la retribución que cobraba por su trabajo y encontrarse actualmente en situación de paro laboral, lo que ha producido un patente empeoramiento en su situación patrimonial y un notorio desequilibrio económico respecto a su marido, desequilibrio que se restablece con la pensión alimenticia de 60.000 pesetas mensuales que se fija a su favor y a cargo del esposo, en la sentencia apelada; pensión que se reputa acertada y ponderada, teniendo presente que el ordinal 8º del citado artículo 97 menciona, entre otras circunstancias para determinar tal pensión, “El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”, y en el caso actual se desprende que el esposo disfruta de una holgada posición económica, cuyos ingresos como perito industrial y jefe de taller del I. N. M., le permiten la adquisición, tenencia y disfrute de una embarcación de recreo marca PUMA y de un automóvil marca Renault, modelo 18 G.T.S. (posiciones 7ª y 8ª); lo que determina la desestimación del primer motivo de apelación.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir la pretensión del recurrente de que se declara que la custodia de los hijos, cuando estos cumplan 15 años de edad, revertirá al padre, conforme se estipuló en el expresado convenio de 25 de Abril de 1979, ya que el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil preceptúa, y así lo dispuso el juez “a quo”, que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptados en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”, de suerte, que cuando llegue el momento, sobre este importante particular, se dictará la oportuna resolución judicial, en atención y beneficio exclusivo de dichos menores, tanto si coincide como no, con lo pactado por los padres.

CONSIDERANDO: Que al rechazar los dos motivos de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de esta.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe en la parte recurrente a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don G. O. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha quince de Enero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

143

143. FIANZA. Carácter normalmente subsidiario de la misma. Beneficio de excusión: supuestos en que no es oponible. Desestimación de la demanda por ser aplicable el beneficio. Acción dirigida contra el fiador sin vocar al pleito al fiado. Inexistencia de falta de litis consorcio pasivo necesario. Litis consorcio necesario y litis consorcio voluntario. *Sentencia de 2 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que toda vez que el demandado no ha recurrido contra la sentencia dictada, esta quedó firme en cuanto desestima la excepción de caducidad de instancia formulada, y procede en consecuencia entrar en el estudio de las demás causas de oposición formuladas a la demanda, empezando por la de falta de litis consorcio pasivo necesario, acogida por el Juez "a quo".

CONSIDERANDO: Que la relación litis consorcio puede ser obra de una determinación de voluntad, guiada exclusivamente por razones de economía procesal (litis consorcio voluntario), o puede venir impuesta por la índole de la relación jurídico material que en el proceso se actúa, y por la necesidad de que la resolución que se dicte afecte a todos los interesados en la cuestión (litis consorcio necesario). La Ley de Enjuiciamiento Civil no atiende al régimen del litis consorcio como entidad procesal, aunque a eventos litis consorciales se refieren numerosos preceptos de ella y no pocas decisiones jurisprudenciales; así, al tratar de la acumulación de acciones en su artículo 156, se ocupa del litis consorcio facultativo. El concepto de litis consorcio necesario, más que una situación exclusivamente procesal, va ligada a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, ya que por ella, los litigantes están unidos de tal modo, que a todos afecta la resolución que pueda dictarse en el proceso. Procede pues determinar si el acto suscrito por el demandado en el documento de fecha 9 de Marzo de 1971, cuya firma no fue reconocida en diligencias preparatorias de ejecución y su total autenticidad dictaminada pericialmente en este pleito

(folios 48 y 49), exige la vocación a esta litis de una tercera persona a la que afecte directamente la resolución que en su día recaiga. En el expresado documento, el aquí apelado se comprometió a pagar a los hoy apelantes-actores, la suma de 125.000 pesetas que se fijó para la total liquidación de unas hipotecas” y como máximo debe serlo antes del 31 Agosto del corriente año” —1971—, “en la fecha indicada, si por la Sra. B.” —la deudora hipotecaria— “no se ha hecho efectivo”; desprendiéndose de que se trata de una fianza, contrato definido en el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil y que tiene entre otras características, la de subsidiaridad, por virtud de la cual el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, nota esta normal, pero no esencial, ya que el fiador puede obligarse solidariamente, supuesto que, previsto expresamente por el legislador, hace la oportuna remisión normativa a las obligaciones solidarias —apartado segundo del mencionado artículo 1822—, no se da en el presente caso. La subsidiaridad de la obligación asumida por el demandado, hoy apelado, produce sus efectos, en el campo sustantivo o material, como mas adelante se expone; sin que el hecho de que los actores no hayan ejercitado simultaneamente su acción contra la deudora principal, entraña una falta de litis consorcio pasivo necesario, como sustenta el juez de instancia, pues tal ejercicio simultáneo constituiría una acumulación de acciones o litis consorcio facultativo, supuesto previsto en el artículo 1834 del Código Civil, ya que la facultad que confiere este último precepto mencionado al acreedor para demandar al deudor principal y al fiador, no se opone al derecho que asiste al acreedor para ejercitar su acción contra el fiador, el cual podrá oponer todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda (Sentencia de 25 de Febrero de 1958).

CONSIDERANDO: Que en armonía con la naturaleza subsidiaria de la obligación del fiador, la ley concede a este, el beneficio de excusión, a virtud del cual puede eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia, total o parcial, del deudor, beneficio que, sancionado por nuestro Derecho histórico (Partida 5ª, Título XII, ley 9ª) y por la jurisprudencia anterior al Código Civil, está establecido en este Cuerpo legal al proclamar sus artículos 1830 que “El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor” y el 1836 que, “El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal”, si bien condicionado su ejercicio a que no se den ninguno de los supuestos que menciona el artículo 1831 ni el señalado en el 1856 y se observe lo prevenido en el 1832, todos ellos del repetido Cuerpo legal, circunstancias todas ellas que se dan en el caso presente, lo que enerva la acción de pago promovida directamente contra el fiador y por ende, la desestimación de la demanda.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguna de las dos instancias, a efectos de condena de las costas causadas.

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación formulado por don J. P. Q. y don R. M. A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diez de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Señor Juez del Juzgado Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de esta ciudad, encargado del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad, por vacante del titular, en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto discrepe con la presente y confirmándola en lo que concuerde con la siguiente: Que previa desestimación de las excepciones de caducidad de instancia y de falta de litis consorcio pasivo necesario, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por don J. P. Q. y don B. M. A. contra don J. D. P. C., al que se le absuelve de ella, a virtud del beneficio de excusión opuesto; sin hacer expresa condena de las costas devengadas en ambas instancias.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

145. SERVIDUMBRE DE VISTAS. Acción negatoria. Servidumbre por destinación y nueva construcción que la agrava. Parificación con el porche desde el que se proyectaba con los nuevos huecos abiertos. Estimación de la demanda en cuanto a otras nuevas aperturas. Título y signo aparente: equiparación. *Sentencia de 5 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las actoras, ahora recurrentes, amparándose en el principio de que la propiedad se presumen libre en tanto no se pruebe lo contrario, ejercitan acción negatoria de servidumbre mediante demanda que resulta desestimada por entender el juzgador a quo que la demandada es titular activa de una servidumbre de luces y vistas constituida por "destinación del padre de familia", dada la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del T.S. (SS. 30-10-1959 y 21 junio de 1971) y que obran que analizados en la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que al no contener el Código Civil precepto alguno normativo de la extensión y límites del ejercicio de la servidumbre constituida por desestimación y al equiparar el artículo 541 del Código Civil el signo aparente con el título, forzoso es concluir que aquél —expresión auténtica del acto de destinación— constituye el elemento revelador de los términos en que la servidumbre ha de realizarse, sin que en sede de continuación de ésta sea permisible una ampliación de los mismos pues como tiene declarado el T.S. en S. de 12 de mayo de 1866 "es un principio inconcuso de derecho que aquél en cuyo favor se haya constituida una servidumbre no puede alterar la manera en que se estableció, o como la ha disfrutado; ni contra la voluntad del dueño del predio sirviente agravar su condición..."

CONSIDERANDO: Que para la adecuada resolución del tema litigioso conviene establecer como premisas fácticas: 1ª.- Que en el año 1904 el propietario de los fundos entonces fusionados y pertenecientes hoy a los litigantes, manifestó su intención de establecer una relación de servicio entre ellos a través de un porche situado en la finca de la demandada junto al linde con la perteneciente a las actoras y 2ª.- Que la demandada ha sustituido el citado porche por una construcción de dos plantas con azotea, abriendo dos ventanas en la superior y tres en la inferior.

CONSIDERANDO: Que del análisis comparativo de ambos signos resulta que a) los huecos de la planta inferior no suponen alteración gravosa de la servidumbre dada la equivalencia que en su dimensión de servicio y gravamen tienen con el antiguo porche y b) sin embargo, los huecos existentes en la planta superior, la azotea y su puerta de acceso constituyen una modificación gravosa de la servidumbre pues al posibilitar unas vistas antes inexistentes —y no es indiferente, sino esencial como conformadora del contenido del derecho, la situación material de los huecos— destruyen la continuidad de la servidumbre en su dimensión de carga necesariamente equivalente a la originaria.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 598 del Código Civil procede mantener la desestimación de la demanda en cuanto a los referidos huecos de la planta baja, estimándola, sin embargo, con relación a los existentes en la planta alta, azotea y puerta de acceso dado que no se hallan asistidos por título alguno que los legitime.

CONSIDERANDO: Que no hay motivo para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña M. A. R. y Doña R. M. A. A. contra la sentencia dictada el once de septiembre de mil novecientos ochenta y uno por el Sr. Juez de Primera Instancia del Juzgado de Inca en el juicio declarativo de menor cuantía de que este rollo dimana debemos revocar y revocamos la sentencia citada y estimando en parte la demanda interpuesta por las recurrentes mencionadas debemos condenar y condenamos a la demandada Doña C. M. V. a que tape las dos ventanas abiertas en la planta superior de la edificación a que se contrae el hecho segundo de la demanda, así como la azotea y su puerta de acceso, de forma que se eliminen las vistas que en la actualidad tiene sobre el fundo propiedad de las actoras a que se refiere el hecho primero de la demanda, absolviéndola del resto de los pedimentos contenidos en ésta, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en las dos instancias.

(Ponente: José Luís Calvo Cabello)

147

147. QUIEBRA. Retroacción e incidente sobre fijación de la fecha de la misma. Cosa Juzgada: no la constituye la sentencia desestimatoria de un incidente sobre la misma cuestión al no ser definitiva. Aportación de documentos: preclusión del momento de la misma. Distinto régimen según se actúe un interés propio o una pretensión “erga omnes” (la sindicatura, se dice, ni actúa un interés propio ni ostenta la exclusiva representación de los acreedores —vid., no obstante, artº 1.366 de la L.E.C.—, ni el demandado es propiamente sujeto pasivo): inaplicabilidad, por estas razones, del artº 504 y concordantes de la L.E.C. Concepto de sobreseimiento. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que por su carácter necesariamente preliminar el primer tema que ha de ser reexaminado en este segundo grado jurisdiccional no puede ser otro que el que vertebra entitativamente la oposición formulada por el codemandado B. S., ahora reproducido como motivo de impugnación de la sentencia dictada en primera instancia, es decir, si la sentencia de esta misma Sala número 139/1977 de 23 de noviembre, dictada en incidente seguido en virtud de demanda del acreedor don J. V. F. contra el Depositario designado por el Juzgado en este mismo juicio universal para la fijación de fecha de retroacción de esta misma quiebra procede o no cosa juzgada material respecto de este proceso, en el que la demanda interpuesta por la Sindicatura posteriormente designada postula, si bien para una diferente, también una fijación de fecha para la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra, cuyo efecto con arreglo al párrafo segundo del artículo

878 del vigente Código de Comercio es la declaración de nulidad radical de todos los actos realizados por el deudor quebrado en tal período temporal, conforme ratifica una reiteradísima doctrina jurisprudencial (SS., entre varias, de 16 de febrero de 1933, 17 de marzo de 1958, 28 de mayo de 1960 y 9 de diciembre de 1981).

CONSIDERANDO: Que el tema, ciertamente difícil y abordado con poca precisión en la doctrina científica, ha sido resuelto en forma acertada y aún aguda (en absoluto incurrente en sofisma como pretendió la recurrente en la vista de la alzada) por el juzgador “a quo” de modo conciso, lo que impone ahora matizar su acertada fundamentación; y así: a) La fijación de la fecha a la que habian de retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra en el auto declaratorio de la misma, dictado conforme a lo previsto en el art. 1.024 del Código de Comercio anterior, tenía un carácter puramente provisional y sin perjuicio de tercero.- b) Esta fijación provisional, sin embargo, opera: 1- Hasta la junta de reconocimiento de créditos, pues desde tal data, al precluir la oportunidad procesal de solicitar la fijación de otra, aquélla se convierte en definitiva.- 2- Mientras que por sentencia firme no se haya fijado una fecha definitiva; y contrariamente, *una sentencia que desestime una pretensión de fijación de fecha definitiva no hace cobrar tal carácter a la provisional*, que subsiste como tal durante el expresado período temporal y puede no ser impugnada (pues ha obtenido fuerza de cosa juzgada formal), pero sí sustituida por una declaración de fijación definitiva si dicho período no ha transcurrido: conclusión hermenéutica que deriva del dato normativo esencial de que toda resolución provisional produce los efectos propios de la definitiva mientras no sea sustituida por otra de este último carácter (P. ej., los procesos posesorios interdictales); de manera que, en el caso resuelto en la sentencia anterior, esta Sala, constreñida por el principio “tantum devolutum quantum appellatum” sancionado reiteradísima por la jurisprudencia, al dictar sentencia estimatoria del recurso de apelación y derivada desestimación de la demanda que postulaba la fijación de una fecha determinada para la retroacción de los efectos de declaración de quiebra, no estaba —pues no podía hacerlo— creando un estado jurídico nuevo —conversión de la fecha provisional en definitiva—, sino, simplemente, rechazando por infundada una pretensión encaminada a su creación, y al ser ello así, tal pretensión no podía, al ser repelida, crear un “aliud” diferente del área o ámbito en que se dictó (“ex nihilo nihil facit”), al ser algo radical y ónticamente disímil declarar que lo resuelto con carácter provisional no se pueda variar ante una concreta pretensión a tal fin dirigida que señalar que esta invariabilidad concreta convierta lo que era provisional en definitivo, pues para ello sería preciso, según lo expuesto, bien un pronunciamiento jurisdiccional positivo (declaración de definitividad) o el simple transcurso del plazo preclusivo expresado.

CONSIDERANDO: Que ello conduce necesariamente a la desestimación del motivo impugnativo basado en la cosa juzgada, pues no sólo no concurre ninguna de las tres identidades exigidas por el art. 1.252 del Cciv., para que la misma opere sus efectos, sino que: a) No cabe estimar existente el efecto positivo de la cosa juzgada material (“validez jurisdiccional de una pretensión como jurídicamente fundada o infundada”), pues la absolución de una pretensión constitutiva no está negando con carácter absoluto el fundamento de la misma (“Si bonam causam haber”), sino manteniendo —“rebus sic stantibus”— el estado provisional pretendido desvirtuar.- b) Tampoco cabe reputar producido el efecto negativo de la cosa juzgada material o función impeditiva de aquélla, en tanto su fórmula doctrinalmente correcta: “no dos procesos con el mismo objeto” quiebra ante la naturaleza no definitiva (de cara a la norma contenida en el ordinal 1º del art. 1.690 de LECiv.) de la resolución que versa sobre la fijación de la data de la retroacción, la que, contra lo proclamado por la recurrente en su exposición “in voce” en el acto de la vista de la alzada, carece de tal virtualidad y consecuentemente no es susceptible de recurso de casación, como proclama el auto del T.S. de 27 de junio de 1975 y la doctrina legal en él citada y la S. del propio T. S. de 16 de diciembre del mismo año; lo que, en definitiva, no otra cosa es que mera consecuencia de la recta doctrina recordada en la S. de 22 de marzo de 1963, según la cual “el auto de declaración de quiebra es susceptible de modificación en cualquier estado del proceso de ejecución colectivo en que se impoga su reposición”; todo lo que, sin necesidad de insistencias fundamentadoras que serían simplemente reiterativas,

conduce al rechazo de la excepción que se analiza en su actual vertiente de motivo impugnativo de la sentencia sometida a recurso de alzada.

CONSIDERANDO: Que no mejor suerte ha de tener el recurso de apelación del code mandado don C. S. S., orientado en la reproducción de lo alegado por el mismo al contestar a la demanda incidental en orden a la preclusión de aportación/presentación documental derivada conjuntamente de la normativa establecida en los arts. 504 y 506 de la LECiv.; pues si tal recurso se muestra aguda y minuciosamente construido, no menos cierto es que en su óptica obviamente parcial e interesada silencia varios datos esenciales, cuales son: a) Que esta preclusión de aportación/representación/designación documental está en relación con el espíritu y función de la norma que la crea (art. 3 del CCiv.), es decir, que al fundarse esta norma ordenadora de la preclusión en los principios procesales básicos de igualdad de partes y consecuente lealtad procesal que ha de inspirar el debate jurisdiccional, en el sentido de imponer la carga de aportación de los documentos que funden la causa de pedir (SS., entre viarias, de 31 de octubre de 1963 y 24 de octubre de 1978), lo que por lo demás viene proclamado desde la propia norma, al sancionar el art. 504 citado que los documentos son aquellos en que la parte funde "su" derecho, claramente se deduce que en aquellos supuestos en que pretensión (como es el caso ahora decidido) no se interponga *contra* (supuesto típico de la acción declarativa de condena) un demandado frente al que se exige un determinado comportamiento, sino que contrariamente a su tendencia es simplemente dirigida a la creación de un estado jurídico valedero "erga omnes" la distribución de cargas procesales no funciona obviamente con el mismo rigor, por cuanto también la relación procesal se oficializa y el demandado actúa en ella no como sujeto pasivo propiamente dicho, sino como simple legitimado por un "interés" que pudiera ser vulnerado por la satisfacción de esa pretensión constitutiva.- b) Y en el mismo sentido se sitúa la actuación de la Sindicatura desde el prisma de la legitimación activa, ya que cualquiera que sea la postura doctrinal que se adopte en orden a la posición de la misma en el proceso sobre quiebra, lo cierto es que se sitúa su actuación procesal en una perspectiva más formal que material, en tanto en cuanto ni representan con carácter exclusivo a la masa acreedora ni a la deudora ni ostentan por tanto interés propio, instalándose por ello su cualidad de parte en la esfera propia de la sustitución procesal y aún de la llamada representación orgánica; por lo que al no instar un interés propio, llano ha de ser que no les vincula el carácter sedicentemente absoluto de la aludida preclusión de aportación documental; máxime si se tiene en cuenta que la mayoritaria y más autorizada doctrina científica patria viene sosteniendo la viabilidad —desde la normativa contenida en los arts. 1.366 y 1.367 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— de que el propio juez varíe sin precisión de incidente destinado al efecto la fecha fijada provisionalmente como de retroacción, aunque naturalmente sometida a la impugnación propia de la declaración misma de la quiebra (a la que parcialmente sustituye); de lo que se deduce que procede el rechazo del presente motivo impugnativo y, por ello, entrar en el fondo de la pretensión ejecutiva formulada en la demanda.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la doctrina legal ha venido, al hilo de lo proclamado en la Exposición de Motivos del vigente Código de Comercio, configurando el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, que si es presupuesto de la declaración de la quiebra legal ha de serlo también de la fáctica (a cuyo momento de producción han de retrotraerse los efectos de aquélla), en forma prudente en aras a no atacar el principio básico de seguridad en el tráfico, distinguiendo así la copiosa doctrina jurisprudencial recogida y sancionada en la clásica y fundamental S. del T. S. de 27 de febrero de 1965 las simples dificultades de pago, la simple incursión en mora, de una imposibilidad solutoria "definitiva, general y completa", al modo también señalado en la S. de 22 de abril de 1969, cuando declara que "el elemento esencial del concepto legal de quiebra es el sobreseimiento en el pago de las obligaciones, cesación de pagos que ha de ser general y definitiva, por significar insolvencia, esto es, *cuando el patrimonio es impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular, pues si el desarreglo es transitorio no es causa suficiente para declarar la quiebra*"; no es menos cierto que la sentencia hoy sometida a recurso de alzada, lejos de conculcar tal premisa, se ajusta plenamente a ella, al deducir, en una ponderada y concisa valoración en conjunto de la prueba que como ma-

terial litisdecisorio obra en los autos, la conclusión positiva en orden a que en la fecha indicada en la demanda se había ya producido esta situación de sobreseimiento general en los pagos de las deudas de los quebrados; pues, sólo a título corroborativo, cabe recordar que la insolvencia se polarizaba en las direcciones siguientes: 1^º) *Débitos fiscales y de la contribución a las cargas de la seguridad social*: a) Descubiertos en Hacienda (Folios 215 y ss.): ejercicio de 1972, 2.468.832 pts.; ejercicio e 1973, 1.669.174 ptas. b) Descubiertos en la seguridad social (Folios 319 y ss.): 78.964 pts. y 212.300 ptas.- 2^º) *Descubiertos por gastos de explotación*.- Durante la temporada de 1973 la empresa de los quebrados contrajo débitos que se especifican: uno de 486.533 pts. con "L. P." (Folio 327); cuentas impagadas de "E. G." (Folios 233 y ss.).- c) *Impagados a proveedores*.- Cabe señalar: los distintos juicios ejecutivos seguidos contra los quebrados cuyos testimonios obran en autos (Folios 358 y ss.), en virtud de cambiales vencidas y protestadas en el año 1973.- d) *Débito de la renta del año 1973 correspondiente al arrendamiento del Hotel* (499.800 pts.), que finalizó por desahucio por falta de pago en sentencia firme dictada en juicio de tal clase de fecha 3 de enero de 1975 del Juzgado a la sazón Comarcal de La Puebla (Folio 343); datos todos que conjuntamente revelan la absoluta corrección de la resolución apelada al reputar existente la situación de sobreseimiento general en la fecha postulada en la demanda y que, consecuentemente, comportan el íntegro rechazo de los recursos interpuestos.

CONSIDERANDO: Que ne cabe reputar temeraria la posición de los recurrentes, por lo que no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por los codemandados "B. S., S.A.", don C. S. S. y don P. J. M. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos incidentales de juicio universal de quiebra de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución a los demandados no comparecidos en esta alzada en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

150

150. DIVORCIO. Pensión a que se refiere el art.º 97 del Código. Presupuestos para su establecimiento: se ha de atender a las necesidades de ambos cónyuges. La custodia y cuidado de los hijos como causa de desequilibrios patrimoniales entre ellos. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída se impugna por la esposa demandada: a) por incongruencia con la contestación a la demanda y b) por inobservancia de las prescripciones establecidas en el artículo 97 del Código Civil en cuanto a la fijación del importe de la pensión determinada en la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: que las sentencias, según ordena el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, prescripciones todas ellas que han sido observadas en el fallo apelado, en el que de una manera clara, sistemática y precisa, se da debida respuesta judicial a todas las cuestiones deducidas en esta litis; por lo que se rechaza el primer motivo de apelación.

CONSIDERANDO: que igual destino adverso ha de recibir la segunda causa de impugnación, ya que la recurrente pretende que el importe de la pensión que postula a su favor lo sea “en cuantía que resulte de los ingresos reales del marido”, prescindiendo de los propios, con olvido total de que el derecho que proclama el artículo 97 del Código Civil, a favor del cónyuge a percibir una pensión del otro cónyuge, tiene los siguientes presupuestos: a) que la separación o divorcio le produzca desequilibrio económico en relación con la posición económica del otro y b) que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; y que su fijación se realiza teniendo en cuenta las circunstancias que enumera el mismo precepto, entre las que interesa ahora destacar la 8ª que dice: “El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”, o sea que se ha de tener presente, a los efectos expresados, el caudal, los medios económicos y necesidades de los dos cónyuges, no solo uno de ellos. Consta probado que los ingresos del marido, policía municipal, fueron en Agosto de 1981 —última mensualidad que consta en autos—, unas 70.000 pesetas mensuales, (folio 100); y que la esposa, ahora apelante, percibe unas 35.000 pesetas mensuales por su trabajo como camarera en la Hospedería de Palma del Instituto Social de la Marina (folio 161), posee dos parcelas de tierra de secano de 5,94 y 19,70 áreas de superficie, sitas en el término municipal de Algaida, de escaso o nulo rendimiento agrícola y una finca urbana en dicha localidad, compuesta de planta baja, piso y corral, todo ello adquirido por herencia (folios 29/33 y 47/50), es titular también de un automóvil marca S., modelo 127, 3 puertas, matrícula PM-8.312-G, por lo que la pensión de 25.000 pesetas mensuales fijadas a cargo del actor, aquí apelado, “para la atención y cuidado de sus hijos”, se estima ponderada y ajustada a derecho, ya que con ella se restablece el equilibrio económico entre los cónyuges que se rompía al quedar al cuidado y custodia de la esposa, los dos hijos de 13 y 11 años de edad.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados bien ponderados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de esta en todas sus partes.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de este recurso.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por doña J. M. LL. O., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha quince de Diciembre de mil novecientos ocheta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

151

151. **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Vicios de construcción. Desestimación de la demanda. Ficta confessio. *Sentencia de 8 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, al estar ajustada a derecho la resolución recaída, si bien para completar su fundamentación jurídica se hace constar que al demandante se le tiene por confeso, a tenor del artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre hechos que, expresados en las posiciones presentadas por la contraparte, hacen totalmente improperable su pretensión indemnizatoria, a saber: que la obra, por cuya defectuosa construcción reclama 87.000 pesetas por daños y perjuicios, fue por él dirigida, sin intervención profesional alguna, salvo los albañiles contratados a jornal, Sres. M. (el hoy apelado-demandado), O. y M., y que al despedirse dichos albañiles a finales de 1978, no mostró queja alguna por su trabajo, aparte que la obra todavía no estaba terminada y que posteriormente y con otro personal que tuvo que contratar, acabó la obra de su chalet, incluido en ella el tejado (posiciones 2ª, 3ª y 4ª); y al desconocer este Tribunal las posibles causas de la impugnación interpuesta, ya que la parte recurrente no compareció a la vista celebrada, no obstante haber sido citada en legal forma, procede confirmar el fallo dictado.

CONSIDERANDO: Que el artículo 710 de la citada Ley Procesal preceptúa en su último apartado que, la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia, deberá contener condena de costas al apelante.

FALLAMOS: que, desestimando el recurso de apelación formulado por don L. C. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha doce de Junio de mil novecientos ochenta y uno dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

154

154. DIVORCIO. Obligación del padre de atender a las necesidades económicas del hijo que convive con el otro cónyuge. Pensión a favor del mismo ex art. 97 del C. Civil. Valoración de las posiciones económicas de ambos interesados. Asignación de una cantidad mensual que engloba la atención de ambos conceptos. Reducción de la misma a partir de la mayoría de edad del hijo y derecho del mismo a reclamar alimentos del padre. Conceptuación de la cantidad reducida. Vivienda familiar: asignación de su uso y disfrute. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada se impugna: I) por el actor: a) por atribuir la vivienda familiar, sin limitación a la esposa, b) por no determinar el concepto de la pensión asignada y c) por reputar dicha pensión excesiva respecto al hijo e indebida en cuanto a su esposa; y II) por la demandada, por estimar que el importe de la expresada pensión debe ser mayor al fijado por el juez "a quo".

CONSIDERANDO: Que, la determinación de que la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges y ocupada por la esposa ininterrumpidamente desde el año 1971, como hogar propio y de su hijo, que siempre ha convivido con ella, expresamente aceptada por el actor en el primer otrosí de su escrito de demanda (folio 10 vuelto), fue impugnada por primera vez en el acto de la vista de esta apelación por dicho recurrente, atribuyendo, sin base ni fundamento alguno, carácter vitalicio al uso de tal vivienda, cuando ni en la sentencia ahora recurrida, ni en el auto de 15 de Enero de 1982, dictado en la pieza separada de medidas provisionales dimanante de este juicio y ratificado en el fallo objeto de esta apelación, se expresa ni se deduce el carácter vitalicio que aduce el apelante-demandante, con olvido total, por otro lado, de que el apartado primero del artículo 96 del Código Civil dispone expresamente que "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden".

CONSIDERANDO: Que entrando ya en la cuestión fundamental del presente recurso, la fijación de la cuantía de la pensión que el marido debe satisfacer, que es impugnada por ambas partes, una, por estimarla improcedente respecto a su cónyuge y excesiva en cuanto a su hijo y por no concretarse el concepto de tal pensión, la otra, por insuficiente; y al estar estas impugnaciones muy relacionadas entre sí, recayendo todas ellas sobre una misma y específica materia, su planteamiento será conjunto para evitar innecesarias reiteraciones. La cuestión ahora planteada en esta alzada, fue resuelta en 1ª instancia de la siguiente forma: El mencionado auto de 15 de Enero del corriente año, ratificado, como antes ya se indicó, en el fallo apelado, dispuso, sobre este particular, en su número 3º que: "El esposo deberá entregar, como mínimo, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 58.000 pesetas para atender los gastos de educación y manutención de su hijo. Dicha cantidad será revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el costo de la vida de acuerdo con los índices que publique el Instituto Nacional de Estadística" y de la sentencia ahora apelada, se dispone, sobre este particular, que: "Se ratifica el auto de 15 de Enero de 1982 como regulador de los efectos de la disolución matrimonial decretada, si bien, además, el esposo deberá, en su momento, sufragar los gastos que por estudios universitarios tenga el hijo del matrimonio, debiendo siempre satisfacer la pensión señalada en el citado auto", y en el aclaratorio a dicha sentencia, dictado a instancia de la parte demandada, se afirma que "disponiéndose en la sentencia que el esposo deberá siempre" satisfacer la pensión señalada en el citado auto, quiere con ello decirse que esa cantidad o pensión mensual deberá satisfacerse siempre y en cualquier caso, con independencia de lo que en el futuro pudiera suceder, y que, en su caso, podría, dar lugar a un procedimiento de modificación del montante de la pensión ahora asignada, pero no produciéndose una circunstancia notoria que varíe sustancialmente la posición de uno y otro litigante, será aquella cantidad la que el esposo deberá entregar a la esposa y esta podrá disponer libremente de ella, destinándola fundamentalmente a su hijo, pero también a ella misma o a las necesidades que le pudieran eventualmente surgir, por lo que dicha pensión comprende tanto los gastos que el hijo precise como las propias de la esposa...".

CONSIDERANDO: Que las sentencias de nulidad y separación matrimonial y divorcio suelen producir graves consecuencias, tanto en la esfera personal como en la económica, consecuencias que se incrementan considerablemente en el caso de concurrir hijos menores e incapacitados y no existir el oportuno convenio regulador de ambos cónyuges o no ser esta aprobado por el Juez por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, lo que da lugar a la aplicación de las disposiciones que el Código Civil contiene a tal efecto, entre la que cabe destacar, las referentes al uso de la vivienda (apartado primero, artículo 96), al cuidado y educación de los hijos ejercicio o en su caso, privación de la patria potestad (artículo 92) y también estatuye, en su actual redacción — Ley 7 de Junio de 1981 — una cierta solidaridad conyugal que se plasma en forma de ayuda económica (artículo 97, que será objeto de mayor atención más adelante). Consecuente con tal criterio y habiendo quedado ya resuelta la cuestión del uso de la vivienda familiar, procede entrar en el estudio de las repercusiones económicas del divorcio decretado, en cuanto al hijo de matrimonio, y que de común acuerdo continua al cuidado y custodia de la madre, pues el citado artículo 92, en su apartado primero, proclama que "La separa-

ción, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos”, y a tal efecto, al señalar que el hijo, que siempre ha convivido con su madre, cumplirá el día 25 del próximo mes de Septiembre, 18 años de edad (folio 6) y con ello la mayor de edad (artículo 315 del repetido Código), por lo que interin llega tal momento, continuará la obligación del padre, dada su bien holgada posición patrimonial, como más adelante se desprende, de atender las necesidades económicas de su hijo, teniendo presente, entre otras circunstancias, su edad —17 años, que no trabaja y estudia C.O.U.—. Dicha prestación periódica que debe abonar el marido para las atenciones y necesidades de su hijo menor, es compatible con la que pueda corresponder a su cónyuge, a tenor del mencionado artículo 97 y el importe de ambas pensiones mensuales se puede señalar globalmente.

CONSIDERANDO: Que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil, tiene dos condiciones fácticas, a saber: a) que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia, seguramente para evitar su identificación con la tradicional del n° 1 del artículo 143 en relación con el artículo 142, ambos del repetido Cuerpo legal, ni con cualquiera otra denominación específica, en dicho artículo 97, ni en el apartado E) del artículo 90 del supradicho Código, en la que se alude, es lo que determina el rechazo de la impugnación del demandante de que la pensión fijada por el juez “a quo” debe quedar sin efecto por ser inconcretada, al no haberse calificado de alimenticia o con otra denominación.

CONSIDERANDO: Que la fijación de la pensión estatuida en el repetido artículo 97, se ha de realizar, en resolución judicial, teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias que menciona el mismo precepto; siendo significativo que la última circunstancia que es específica, la 8ª, sea la del “caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”, lo que revela que estos últimos elementos constituyen más bien la base real o material de la efectividad de la pensión, que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias precedentes, pues en el caso de ser las mencionadas en el ordinal 8º las fundamentales para la fijación de la cuantía de dicha pensión, se hubieran lógicamente mencionado en primer lugar y no en el último.

CONSIDERANDO: Que, consecuente con lo anteriormente expuesto y a efectos de la fijación de la pensión a favor de la esposa y a cargo del esposo, al concurrir los dos presupuestos fácticos antes mencionados y en relación con las circunstancias del supradicho artículo 97, consta probado o reconocido lo siguiente: a) respecto a la circunstancia 1ª, que en el año 1971 se fijó judicialmente en 16.500 pesetas mensuales los alimentos que el hoy apelante-actor debía satisfacer en favor de su esposa e hijo, pensión que fue aumentada a 25.000 pesetas mensuales en 1980 por dicho litigante (posición 5ª); b) en cuanto a las circunstancias 2ª y 3ª, que el esposo tiene 49 años de edad y es gestor administrativo; la esposa tiene 41 años de edad, solo posee el título de bachiller, carece de calificación profesional y siempre se dedicó a las tareas domésticas, si bien ultimamente trabaja, con carácter eventual, en un colegio parroquial, percibiendo 10.500 pesetas mensuales; c) respecto a la circunstancia 4ª, que la dedicación de la esposa a la familia y concretamente a su hijo ha sido siempre prácticamente plena, lo que es reconocido expresamente en la ponderada y digna declaración del hijo, obrante a los folios 122 y 123; d) relacionado con la circunstancia 6ª, que el matrimonio de los hoy litigantes se celebró en el año 1962 y en Febrero de 1969, la esposa formuló demanda de separación ante el Tribunal Eclesiástico de esta Diócesis, en cuyo procedimiento se opuso el marido, dictándose sentencia acordando la separación por tiempo indefinido, a la esposa como cónyuge inocente y contra el esposo como cónyuge culpable por causa del vida vituperable y sevicias (folio 8 del juicio n° 52/1971 del Juzgado de 1ª instancia n° 2 de Palma, unido a cuerda floja a los presentes autos); y e) respecto a la 8ª, la posición económica de la esposa viene dada por ser titular de la mitad indivisa del dominio de la vivienda familiar —la otra mitad es de su esposo—, por la percepción de las 10.500 pesetas mensuales mencionadas; por contra, la posición del marido es bien boyante: es dueño de la mitad indivisa de un edificio de once plantas destinado a Hotel, sito en El Arenal, término de Lluçmayor, según certificación del Regis-

tro de la Propiedad, obrante al folio 141, con un valor declarado a Hacienda Pública de 10.282.000 pesetas (folio 74), es titular de la casi totalidad de las acciones de H. B., S.A., cuyo capital social es de 32.000.000 de pesetas, según certificación del Registro Mercantil de Palma (folio 183/4), es dueño también de un local comercial de planta baja y de cuatro viviendas de un edificio sito en el Arenal, término de Lluchmayor, según certificación del Registro de la Propiedad (folio 143), es propietario de una finca rústica, de secano, llamada B., situada en el término municipal de Alcudia de unas 277 hectáreas de cabida (folio 188), valorada en 11.379.774 pesetas (folio 74), así como de otras dos fincas rústicas de menor extensión y valor, es titular de una Gestoría Administrativa, posee un coche de importación valorado en 1.432.115 pesetas (folio 105 vuelto), así como una embarcación de recreo (posición 3ª) denominada "Avatar" (tipo laud), de 11 metros de eslora, con un motor marca Barreiros de 128 H.P. (folio 49 del juicio nº 52/1971 ya mencionado); todo ello determina que se fije globalmente en 75.000 pesetas la prestación mensual que debe satisfacer el hoy apelante-actor a su esposa, comprendiendo en dicha pensión tanto la del artículo 97 del Código Civil como la asignación para atender los gastos de manutención y educación del hijo; a partir de 1º de Octubre del corriente año, la pensión del esposo a su esposa y por este único concepto, será de 45.000 pesetas mensuales, sin perjuicio del derecho del hijo, ya mayor de edad en esta última fecha mencionada, de reclamar a su padre, los correspondientes alimentos a tenor de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe, a efectos de imposición de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don M. C. C., así como el promovido por doña A. M. S. U., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diecinueve de Febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, en cuanto ratifica el apartado 3º del auto de quince de Enero de mil novecientos ochenta y dos, regulador de los efectos de la disolución matrimonial decretada, así como la declaración del fallo recurrido de "El esposo deberá, en su momento, sufragar los gastos que por estudios universitarios tenga el hijo del matrimonio, debiendo satisfacer la pensión señalada en el citado auto", quedando también sin efecto el auto aclaratorio dictado; y en lugar del expresado apartado revocado, debemos declara y declaramos: "3º) El esposo deberá entregar a su esposa, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de SETENTA Y CINCO MIL PESETAS, comprendiendo dicha prestación, la pensión a la esposa, así como lo necesario para atender los gastos de manutención y educación del hijo. A partir del primero de Octubre de mil novecientos ochenta y dos, la pensión mensual que deberá abonar el esposo a su esposa, lo será por este único concepto y en cuantía de CUARENTA Y CINCO MIL PESETAS, cantidad que será revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el costo de la vida, de acuerdo con los índices que publique el Instituto Nacional de Estadística; sin perjuicio del derecho del hijo, cuando sea mayor de edad, de reclamar alimentos a su padre, a tenor del Título VI del Libro I del Código Civil". Se confirma la sentencia recurrida en todos los demás particulares; sin hacer expresa condena de las costas de esta segunda instancia.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

155. EJECUTIVO CAMBIARIO. Nombre comercial como identificador del librado: acción dirigida contra la persona física que con él se identifica: desestimación de este motivo de nulidad. Sociedad anónima en formación: responsabilidad de los gestores y de la excepción de falta de provisión de fondos opuesta por los mismos. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que ha de ser rechazado resultamente el motivo de nulidad invocado por la ejecutada al amparo genérico del artº. 1.467-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y aceptado por el juzgador "a quo", ya que en modo alguno existe infracción de los artºs. 444 y 447 del Código de Comercio, por cuanto el librado aparece designado como un simple nombre comercial, "X.", y no como una persona jurídica, que en el momento del libramiento y aún en el del vencimiento de la cambia no existía con personalidad jurídica, según acredita la certificación registral obrante al folio 70, por lo que por simple aplicación de lo dispuesto en el artº. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas no podía intervenir como tal en concepto alguno como sujeto de la relación cambiaria.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener la invocada y también estimada en primera instancia excepción de falta de provisión de fondos, por cuanto por aplicación del artº. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas la responsabilidad de los gestores en el proceso fundacional de la sociedad ofrece carácter solidario, por lo que aún aceptando el documento causal del folio 31 de los autos se llegaría a la evidente legitimación extracambiaria del ejecutado a los efectos de lo prevenido en el artº. 457 del Código de Comercio; por lo que sin precisiones de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, procede con estimación del recurso interpuestos, dictar sentencia de remate en los términos prevenidos en el ordinal 1º del artº. 1473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; con el obligado pronunciamiento de condena al ejecutado de las costas de primera instancia conforme dispone el párrafo primero del artº. 1.474 de dicha Ley Procesal y sin hacer especial declaración sobre las costas de este recurso, al ser estimado el mismo.

FALLAMOS: Que, estimado el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante don J. P. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos, con revocación de dicha resolución mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada contra don M. P. A. hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y, caso necesario, de más que fueren de su propiedad, para con su producto hacer íntegro pago al ejecutante de las cantidades de sesenta y seis mil doscientas ochenta y cinco pesetas de principal y seiscientos setenta y cuatro pesetas de gastos de protesto; condenándole asimismo al pago del interés legal de dichas sumas desde la fecha del protesto hasta la de esta resolución y del interés prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta última fecha hasta la en que se verifique el pago; condenando asimismo al ejecutado, por ministerio de la Ley, al pago de las costas de primera instancia y sin hacer especial declaración en cuanto a las de este recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

156

156. DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa extracontractual: prescripción de la acción: el cómputo de un año se inicia a partir del día que adquirió firmeza la sentencia penal absolutoria. Posible ejercicio de una acción de resarcimiento por culpa contractual: su imposible acogimiento al tener que sujetarse los Tribunales a la acción deducida. Doctrina del T.S. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en modo alguno han sido desvirtuadas por las alegaciones verdidas “in voce” en el acto de la vista de esta alzada por la parte recurrente las acertadas razones contenidas en la fundamentación de la sentencia apelada para estimar existente la prescripción de la acción ejercitada en virtud de la norma contenida en el artº. 1.968-2º del Código Civil, ya que en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artº. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la reserva de la acción civil hace perder a la parte que lo efectúa su condición de tal en el proceso penal, por lo que no existía precisión legal alguna de notificarle la sentencia dictada en la causa de aquel carácter en virtud de lo dispuesto en el artº. 160 de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal y consecuentemente desde el mismo día de la firmeza de la sentencia dictada en el juicio verbal de faltas se iniciaba el cómputo del plazo prescriptivo; máxime si se tiene en cuenta el contenido de la confesión judicial del actor (folio 79 vuelto y 80), que al evacuar la posición 7ª manifestó ser cierto que se enteró de la sentencia por medio de su abogado a los pocos días de ser dictada; y si bien un correcto planteamiento de la demanda como derivada de culpa contractual en virtud del contrato de transportes entre actor y la empresa co-demandada hubiera obviado el juego de la prescripción anual para dar entrada a la de quince años prevista en el artº. 1.964 del Código Civil, es lo cierto que no puede este Organismo Jurisdiccional alterar el fundamento de la pretensión, que es inequívocamente la culpa extracontractual, ya que, como enseña la S. de 30 de diciembre de 1980; “el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que puede variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los artºs. 1902 y 1903 citados no puede alterarlas para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento y, a la inversa, como entendió repetidamente esta Sala en sus SS., de 26 abril 1966, 3 noviembre del mismo año y 24 junio 1969; habiendo esta última declarado que aún existente una relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artº. 1902 del Código Civil, casó esta Sala la sentencia impugnada por haber estimado el Tribunal de instancia que debió ejercitarse la acción contractual, doctrina mantenida incluso cuando “ad majorem” se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual —SS. de 21 febrero de 1964 y 3 noviembre de 1966— y es que, como declaró esta Sala en S. de 10 de febrero 1966, en modo alguno puede el Tribunal alterar los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue sometido a su decisión”; por todo lo que no es preciso añadir ningún otro razonamiento para la desestimación del recurso de apelación que se examina.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del artº. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sí hacer uso de la facultad conferida por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, pues la propia naturaleza de la prescripción comporta la no estimación de temeridad en el recurrente.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante don F. M. F. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución al demandado declarado en rebeldía en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

157

157. EJECUTIVO CAMBIARIO. Oposición basada en la no presentación de la letra a la aceptación por uno de los librados: desestimación. Falta de provisión de fondos opuesta al tercero ejecutante: reiteración de la doctrina contenida en la S. 111/1982. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el recurrente —librado aceptante de las tres letras de cambio base de la acción ejecutiva— se opone a la pretensión cambiaria solicitando la nulidad del juicio por entender que ha existido: 1º.- No presentación de las cambiales a la aceptación de uno de los dos librados, lo que genera los efectos previstos en el artº. 469 del Código de Comercio, perdiendo aquéllas su fuerza ejecutiva; 2º.- Incumplimiento de lo dispuesto en el artº. 507 del Código de Comercio por cuanto el protesto de las cambiales no fue notificado al librado no demandado, y 3º.- Falta de provisión de fondos.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos de oposición procede ser desestimado dado que: a) la aceptación no es necesaria a la validez de la letra —el librador puede prohibirla, la letra girada a la vista hace lógicamente inútil la aceptación sino una garantía suya; b) los efectos del artº. 469 del Código de Comercio están previstos para el supuesto de ausencia total de presentación de la letra de cambio a la aceptación; c) el artº. 476 del citado cuerpo legal concede al tenedor de la cambial girada a un plazo contado desde la fecha la opción de presentarla o no a la aceptación y d) la designación de varios librados en forma acumulativa —como en el supuesto litigioso— no implica división por cabeza de la suma cambiaria, de suerte que la aceptación por el librado demandado le obliga a su pago íntegro, sin que por tanto sea atendible el razonamiento de quedar la letra perjudicada cuando existe aceptación por parte de una de las personas a cuyo cargo se libró.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al segundo de los motivos de oposición articulados dado que, sin necesidad de analizar el campo de eficacia cambiaria en que debe desenvolverse el contenido del artº. 507 del Código de Comercio, del exámen

de las actas de protesto aportadas con la demanda resulta realizada la notificación de éste a los dos librados mediante la entrega de la correspondiente cédula en el domicilio indicado en las cambiales, resultando cumplidos los términos normativos de los art.ºs. 504 y 505 del mencionado texto legal.

CONSIDERANDO: Que igualmente procede rechazar el último tema de oposición por cuanto la falta de provisión de fondos si bien, como tiene declarado el T. S. en SS. de 18 de diciembre de 1964 y 17 de enero de 1970, “es oponible al tercero adquirente de la letra siempre que éste la haya adquirido a sabiendas, en detrimento del deudor —animus nocendi—, es decir, con la intención de dañar a dicho deudor y con resultado dañoso para el mismo; por eso también esta Sala ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra actuó con mala fe o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia la concepción de la falta de provisión de fondos”, sin embargo su admisión y consiguiente eficacia frente a la pretensión ejecutiva está condicionada a la prueba de su realidad, y la simple alegación de su existencia —actuación procesal en cuyo ámbito ha sido articulada y exclusivamente desarrollada— no puede sustituir la mencionada exigible conducta probatoria, por carecer de entidad verificadora.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don P. M. B., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, el cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

158

158. EJECUTIVO DE TRAFICO. Excepción de pluspetición: es oponible en estos procesos: razones doctrinales. Supuestos en que la excepción es deducible: daños corporales y pensión provisional: excesiva cuantificación en el Auto de la cantidad legalmente reclamable por estos conceptos. Estimación de la excepción. *Sentencia de 19 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presente apelación, en la que solo ha comparecido la parte recurrente, se circunscribe: a) en determinar si en el juicio ejecutivo iniciado con testimonio del auto de cuantía máxima prevenido en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto de 21 de Marzo de 1968, puede alegarse como causa de oposición la pluspetición, y b) en caso afirmativo a la procedente cuestión, si procede en el presente juicio y en la cuantía fijada por el Juez de instancia.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el artículo 18 del citado Texto refundido se remite a los motivos de oposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil no hace alusión al artículo 1466 de la misma Ley Procesal, ha dado lugar a que algunos autores y bastantes resoluciones judiciales hayan entendido que no es posible la alegación de la pluspetición en este juicio ejecutivo de la ley llamada del automóvil; más la tesis contraria, la que mantiene la posibilidad de su alegación, es la que prevalece tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial, entre otras razones, por las siguientes: 1ª) por la posibilidad de reclamar, basándose en auto de cuantía máxima, cantidades superiores a las prestaciones cubiertas por el Seguro Obligatorio de Automóviles, ya que dicha resolución judicial, que se ha de dictar conforme preceptúa el artículo 10 del mencionado Texto refundido, es irrecurrible, y puede dictarse con escasa o nula audiencia de la compañía aseguradora (así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el párrafo último de la regla 5ª del artículo 784, incluido en el título III del Libro IV, que fue redactado según Ley 3/1967 de 8 de Abril, prohíbe que las compañías aseguradoras intervengan activamente en las diligencias penales, y sin embargo, la disposición adicional 2ª de la propia Ley de 1967 lo mismo que el repetido artículo 10 de la de Vehículos de Motor, contempla como supuesto normal que se dicte aquel auto inmediatamente después de concluidas las diligencias) y 2ª) que, como consecuencia de lo que se acaba de exponer, la posible arbitrariedad en que pudiera incurrir de no existir normas limitativas de la cuantía de la indemnización cubierta por el seguro obligatorio, al ser señalada esta en aquel auto inapelable, sería inatacable, incluso en el juicio ejecutivo al que habría de servir de título el testimonio del mismo, lo que, por contrario a la justicia sustantiva y procesal, se ofrece como solución absurda que, como tal, ha de rechazarse. La existencia pues, de supuestos que impliquen una discordancia entre la suma que figura entre el título ejecutivo y la real, reclama una instrumentación procesal que no puede ser otra que la pluspetición. De donde se desprende que el título ejecutivo judicial que señale cuantía superior a la prescrita por la legislación, no es nulo, sino ineficaz por el exceso, si, la compañía aseguradora contra la que se deduzca la demanda ejecutiva, para no quedar inerte frente al actor que pretende a su favor aquel exceso, opone la excepción de pluspetición del artículo 1466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que, la acción ejecutiva que ahora se revisa en este segundo grado jurisdiccional, se basa en un auto de cuantía máxima del artículo 10 del repetido Texto Refundido, que se dictó al recaer sentencia absolutoria definitiva en el proceso penal que se tramitó por el accidente de circulación ocurrido el 18 de Junio de 1977, al colisionar entre sí dos turismos en el punto kilométrico 3,700 de la carretera C-731 (Ibiza-San Antonio), término municipal de Santa Eulalia, en el que el conductor de uno de los vehículos implicado, el no asegurado por la entidad ejecutada, hoy apelada y no comparecida en este recurso, resultó con lesiones que tardaron en curar doscientos setenta y un días, durante los que necesitó asistencia facultativa y estuvo impedido para su trabajo habitual, no quedándole ningún tipo de secuelas de las mismas, reclamándose, por tal incapacidad temporal, la suma de trescientas mil pesetas, que es la señalada en dicho auto, como indemnización máxima que el expresado perjudicado puede reclamar por los daños corporales sufridos.

CONSIDERANDO: Que en la legislación aplicable al caso que ahora es objeto de este recurso, que es la anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 1653/1980, de 4 de Julio, que modifica parcialmente el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Vehículos de Motor, no preveía las consecuencias jurídicas dañosas inherentes al período de curación de las lesiones padecidas que dieran lugar a una inhabilitación temporal para el trabajo, y frente a este vacío legislativo se mantenían tres posiciones dispares que se señalan en el amplio estudio que sobre esta materia hizo la sententica de esta propia Sala, nº 152, de 2 de Noviembre de 1979, que se da por reproducida, a saber: a) la maximalista o de inclusión, basada en el artículo 1º del repetido Texto refundido, que sin limitación ni restricción alguna, habla de la obligación de reparar el mal causado; b) la minimalista o de exclusión, fundada en que el anterior artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, no mencionaba, entre los límites cuantitativos de reparación de daños corporales que especificaba, ninguna indemnización por incapacidad temporal durante el tiempo de baja para

el trabajo habitual; y c) la intermedia, ya que siendo esta clase de seguro, de máximo, necesariamente ha de hacerse coincidir la indemnización por incapacidad temporal sin secuelas, con la cifra tope de la pensión provisional que señalaba el artículo 23-apartado b) del texto reglamentario, de 200 pesetas diarias, que la regla 3ª, apartado d) del artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite para atender a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo, y lógicamente, durante el período de incapacidad ocasionada por las lesiones y siempre que no hubiera percibido dicha pensión provisional, supuesto que es el presente. Esta última posición, la intermedia, mantenida por esta Sala en sus sentencias nº 139, de 22 de Diciembre de 1975, la ya mencionada nº 152 de 1979 y la nº 101 de once de Junio de 1980, entre otras, es la que prevalece en la actualidad, ya que el mencionado Real-Decreto 1653/1980, de 4 de Julio, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —así se declara en su preámbulo—, se reconoce y regula entre las prestaciones, la incapacidad temporal, fijándose a tal efecto en el apartado c) del actual artículo 23 del supradicho Reglamento, una indemnización “de hasta un máximo de seiscientos pesetas diarias, durante el tiempo de baja para el trabajo habitual, con el plazo máximo de dos años”. Normativa esta que, entró en vigor el día primero de Septiembre de 1980 y al no tener efecto retroactivo, no es de aplicación su “quantum” indemnizatorio al presente supuesto, ya que el accidente de circulación de que trae causa la acción ejecutiva entablada se produjo, como ya se expuso, el 18 de Junio de 1977.

CONSIDERANDO: Que toda vez, que el Juez “a quo” mantiene el criterio intermedio antes expuesto y con total acierto fijó, en 54.200 pesetas —200 por cada uno de los 271 días de incapacidad laboral del perjudicado, aquí recurrente—, la cantidad por la que ha de seguir adelante la ejecución despachada en este juicio ejecutivo, es por lo que se reputa ajustada a derecho la sentencia dictada y por ello procede su confirmación, previa desestimación de la apelación interpuesta.

CONSIDERANDO: Que al haber comparecido en este recurso solo el apelante, huelga hacer declaración especial sobre las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don P. L. L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veinticuatro de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez de Primera Instancia número Dos de Ibiza, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Dada la incomparecencia en este recurso de la parte apelada, notifíquesele esta resolución, en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

167

167. CONTRATO. Calificación. Contrato liquidatorio de sociedad de gananciales calificado como de compraventa. Reclamación del precio: desestimación de la demanda por conceptuarse nulo el convenio así calificado al ampro del artº 1.458 antiguo del C. Civil. Irretroactividad de las Leyes. *Sentencia de 31 de Julio de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, pese a las agudas alegaciones de la parte recurrente vertidas en su exposición "in voce" en el acto de la vista de esta alzada, lo cierto es que la calificación del contrato suscrito por los litigantes en documento privado de 3 de noviembre de 1978 (folio 8) no puede ser otra que la de compra-venta, ya que la instrumentación del fin liquidatorio (motivo causalizado) expresado en el propio contenido del documento no es otra que la del trueque o cambio del valor cosa (mitad indivisa del piso) por un precio cierto, que es cabalmente la estructura típica del contrato de compra-venta con arreglo a la norma contenida en el artículo 1445 del Código Civil; y ello señalado, la decisión se trasladó a un punto claro, que no es otro que el de la determinación de cuál haya de ser la norma aplicable a la luz de lo dispuesto en el artículo 6-3 del Código Civil, sancionador con nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas prohibitivas: si el artículo 1458 del Código Civil en su anterior redacción, en cuanto disponía "El marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes" o si la actual redacción introducida por la Ley 11/81, de 13 de mayo, según el cual "El marido y la mujer podrán venderse recíprocamente"; lo que, en definitiva, traslada la decisión a la "vexata quaestio" de la determinación de la norma aplicable a los supuestos en que la Ley derogada y vigente en el momento del nacimiento del acto sancionaba con nulidad el que se efectuase contra la prohibición legal o si ésta o si, contrariamente la Ley aplicable es, en cuanto más favorable, la Ley nueva vigente en el momento de la impugnación del acto tachado de irregular pero no en el de la creación del mismo.

CONSIDERANDO: Que la más reciente doctrina científica muestra su vacilación a la hora de decidir cuál haya de ser la solución al problema referido, indicando al respecto que la solución de mantenimiento de la irretroactividad normativa encuentra a su favor los argumentos de que al ser la ineficacia originaria, automática y radical o de pleno derecho no es posible su sanación así como el principio general de irretroactividad contemplado en el artículo 2º-3 del Código Civil, señalando al tiempo que la solución contraria, es decir la de mantener la eficacia negocial a través del mecanismo de la retroacción normativa pueda hallar apoyo en la aplicación analógica de la disposición transitoria 3ª del Código Civil, pudiendo aún hoy indicarse como argumento a favor el derivado de la aplicación, por contrario sentido, del artículo 9 de la Constitución Española; y así situado el tema la elección en trance decisorio no puede ser dudosa en orden a estimar aplicable la sanción de nulidad contractual, ya que: a) el acto fue perfecto, en cuanto consumado a los efectos del artículo 1278 del Código Civil, en el momento de la conclusión del contrato, con independencia de que su mera ejecución (pago del precio) fuese diferida a estadios temporales sucesivos; de manera que la sanción normativa (artículo 1458 antiguo) era ya plenamente aplicable en el momento de la conclusión del contrato, de manera que frente al principio de retroactividad de la Ley sancionadora más benigna primaría el de aplicación del respeto a los derechos adquiridos establecido en la disposición transitoria 1ª del Código Civil, en este caso el derecho potestativo o de modificación jurídica derivado de la irregularidad "contra legem" del acto. b) Porque en definitiva la función instrumental de la compra-venta no era otra que la liquidación de la sociedad legal de gananciales, según lo expresado en el propio clausulado contractual; lo que determina que tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1417 del Código Civil cuanto por aplicación del actual artículo 1392 del mismo Cuerpo legal, tal pacto no podía realizarse pues el acto de liquidación requería el presupuesto normativo de la disolución previa del matrimonio, como rectamente estimó el juzgador "a quo", evento no acaecido en el supuesto ahora decidido en segundo grado jurisdiccional por cuanto simplemente en el momento de la conclusión del convenio se había interpuesto la demanda de nulidad canónica del matrimonio, pero el mismo no había sido declarado nulo. c) Porque, como ya declaró esta Sala en su S. 76/1982, de 22 de abril, en definitiva los convenios de regulación patrimonial en las situaciones de crisis matrimonial no tienen, incluso en la normativa vigente, un alcance absoluto, al requerir en cualquier caso de los contemplados en la nueva regulación de la situación matrimonial en crisis la necesaria homologación del recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del artículo 710 del Código Civil y sí en cambio hacer uso de la facultad conferida por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, por cuanto la novedad del tema decisorio excluye por sí misma una

eventual estimación de temeridad en la parte apelante.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante don P. S. B. contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en siete de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta instancia.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

C. INDICE ANALITICO

- Acción
 - Deslinde, 138
 - Negatoria, 145
 - Reivindicatoria, 132, 138
- Alimentos
 - Divorcio, 142
 - Medidas provisionales de separación, 115, 135
- Arrandamientos
 - Rústicos, 103, 108, 133
 - Turístico, 153
 - Urbano, 87, 93, 100, 113, 119, 121, 122
- Carga de la Prueba
 - Arrendamientos urbanos, 93, 119
 - Daños y perjuicios, 130
 - Juicio ejecutivo, 110
 - Separación matrimonial, 97
- Contrato
 - Arrendamientos
 - Resolución, 87, 119, 121
 - Cumplimiento, 139
 - Incumplimiento, 144, 152
 - Interpretación literal, 89
 - Resolución, 96, 116, 144, 152
- Costas procesales
 - Rebeldía, 136
- Culpa contractual, 126
- Culpa extracontractual
 - Daños y perjuicios, 112, 117, 156
- Daños: 88, 92, 106, 112, 117, 126, 130, 149, 151, 156
- Diligencias para mejor proveer
 - Reclamación de cantidad, 118
- Divorcio
 - Mutuo acuerdo, 95, 98, 114
 - Pensión, 150, 154
 - Separación de hecho, 142
- Ejecución de sentencia
 - Obligación de hacer, 161
- Fianza, 143
- Juicio ejecutivo
 - Ejecución de sentencia de remate, 90
 - Excepción de "plus petición", 158
 - Póliza de aval, 160
 - Póliza de afianzamiento, 125
- Juicio ejecutivo cambiario
 - Falsedad, 107
 - Falta de legitimación, 141
 - Falta de provisión de fondos, 94, 110, 111, 127, 155, 157
 - No aceptación, 157
 - Nulidad, 98
 - Pago, 101
- Jurisdicción
 - Incompetencia, 163
- Legitimación
 - Activa, 127, 141
 - Pasiva, 86, 106, 139, 165
- Litisconsorcio pasivo necesario
 - Inexistencia, 143
- Negocio jurídico
 - Fiducia, 132

- Obligaciones
 - Condicionales, 159
- Prescripción
 - Interrupción, 112, 122
 - Cómputo, 156
- Propiedad horizontal, 148, 165
- Prueba
 - Análisis y valoración, 93, 100, 102, 108, 121, 129, 149
- Quiebra
 - Retroacción, 147
 - Ejecución de sentencia de remate, 90
- Reclamación de cantidad, 91, 118, 120, 140, 146, 164, 166
- Responsabilidad civil
 - Daños, 92, 149
- Retracto, 108
- Separación matrimonial
 - En general, 102, 104, 105, 123, 128
 - Causas de separación
 - Infidelidad, 85, 124, 129
 - Conducta vejatoria, 97, 129
 - Medidas provisionales, 115
 - Pensión, 134
- Servidumbre
 - Medianería, 137
 - Vistas, 145
- Tercería de dominio, 109
- Venta de bienes muebles
 - A plazos, 116, 131

III. SALAS 1ª y 2ª

DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

199. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
200. **Insultos y desobediencia a agentes de la autoridad.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
201. **Homicidio.** “Animus necandi”. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª)*.*
202. **Robo con violencia en las personas.** Complicidad. Concurrencia de la atenuante de menor de edad. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
203. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerradura. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia atenuante de menor de edad. Complicidad. Circunstancia agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
204. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reiteración. **Tenencia ilícita de armas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
205. **Lesiones.** Pérdida de incisivo —deformidad—. Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez. **Hurto.** Concurrencia de la agravante de reincidencia y la atenuante de embriaguez. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*

(1) La selección y presentación de esta sección, ha sido realizada por el Profesor Gabriel Garcías Planas, del Departamento de Derecho Penal.

206. **Delito relativo a la prostitución.** Ausencia de conducta típica. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*
207. **Lesiones menos graves.** No se aprecian las circunstancias atenuantes de preterintencionalidad ni de vindicación de ofensa grave. *Sentencia de 4 de Mayo de 1982.*
208. **Lesiones graves.** Ausencia de delito por la concurrencia de la circunstancia eximente de legítima defensa. *Sentencia de 5 de Mayo de 1982.*
209. **Escándalo público.** Exhibicionismo. **Abusos deshonestos.** Propósito libidinoso. Concurrencia de la circunstancia eximente de enajenación mental. *Sentencia de 5 de Mayo de 1982 (2ª).*
210. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Conducción sin carnet. Robo.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. El Tribunal hace uso de la potestad que le confiere el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Auto de 7 de Mayo de 1982). *Sentencia de 6 de Mayo de 1982.*
211. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por falta de elemento subjetivo del injusto que exige un apartamiento del hogar familiar en forma injustificada. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982*.*
212. **Utilización ilegítima de vehículos de motor. Conducción sin permiso. Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de las circunstancias modificativas agravantes de reiteración y de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982.*
213. **Abusos deshonestos.** Delito continuado. Desaprobación del perdón otorgado por la madre de la ofendida. **Falta de lesiones y amenazas.** *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª)*.*
214. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor de edad. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*
215. **Cheque en descubierto.** Postulación. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*
216. **Parricidio.** No queda probada la participación de la procesada. *Sen-*

tencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).

217. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*
218. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Mayo de 1982 (2ª).*
219. **Proxenetismo.** Delito relativo a la prostitución. **Lesiones menos graves.** No existencia del delito de homicidio por cuanto el acusado no realizó acción u omisión alguna que condujera a la muerte de la víctima. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982*.*
220. **Hurto. Robo.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad, y de la circunstancia agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982 (2ª).*
221. **Abusos deshonestos.** Concurrencia de las circunstancias modificativas agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez no habitual. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
222. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
223. **Tenencia ilícita de arma de fuego.** Absolución por falta de pruebas. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 12 de Mayo de 1982.*
224. **Robo con fuerza en las cosas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** No queda probada la participación de los procesados. *Sentencia de 13 de Mayo de 1982 (2ª).*
225. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. No queda acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 14 de Mayo de 1982 (2ª).*
226. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 15 de Mayo de 1982 (2ª).*
227. **Falsedad en documento privado.** Ausencia de conducta típica por no existir perjuicios de terceros ni ánimo de causárselo. *Sentencia de 15 de Mayo de 1982 (2ª)*.*

228. **Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982 (2ª).*
229. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta. Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y reincidencia simple. *Sentencia de 17 de Mayo de 1982.*
230. **Robo con violencia o intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Mayo de 1982.*
231. **Quebrantamiento de condena.** Apreciación de la atenuante privilegiada de transtorno mental transitorio incompleto. **Uso de nombre supuesto.** Inexistencia de delito por ser cosa juzgada. *Sentencia de 19 de Mayo de 1982.*
232. **Salud pública.** Venta de medicamentos sin la receta exigida. Conformidad. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª)*.*
233. **Falsificación en documento mercantil.** Imitación en factura de firma de tarjeta de crédito hallada. **Faltas de hurto y de estafa.** *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª)*.*
234. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reincidencia. **Uso de documento nacional de identidad falso.** Absolución por falta de pruebas. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*
235. **Receptación.** Conocimiento de la existencia de delito. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982*.*
236. **Receptación.** Cosa juzgada. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*
237. **Robo con fuerza en las cosas.** Animo de lucro. Delito continuado. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*
238. **Robo con violación.** Empleo de armas. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz y la eximente incompleta.

- ta de trastorno mental transitorio. **Delito contra la seguridad del tráfico. Detención ilegal.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª)*.*
239. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. Conformidad. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
240. **Atentado contra agente de la autoridad. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal.** Conformidad en el acto del juicio oral. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
241. **Estafa.** Agravante de reiteración y multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
242. **Desacato a la autoridad judicial.** Expresiones proferidas en menosprecio del Juez. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
243. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*
244. **Estafa. Falsificación en documento mercantil.** Circunstancia eximente de enajenación mental. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982 (2ª).*
245. **Robo con intimidación en las personas. Faltas de estafa.** *Sentencia de 25 de Mayo de 1982 (2ª).*
246. **Cheque en descubierto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y de doble reincidencia. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982 (2ª).*
247. **Robo con fuerza en las cosas.** Empleo de llaves falsas. *Sentencia de 25 de Mayo de 1982.*
248. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** *Sentencia de 27 de Mayo de 1982 (2ª).*
249. **Abusos deshonestos.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y de reincidencia. Concurrencia atenuante de enajenación mental incompleta y de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 28 de Mayo de 1982 (2ª).*
250. **Abusos deshonestos. Escándalo público.** *Sentencia de 28 de Mayo de 1982 (2ª).*

251. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito continuado. Designio unitario. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de menor de edad y transtorno mental transitorio. **Hurto.** En cuantía inferior a 15.000 ptas. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Agravante de reiteración. **Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.** **Falta de hurto.** *Sentencia de 28 de Mayo de 1982.*
252. **Robo con fuerza en las cosas.** Imposibilidad de apreciar la figura del delito continuado. **Faltas de hurto.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** **Robo.** Frustración **Quebrantamiento de condena.** Tentativa. Atenuante privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 28 de Mayo de 1982.*
253. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*
254. **Robo con violencia en las personas.** **Conducción ilegal.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 29 de Mayo de 1982.*
255. **Escándalo público.** Exhibicionismo. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
256. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
257. **Robo con violencia e intimidación.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
258. **Lesiones.** “Animus laedendi”. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
259. **Estafa.** Engaño. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
260. **Falsificación de documento mercantil.** Conciencia de la alteración de la verdad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982 (2ª).*
261. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** En grado de frustración. **Robo con fuerza en las cosas.** En cuantía no superior a 15.000 ptas. **Coac-**

- ciones. Quebrantamiento de condena. Hurto. Faltas de hurto y coacciones.** Circunstancias agravantes de reincidencia y multirreincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*
262. **Falta de daños.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*
263. **Robo. Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. Carácter vinculante no absoluto. *Sentencia de 31 de Mayo de 1982.*
264. **Robo con fuerza en las cosas.** Existencia de ánimo de lucro. Escalamiento. Rompimiento de puertas y ventanas. Casa habitada. **Robo con violencia en las personas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Agravante de reiteración. Circunstancia atenuante de minoría de edad. La acusación pública interpuso Recurso de Aclaración. El Tribunal apreció la existencia de un error material que debía ser aclarado al amparo del 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*
265. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Falta de lesiones.** Maltrato físico. “Animus laedendi”. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*
266. **Robo con fuerza en las cosas.** Inexistencia de autor conocido. *Sentencia de 1 de Junio de 1982.*
267. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*
268. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Escalamiento y fractura. **Falta de hurto. Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Concurrencia de la circunstancia de la minoría de edad. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*
269. **Robo con fuerza en las cosas.** Sustracción de cheque. Consumación. *Sentencia de 2 de Junio de 1982.*
270. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. El Tribunal hace uso del párrafo tercero del art. 344. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*
271. **Abusos deshonestos.** Ausencia de propósito libidinoso. **Falta de le-**

siones. *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*

272. **Lesiones menos graves.** Pérdida de dos incisivos. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 3 de Junio de 1982.*
273. **Hurto.** Animo de lucro. Ausencia de violencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Sustracción violenta. No se aprecia la circunstancia agravante del art. 506 nº 2. *Sentencia de 4 de Junio de 1982.*
274. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 4 de Junio de 1982.*
275. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
276. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. Falta de elementos subjetivos de conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
277. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Uso de llaves falsas. **Lesiones.** Aplicación del art. 512. Concurrencia de la circunstancia de multirreincidencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982.*
278. **Robo con violencia e intimidación.** Animo de lucro. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
279. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Circunstancia agravante de reiteración. **Hurto.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Robo con violencia e intimidación.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
280. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
281. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de menor de edad. *Sentencia de 7 de Junio de 1982 (2ª).*
282. **Hurto. Robo con homicidio.** Frustración. No se considera de aplicación el art. 506-1º por ser episódico el uso de unas tijeras. Circunstancia atenuante de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 8 de Junio de 1982.*

283. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa deshabitada. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
284. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Escalamiento. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
285. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
286. **Homicidio.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad y de embriaguez. *Sentencia de 9 de Junio de 1982*.*
287. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de participación. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*
288. **Salud pública.** Ofrecimiento para la venta. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
289. **Delito relativo a la prostitución.** Art. 452 bis b), y relevancia del conocimiento de la edad. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
290. **Robo con intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
291. **Lesiones.** Concurrencia de la eximente 4º del art. 8 del Código Penal. Legítima defensa propia. *Sentencia de 14 de Junio de 1982.*
292. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
293. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
294. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante del art. 9 nº 3 del Código Penal. Conformidad. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
295. **Falsificación en documento mercantil. Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 15 de Junio de 1982.*
296. **Estafa.** Delito continuado. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. *Sentencia de 16 de Junio de 1982 (2ª).*

297. **Lesiones.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
298. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
299. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Delito de tenencia de útiles para el robo.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
300. **Robo con intimidación en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
301. **Salud pública.** Tenencia para el consumo. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
302. **Robo con fuerza en las cosas.** Existencia de ánimo de lucro. Delito continuado. Casa habitada. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Junio de 1982.*
303. **Tenencia ilícita de armas.** Pistola de fogeo. Ausencia de conducta típica. **Robo con homicidio.** Delito complejo. Frustración. Circunstancia agravante de multirreincidencia y eximente incompleta de trastorno mental transitorio (por carencia de estupefacientes). *Sentencia de 17 de Junio de 1982 (2ª).*
304. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia simple. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Reincidencia. Atenuante de menor de edad y agravante de multirreincidencia. **Receptación.** Habitualidad. El Tribunal hace uso del art. 2 del Código Penal. *Sentencia de 17 de Junio de 1982 (2ª).*
305. **Lesiones.** “Animus laedendi”. Dolo genérico de agresión. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
306. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
307. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Junio de 1982.*
308. **Homicidio.** “Animus necandi”. Concurrencia de la circunstancia

atenuante 2 y 9 del Código Penal. *Sentencia de 21 de Junio de 1982.*

309. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. **Hurto.** En cantidad inferior a 15.000 ptas, calificado como delito por condenas anteriores. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Concurrencia agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Junio de 1982.*
310. **Salud pública.** Tenencia para el consumo. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
311. **Robo con intimidación en las personas.** Acuerdo previo. *Sentencia de 22 de Junio.*
312. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
313. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico suficientemente demostrada. Inexistencia de participación. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
314. **Salud pública.** Delito de riesgo. Tenencia para el tráfico. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración y de la circunstancia eximente incompleta del art. 9 nº 1 en relación al nº 1 del art. 8. *Sentencia de 22 de Junio de 1982.*
315. **Homicidio.** Animo de matar. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente de enajenación mental. *Sentencia de 23 de Junio de 1982.*
316. **Homicidio.** Animo de matar. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 23 de Junio de 1982.*
317. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Junio de 1982 (2ª).*
318. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 25 de Junio de 1982.*
319. **Robo.** Delito continuado. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Junio de 1982.*
320. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violen-**

- cia en las personas** (Tirón de bolso). **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Junio de 1982.*
321. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344. **Falsificación del documento de identidad.** *Sentencia de 25 de Junio de 1982.*
322. **Robo con intimidación en las personas.** Circunstancia agravante de disfraz. **Tenencia ilícita de armas.** Sin ser portador de las mismas pero sabiendo que las utilizarían sus compañeros. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 27 de Junio de 1982.*
323. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. **Falta de hurto.** *Sentencia de 28 de Junio de 1982 (2ª).*
324. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 30 de junio de 1982 (2ª).*
325. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. **Resistencia a agente de la autoridad.** Circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 30 de Junio de 1982 (2ª).*
326. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 30 de Junio de 1982 (2ª).*
327. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Junio de 1982 (2ª).*
328. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. El Tribunal hace uso del párrafo 3 del art. 344. *Sentencia de 2 de Julio de 1982 (2ª).*
329. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 2 de Julio de 1982 (2ª).*
330. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Dolo unitario. Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y de reiteración. *Sentencia de 5 de Julio de 1982 (2ª).*

331. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de embriaguez y minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 6 de Julio de 1982 (2ª).*
332. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de menor de edad. Conformidad. *Sentencia de 6 de Julio de 1982 (2ª).*
333. **Robo con fuerza en las cosas.** Animo de lucro. Falta de pruebas en la participación. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
334. **Alzamiento de bienes.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
335. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 6 de Julio de 1982.*
336. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
337. **Robo con intimidación y empleo de armas.** *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
338. **Homicidio.** Nexo de causalidad entre las heridas causadas y la muerte. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
339. **Robo con fuerza en las cosas.** Animo de lucro. Escalamiento y fractura de ventana. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
340. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Julio de 1982.*
341. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. El Tribunal hace uso del párrafo 3º del art. 344. *Sentencia de 8 de Julio de 1982 (2ª).*
342. **Falsedad en documento mercantil y estafa.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Julio de 1982 (2ª).*
343. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 9 de Julio de 1982 (2ª).*
344. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. Conformidad. *Sentencia de 9 de Julio de 1982 (2ª).*

345. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Llaves legítimas sustraídas a su propietario. **Receptación.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 9 de Julio de 1982.*
346. **Apropiación indebida.** Tipificado por el abuso de confianza. *Sentencia de 10 de Julio de 1982*.*
347. **Delito relativo a la prostitución.** Ausencia de conducta típica. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 10 de Julio de 1982.*
348. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
349. **Escándalo público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
350. **Robo con intimidación.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
351. **Robo con violencia e intimidación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de menor edad. *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
352. **Desacato a la autoridad. Falta de amenazas.** *Sentencia de 10 de Julio de 1982 (2ª).*
353. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Julio de 1982.*
354. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Julio de 1982.*
355. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
356. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de las circunstancias agravante de reiteración de reincidencia y cualitativa de multirreincidencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
357. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*

358. **Hurto. Cosa perdida. Uso público de nombre supuesto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. **Delito de resistencia a la autoridad.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y de reiteración. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
359. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Julio de 1982.*
360. **Falsificación de documento mercantil.** Imitación de firma. **Estafa.** *Sentencia de 15 de Julio de 1982.*
361. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 16 de Julio de 1982.*
362. **Escándalo público.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 17 de Julio de 1982 (2ª).*
363. **Atentado.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. **Faltas de lesiones y de daños. Insultos a agentes de la autoridad.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración y de reincidencia. *Sentencia de 19 de Julio de 1982 (2ª).*
364. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
365. **Falsificación de pasaporte.** Cambio de fotografía. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
366. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
367. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Rompimiento de un cristal. *Sentencia de 20 de Julio de 1982.*
368. **Robo con fuerza en las cosas. Falta de hurto.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Julio de 1982 (2ª).*
369. **Robo.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 22 de Julio de 1982.*

370. **Robo con intimidación.** En Entidad Bancaria, con armas de fuego. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia, reiteración, multirreincidencia y disfraz. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. **Delito de sustitución de plazo de matrícula.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. **Tenencia ilícita de armas de fuego.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 23 de Julio de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

201

201. HOMICIDIO. “Animus necandi”. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 3 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: probado y así expresamente lo declaramos: Que el procesado G. P. G., mayor de edad, ejecutoriamente condenado el 14-11-1961 a mil pesetas de multa por delito de hurto, a eso de las 13.45 horas, del día 3-3-1981 se encontraba trabajando como cocinero en el Hotel C. de la C/. C. M. R. 19 de ésta, cogió un cuchillo de cocina de 18 cms. de hoja y se dirigió llevándolo oculto debajo del delantal, al piso 6º en el que se encontraba la camarera E. S. G. en unión de su compañera C. G. del M. y dirigiéndose a la primera le dijo que la llamaba D. J., uno de los dueños del Hotel, por lo que la camarera bajó al 5º piso para cambiarse de ropa, quedándose solo en un camerín, oyendo como del ascensor se le acercaba G. que le pregunto por qué no había bajado a hablar con D. J. y ya, sin más, sacó de debajo del delantal el cuchillo abalanzándose sobre E. le asestó una primera cuchillada que la víctima trató de eludir levantando la mano, seguidamente, intentó darle otra que en buena parte, la mujer eludió cogiendo el cuchillo por la hoja, con lo que se produjo un buen corte en dicha mano, luego le dio un fuerte puñetazo del que derribó a E. al suelo, y una vez en el suelo, le dio varias cuchilladas, que le produjeron heridas inciso-cortantes en el cuello, torax y miembros superiores, seccionándole la yugular interna, plexobranquial y neumotorax del lado izquierdo, lesiones que curaron a los 178 días, necesitando asistencia médica e impedimento para sus ocupaciones habituales y habiéndole quedado como secuela una incapacidad total del miembro superior derecho y también de la mano izquierda, insuficiencia respiratoria, heridas con entidad suficiente como para producir la muerte, de no haber sido por las condiciones físicas de la víctima y asistencia inmediata en la U.C.E. El procesado es de débil personalidad, agresividad reprimida, con cierto grado de infantilismo e inmadurez que, con el consumo de alcohol, produce en el mismo una actitud agresiva y que en el momento de acometer a E., sin que por parte de ésta se hubieran dado motivos serios, nada más que unos reproches hechos sobre su afición al alcohol, determinó el que por el consumo de dos coñacs y dos Vodkas que había ingerido en toda la mañana, produjese en G. una gran excitación que sin disminuir su inteligencia anuló fuertemente su voluntad quedando privado en gran medida de frenos inhibitorios que abrieron paso a tan reprochable hecho, ante el que ni siquiera supo reaccionar al ver a E. gravemente herida a la que miró atentamente al verla bajar detrás de él al office del hotel hasta que llegó la Policía. G. se había tratado hace algún tiempo de intolancia alcohólica.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio en grado de

frustración —arts. 407, en relación con los arts. 3 y 51 del Código Penal; del que conceptuó al procesado G. P. G., con la concurrencia de la atenuante de transtorno mental transitorio incompleto —artº 9-1º, en relación con el artº 8-1º del Código Penal— por lo que solicitó contra aquel la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, accesorias del artº 47 e indemnización de 3.000.000 pesetas a la perjudicada E. S. G. y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular calificó los hechos de asesinato frustrado, con alevosía, premeditación y ensañamiento y de omisión del deber de socorro —art. 406 y 489 bis— pidiendo 20 años de reclusión menor por el primer delito y 6 meses de arresto mayor, por el segundo delito e indemnización a E. de 3.000.000 y subsidiariamente a cargo del propietario del Hotel C.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de su defendido por concurrir la eximente del artº. 8-1º, faltando, por tanto, según su tesis, la imputabilidad mínima necesaria.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de homicidio en grado de frustración —artºs. 407 en relación con los 3 y 51 del Código Penal—, de acuerdo con la calificación fiscal, por que el procesado, realizó con ánimo de matarlos actos suficientes como para producir la muerte de la víctima con la serie de cuchilladas que dirigió a partes tan comprometidas del cuerpo de la misma y que si no llegó a consumarse fue por causas independientes de su voluntad, sobre todo si se tiene en cuenta la importancia del arma empleada, un cuchillo de cocina de 18 cms. de hoja, y la sucesiva acometida con el mismo en partes como el cuello, con seccionamiento de la yugular, el torax y el seccionamiento del plexo braquial, puntos de ataque que dejan bien patente el animus necandi del autor, así como por la profundidad de las heridas que un cuchillo tan largo vulneró y el vigor y saña con que el mismo arremetió contra su compañera de trabajo, actuación que es constitutiva de la forma imperfecta del homicidio definido en la tesis fiscal y en el que si la muerte no se produjo no fue ni siquiera por la actitud de G. que sumido en una gran excitación quedó mirando a su víctima y luego la dejó bajando él primero al office del Hotel a donde ella también acudió en auxilio para su situación, hasta que llegó la Policía, sin que él hiciese nada para atenderla, con lo que la relación causal aparece, por otra parte, suficientemente perfilada; así, puede verse, como la doctrina legal —S. 23-1-1960 estima instrumento adecuado para producir la muerte una navaja con hoja de 4 cms. y la S. 8-5-1961 sobre ataques a zonas vitales del cuerpo, como la S. 4-7-1981 Ar. 3126 sobre voluntad de matar y la forma imperfecta definida, a la que se refiere la reciente sentencia de 24-19-1981 Ar. 3878, en casos como el presente de puesta en marcha de todo el iter criminis.

CONSIDERANDO: Que por parte de la acusación particular y, con refugio en la alevosía, la premeditación conocida y el ensañamiento, se pretendió incluir la conducta del procesado como integradora de un asesinato, apoyado al menos en una de dichas agravantes; pero dada la debilidad mental del procesado con una base de reprimida agresividad creadoras de su típico infantilismo e inmadurez, puesta de manifiesto en el sumario y en el juicio oral, no puede acogerse la tesis de acusación agravada que por dicha parte se pretende, aún teniendo en cuenta que efectivamente, tal como razona la S.T.S. últimamente citada de 24-10-1981, no puede pensarse, en casos como el presente, en una exención total —arº 8-1º del Código Penal, porque la patológica embriaguez padecida por el inculpa-do, determinada por la ingestión nueva de alcohol, pese a conocer por el tratamiento médico que a tal efecto, venía siguiendo, le podría afectar notablemente, impide que al tener, como tenía, su discernimiento claro, que se pueda pensar en una inimputabilidad, sino en una semi-inimputabilidad, por “el carácter culpable con que el reo se colocó en esta situación, porque existiendo el hecho de que su enfermedad psicopática se agrava con la ingestión de bebidas alcohólicas, que lógicamente podrían provocarle reacciones mucho más graves, de un modo voluntario y con una total imprevisión de riesgos de conducta futura, procedió a beber las bebidas del relato que le llevaron a la agresividad-base de todo lo que luego ocurrió, ante un agresor sin control en su voluntad, aunque consciente que, por el principio de las acciones libres en la causa, aunque le hace responsable en parte de sus ac-

tos, no puede beneficiarse de una exención total, pero que, dada la naturaleza de las circunstancias de agravación invocadas por la acusación particular con una carga de elemento subjetivo tan elaborado, en cada una de ellas, impide que las mismas sean aquí de recibo y, por ende, haya de rechazarse acusación tan grave; ya que S. 19-5-1981 Ar. 2239— “la alevosía exige la presencia de un ánimo orientado al aseguramiento de su acción y en las condiciones anímicas de G. en el momento del ataque no cabe admitir tal base psíquica al tener su voluntad tan anulada, pese a coger a la víctima en el camarín y, otro tanto, puede decirse de la premeditación conocida que exige un propósito frío y sereno, sin influjo de estados anímicos personales —S. 15-12-70 que resultan incompatibles con la calculada meditación reflexiva y meticulosa del acto delictivo que se prepara y, en este caso, la actuación continua e incontrolada de autos descarta la ponderación exigida en tal circunstancia agravante, argumento que puede reproducirse en orden al ensañamiento en el que el autor del hecho ha de operar con base en un refinamiento cruel y propósito deliberado, ausente totalmente en este hecho.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran el delito de omisión del deber de socorro del artº. 489 bis del Código Penal pretendido por la acusación particular ya que el ánimo de matar buscado por el agresor en el homicidio es totalmente incompatible con la respuesta de solidaridad exigida con aquél cuya aplicación la parte pretende, ya que no puede exigirse, en tal trance, el deber jurídico y moral de prestar auxilio al semejante, que lo precisa por solidaridad humana aun siendo la propia víctima causada, cuando lo único que hace el legislador, en casos como el presente, es beneficiar al que agrede a otro con ánimo homicida con una atenuante de arrepentimiento espontáneo al que sigue la reparación de o disminución de los efectos del delito.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G. P. G. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que concurre en la ejecución de estos hechos la atenuante de trastorno mental transitorio del artº. 9-1º en relación con el artº. 8-1º, dado el grado de perturbación psíquica padecida, en su parte volitiva, por el agresor a consecuencia del estado congénito de debilidad mental del mismo y que unido a su patológica alcoholemia sobreexcitada por las consumiciones que el día de autos, de dicho producto, hizo, determinó en él tal agresividad incontrolada que le puso en un estado grave de semi-imputabilidad y que, por aplicación del artº. 66 del Código Penal, hace que esta Sala aplique la pena inferior en un grado a la señalada legalmente para el homicidio frustrado y en la extensión que se dirá.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente y del pago de las costas, por lo que este Tribunal en atención a la edad y días de curación y estado de incapacidad y gravedad de las heridas causadas estima que la cantidad que como indemnización de daños y perjuicios se han causado a E. S. G. es la de 2.500.000 ptas. a pagar por el acusado, e incluyéndose en la condena de costas las correspondientes a la acusación particular.

CONSIDERANDO: Que dada la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de los propietarios del hotel, no procede, por aplicación de audiencia en justicia y contradicción procesal, hacerse pronunciamiento alguno cuando la acusación particular tampoco recurrió, en su día, ante la actitud tomada en sus resoluciones por el Instructor ni en el auto de procesamiento ni en el auto de conclusión del sumario y que por su falta de personación en el sumario obliga al rechazo de la responsabilidad pretendida extemporáneamente por dicha acusación sin perjuicio de las acciones civiles que, en su caso, pudieran proceder contra la firma propietaria del hotel.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 66, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado G. P. G. de los deli-

tos de asesinato y omisión del deber de socorro declarando de oficio las costas correspondientes y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de homicidio en grado de frustración con la concurrencia de la circunstancia modificativa de trastorno mental transitorio incompleto a la pena de DOS AÑOS, CUATRO MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida E. S. G. la suma de 2.500.000 ptas. sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran proceder contra la acusación particular, y al pago en su caso de costas, incluidas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

211

211. ABANDONO DE FAMILIA. Ausencia de conducta típica por falta del elemento subjetivo del injusto que exige un apartamiento del hogar familiar en forma injustificada. *Sentencia de 6 de Mayo de 1982.*

RESULTANDO: probado y así expresamente se declara que A. A. L., mayor de edad, sin antecedentes penales, de buena conducta, casado canónicamente con C. B. V. desde el 10 de junio de 1974 y de cuya unión tuvieron dos hijos nacidos en ese año y en el siguiente, venía sosteniendo frecuentes disputas con su esposa, habiendo llegado en alguna ocasión al mutuo maltrato físico, hasta que, no pudiendo sostener esta situación, el 1º de mayo de 1981 marchó del domicilio familiar sito en Santany, trasladándose a Alcuñia, lugar de su trabajo, y remitiendo, en la medida de sus disponibilidades, algunas cantidades de dinero a la misma, hasta que por fin ésta, en septiembre de 1981, instó medidas provisionales de separación que actualmente se hallan en trámite.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de abandono de familia del artº. 487 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas, con arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite estimó los hechos no eran constitutivos de delito solicitando la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran el delito de abandono de familia del artº. 487 del código penal, toda vez que para que el mismo se de es necesario una dejación, renuncia, apartamiento del hogar familiar hecho en forma maliciosa, es decir injustificada, caprichosa y sin causa (sent. 3 de marzo de 1980), no pu-

diéndose, pues, considerar como tal el abandono que es debido a una absoluta y probada incompatibilidad de caracteres (sent. 31 octubre 1968) que hace prácticamente imposible la normal y pacífica convivencia, cual es el caso presente, donde, además, la no justificación de una pena aparece patente una vez iniciados ya los trámites de legalización de la situación del hecho.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, procede la libre absolución del acusado, con declaración de oficio de las costas causadas y sin necesaria mención a causas modificativas de responsabilidad criminal como a declaración de responsabilidad civil "ex delicto".

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª. 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al procesado A. A. L. del delito de abandono de familia del que venía acusado, declarando de oficio las costas causadas y ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieran adoptado respecto al mismo.

(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

213

213. ABUSOS DESHONESTOS. Delito continuado. Desaprobación del perdón otorgado por la madre de la ofendida. **FALTA DE LESIONES Y AMENAZAS.** *Sentencia de 7 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Y así se declara que el procesado G. R. E., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 2 de febrero de 1961, en causa militar por delito de desobediencia a la pena de 6 meses y un día de prisión, siendo cancelados dichos antecedentes con fecha 9 de febrero de 1976, convivía con C. M. A. en una casa sita en LL. de V. A., propiedad del procesado en la que también vivían tres hijos de C. M., entre ellos M. D. S. M., nacida el día 8 de octubre de 1966. En varias y repetidas ocasiones, cuyas fechas no han podido ser determinadas, pero en todo posteriores al mes de noviembre de 1979 y después de cumplir M. D. S. los 12 años, besó, abrazó y manoseó a dicha menor con intenciones de obtener satisfacción sexual y aprovechándose el procesado de la situación de convivencia con la menor, la cual en todo momento se opuso a los deseos de G. R. y finalmente puso estos hechos en conocimiento de su madre que si en principio los denunció a la policía judicial, cesando en su convivencia con el procesado, habiendo últimamente vuelto a dicha convivencia, ha otorgado perdón por estos hechos al procesado. El pasado día 4 de noviembre de 1981 B. S. M., hijo de C. M., visitó en compañía de su patrono V. M. V., al procesado en su domicilio y como se opusiera a las pretensiones de este de que le entregara el dinero que ganaba por su trabajo, G. R. le golpeó repetidas veces produciéndole lesiones cuya fecha de curación no se ha determinado pero cuya duración fue inferior a quince días y como mediara en este incidente V. M., el procesado algo

alterado emocionalmente, le dijo que lo mataría si V. lo denuncia, sin que posteriormente el procesado haya adoptado contra él ningún tipo de represalia.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de dos delitos de abusos deshonestos del artº. 436 en relación con el 434 del Código Penal, una falta de lesiones del artº. 583-1º del Código Penal y una falta de amenazas del artº. 585-3º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado G. R. E. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusieran dos penas de 150.000 ptas. de multa cada una de ellas, por los dos delitos de abusos deshonestos; con arresto sustitutorio en caso de impago; 10 días de arresto menor y reprensión privada por la falta de lesiones y 15 días de arresto menor por la falta de amenazas e indemnización de 10.000 ptas. al perjudicado B. S. M. y costas, oponiéndose de forma expresa a la aprobación por parte del Tribunal del perdón que la madre de la ofendida ha otorgado al procesado.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de abusos deshonestos, previsto y penado en el artº. 436 en relación con el 434 del Código Penal, según la calificación del Ministerio Fiscal, pues al no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en el artº. 429, la aplicación del tipo recogido en el artº. 430 debe ser rechazada, debiendo resaltarse como elemento específico del que se aplica, el aprovechamiento del que el procesado se valió en sus lúbricas manipulaciones, en base a la convivencia familiar de hecho, que mantenía con la ofendida. El perdón otorgado por la madre de la ofendida no puede ser aprobado pues está claramente determinado por el interés que dicha titular de la patria potestad muestra por él el procesado, al haber reanudado su vida en común con él. También los hechos probados son constitutivos de sendas faltas, una de lesiones previstas y penada en el nº 1 del artº. 583 del Código Penal y otra de amenazas prevista en el nº 7 del artº. 585 del Código Penal y otra de amenazas prevista en el nº 3 del artº. 585 del Código Penal, en el primer caso, determinada objetivamente por la levedad del injusto castigo que el procesado infringió a B. S. y en el segundo caso según se ha comprobado por el transcurso del tiempo, por tratarse de una mera manifestación iracunda del procesado sin ulterior realización.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G. R. E. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas por haberse cancelado los antecedentes penales del procesado y así disponerlo el artº. 10 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 reglª 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado G. R. E., como autor responsable de un delito continuado ya definido de abusos deshonestos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de **MULTA DE CIENTO CINCUENTA MIL PESETAS**, con ciento cincuenta días de arresto sustitutorio, en caso de impago, como autor responsable de una falta de lesiones ya definida, a la pena de **DIEZ DIAS DE ARRESTO MENOR** y **REPRENSION PRIVADA** y como autor responsable de una falta ya definida de amenazas a la pena de **QUINCE DIAS DE ARRESTO MENOR**, con expresa desaprobación por parte de este Tribunal del perdón que al procesado ha otorgado C. M. A. a que por vía de indemnización de perjuicios abo-

ne al ofendido B. S. M. la suma de 10.000 ptas. por las lesiones que le ocasionó y al pago de las costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Concluyase la pieza de responsabilidad civil con arreglo a derecho.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

219

219. PROXENETISMO. Delito relativo a la prostitución. **LESIONES MENOS GRAVES.** No existencia del delito de homicidio por cuanto el acusado no realizó acción u omisión alguna que condujeran a la muerte de la víctima. *Sentencia de 11 de Mayo de 1982.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que L. B. A., mayor de edad, condenado en 1972 por faltas de hurto y estafa, individuo sin ingresos conocidos provenientes de alguna profesión u oficio, conoció en 1978 a M. del P. B. S., nacida el 13 de abril de 1957, que por aquel entonces trabajaba, como prostituta, en el "barrio chino" de La Coruña, entablándose entre ambos una relación de amistad que culminó en una estable convivencia hasta que el procesado consiguió que la muchacha le mantuviera con los ingresos que obtenía de la prostitución; así las cosas, de La Coruña, se trasladaron sucesivamente a Madrid, Oviedo, Bilbao y al fin a Palma de Mallorca, donde M. P. se vio aquejada de una enfermedad en los órganos genitales que le impedía el acceso carnal; ello motivó frecuentes disputas y peleas entre los convivientes llegando a la agresión física en varias ocasiones por parte del acusado que exigía la entrega de mayores cantidades de dinero, hasta que la mujer se trasladó a Ibiza, momento que aprovechó el procesado para entablar amistad con M. B. M. que, en Palma, también se dedicaba a la prostitución; más el día 27 de marzo de 1981 regresó P. B. de Ibiza dirigiéndose al apartamento que L. B. ocupaba con la citada M. B., allí se inició una violenta discusión propinando al acusado fuertes golpes a P. hasta el punto de que ésta quiso tirarse por la ventana impidiéndolo los otros dos; a continuación fueron los tres a cenar y tomar unas copas, siempre en ambiente tenso y violento, y en el coche, en distintos momentos, L. B. propinó a M. P. golpes varios con el puño en cara y epigastrio que hubieran precisado veinte días de asistencia facultativa y ya sobre las tres de la madrugada aparcó el procesado su vehículo en la "vía cintura Sur", cerca de la casa donde una amiga guardaba el hijo de M. P., apeándose ésta rápida y violentamente en estado semi-insconsciente por los golpes recibidos y, al cruzar la vía, cayó sobre la calzada siendo arrollada por el "Seat 132", PM-8435-E, que conducía su dueño M. P. P. a consecuencia de cuyo traumatismo falleció instantáneamente.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de proxenetismo del artº. 452 bis c) y un delito de homicidio por dolo eventual del artº. 407, todos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado L. B. A., sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de 6 años de prisión menor y 7 años de inhabilitación especial por el delito de proxenetismo y 13 años de reclusión menor por el homicidio,

acesorias legales e indemnización de un millón de pesetas a los herederos de la fallecida y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa del procesado, en igual trámite, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito alguno solicitando la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran legalmente un delito relativo a la prostitución (proxenetismo), previsto y sancionado en el artº. 452 bis c) del código penal, tipo legal que requiere (sents. 21 diciembre 1971, de mayo 1973, 8 de abril 1975) la explotación de la prostitución de un tercero, viviendo, en todo o en parte, a expensas de las ganancias del mismo, lo que aparece diáfano en el caso de autos donde el procesado, sin oficio ni renta conocidos, se beneficiaba del tráfico corporal de la mujer que con él convivía y aún, con malos tratos probados, le exigía y obligaba a continuar en dicha situación en propio provecho; en cambio, y respecto a los desgraciados hechos acaecidos el 27 de marzo de 1981, que acabaron con la vida de M. P. B., no constituyen el delito sancionado en el artº. 407 del texto legal punitivo; en efecto si por homicidio se entiende la muerte de una persona por otra causada en forma dolosa o culposa, es del todo punto necesario la posibilidad de atribución psicológica y física del resultado (muerte) al sujeto (autor), bien sea porque aquél sea consecuencia de la acción de éste (realización directa y material), bien porque sea consecuencia de una omisión (cuando un deber de solidaridad imponía el evitarlo), ya sea consecuencia de una omisión positiva o de comisión por omisión (si la sociedad o la Ley le situaban en posición de garante exigiendo su reacción), permitiendo responsabilizarle a título de dolo o por su conducta imprudente y distinguiéndose en el primero —que ahora interesa— el de primer grado (representación consciente del resultado directamente querido), el de segundo grado (representación consciente del resultado necesariamente vinculado a la acción) y el eventual (aceptación del resultado que con toda probabilidad sigue a la acción), fuera de los cuales se entra en la culpa consciente y las distintas formas legales de imprudencia punible. En el caso enjuiciado, el ministerio Fiscal califica los hechos como homicidio causado por dolo eventual y ello es tanto como decir que el procesado actuó “contando con” la producción o concurrencia del elemento del tipo (la muerte) estimando como “probable” que ésta se diera y tal elemento psicológico —amén del físico, como se verá— se halla absolutamente ausente en lo probado; el acusado, ciertamente, propinó una fuerte paliza a su víctima, causándole traumatismos que hubieran precisado veinte días de asistencia médica y ello, con evidencia, constituye “per se” un delito de lesiones del artº. 422 del texto penal, más no realizó acto alguno directo y voluntariamente encaminado a la muerte de aquélla ni el dejar que, traumatizada, se apeara del vehículo y cruzara la calzada infringe ningún deber de obra sancionable penalmente y si a ello se une que nada induce a pensar que el mismo acusado “se representara” la muerte que acaeció ni aún que la “deseara”, forzoso es concluir que no existió el delito de homicidio que se le atribuye, procediendo la libre absolución respecto al mismo.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor del procesado L. B. A. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61 regla 4ª 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.- 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que con absolución del delito de homicidio del que venía acusado, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado L. B. A., como autor responsable de un delito relativo a la prostitución (proxenetismo), sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de CUATRO AÑOS de prisión menor, con las accesorias legales

de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por igual tiempo, SIETE AÑOS de inhabilitación especial y multa de CUARENTA MIL PESETAS con arresto sustitutorio de un día por cada mil que deje de satisfacer y, como autor responsable de un delito de lesiones menos graves, sin circunstancias, a CUATRO MESES de arresto mayor con las accesorias legales asimismo antes indicadas; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de M. P. B. S. la suma de veinte mil pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

227

221. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. Ausencia de conducta típica por no existir perjuicios de terceros ni ánimo de causárselo. *Sentencia de 15 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara que el procesado J. D. V. F., mayor de edad, sin antecedentes penales, trabajaba desde el día 1º de septiembre de 1974, como encargado en la empresa "L. C.", propiedad de C. C. L., que se dedicaba a la limpieza de edificios y locales con su correspondiente plantilla laboral para tal efecto, siendo el procesado en virtud de su cargo, quien supervisaba la actividad material de la empresa, llegando de forma eventual y en tal calidad, a firmar recibos de pago de clientes, en ausencia del titular C. C. Dicho titular de "L. C." con anterioridad al mes de marzo de 1979, rechazó por no convenirle las condiciones económicas, un contrato de limpieza con el Colegio "L. M." de Palma. El procesado con fecha 1 de marzo de 1979, contrató en nombre de "L. C." y empleando impresos de dicha empresa, que firmó con su propio nombre, la limpieza del mencionado colegio, prolongándose dicho contrato y actividad hasta el mes de noviembre de 1979, que llevó a cabo con empleadas de la empresa "L. C.", si bien fuera del horario laboral de la misma, haciéndose cargo el procesado del importe de los materiales empleados y sueldo de los trabajadores y percibiendo como beneficio unas seis mil pesetas mensuales. Durante el tiempo que duró el contrato, C. C. C., conoció dicha actividad y no se opuso a ella. El día 25 de noviembre de 1979, el procesado, utilizando un impreso con membrete de la empresa, dirigió a la dirección del Colegio "L. M.", una carta, rubricada por él, en la que comunicaba que "L. C." delegaba su actividad en la nueva empresa "C.", que sería gestionada por el procesado, continuando el contrato esta nueva empresa. El día 13 de diciembre de 1979, C. C. C., dirige al procesado carta de despido laboral, alegando despido disciplinario previsto en el apartado f) del artº. 33 del Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, entre cuyas causas y motivos no incluye la actuación del procesado antes relatada, para finalmente, lograrse una conciliación laboral entre C. C. y el procesado J. D. V. mediante la cual el primero de ellos reconoce la improcedencia del despido del segundo, si bien no lo readmite, fijando de común acuerdo, una indemnización a favor del procesado de 33.000 ptas. como indemnización por despido y la misma cantidad por liquidación de contrato.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito continuado de falsificación de documentos privados del artº. 306 en relación con los nos. 1ª y 2ª del art. 302 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. D. V. F., con la concurrencia de la agravante de abuso de confianza del nº 9 del artº. 10 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquel la pena de 4 años, dos meses y un día de presidio menor, accesorias del artº. 47 e indemnización de 60.725 ptas. al perjudicado "L. C." y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular en igual trámite calificó los hechos de acuerdo con las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, si bien solicitó para su representado una indemnización de 300.000 ptas. que deberá pagar el procesado.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito continuado de falsedad en documentos privados, de los arts. 306 en relación con los apartados 1º y 2º del artº. 302 del Código Penal de que hacen acusación el Ministerio Fiscal y la acusación particular, pues el Tribunal Supremo en sentencias entre otras de 6 de abril de 1973 y 31 de mayo de 1974, establece que para la consumación de este delito, es necesaria la concurrencia de un requisito objetivo material y previo, representado por una "mutatio veritatis", en un documento privado, efectuada material o ideológicamente por alguno de los modos precisados en el artº. 302 del Código Penal, requisito que en el supuesto enjuiciado se cumple en principio plenamente, mediante la utilización por el procesado del nombre comercial de la empresa "L. C." para concluir su contrato en su particular nombre e interés y se exige también la concurrencia de un requisito subjetivo, psicológico o ideal, consistente en el intento o la realización de un perjuicio patrimonial o moral a otra persona, requisito que en los hechos enjuiciados no concurre pues: 1º).- El procesado llevó a cabo el contrato de limpieza del colegio "L. M.", después de que el supuesto perjudicado lo rechazara por no convenirle económicamente. 2º).- El procesado utilizó a las empleadas de la empresa, pero no perjudicó a su titular ni a dicha empresa, pues le abonó a su propio cargo los salarios correspondientes, pagando él también los materiales de limpieza empleados. 3º).- El supuesto perjudicado C. C. C., conoció dicha actividad del procesado y no se opuso a ella ni le reclamó participación o compensación económica alguna y 4º).- Si bien, en principio, promovió su despido por competencia desleal de su empleado, entre cuyas supuestas causas no incluía la que ha hecho objeto de denuncia penal, finalmente reconoce la improcedencia de tal despido. En otro orden de argumentación, el procesado no perjudicó moralmente al denunciante, pues no existen datos para afirmar que al usar el nombre de la empresa, la desacreditara profesional o comercialmente, sin que tampoco se haya probado que tuvo intención de hacerlo, por todo lo cual y entendiéndose que por falta de este segundo requisito específico el delito imputado no se ha cometido, procede la libre absolución del procesado con declaración de oficio de las costas procesales y dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra él acordadas.

VISTAS las disposiciones legales citadas y demás de general aplicación del Código Penal, los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado J. D. V. F., de delito continuado de falsedad en documento privado que es acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular declarando de oficio las costas procesales y dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra el mismo acordadas.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

232

232. SALUD PUBLICA. Venta de medicamentos sin la receta exigida. Conformidad. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Que son hechos probados por conformidad de las partes y así expresamente se declaran, los contenidos en la primera de las conclusiones de la acusación, o sea: "La procesada F. R. S., de 22 años, sin antecedentes penales y en libertad bajo fianza de 300.000 ptas. de la que ha estado privada del 21 al 27 de mayo de 1980 en los primeros meses del año 1980 ha venido trabajando como dependienta en la Farmacia C., sita en la A. A. R. de Palma y en su condición de tal y en las fechas reseñadas, en cuatro ocasiones entregó a F. M. M. conociendo la procesada su condición de hombre adicto a las drogas sendas cajas de 10 ampollas de Pentazolina, analgésico potente derivado del Benzomofano, sin que el citado F. M. presentara receta alguna que le facultara para su expedición".

RESULTANDO: Que la acusación más grave, en sus conclusiones provisionales calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artº. 344-1º, 2º y 3º del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada F. R. S., sin la concurrencia de circunstancias por lo que solicitó contra aquella las penas de 1 año de prisión menor, 30.000 ptas. de multa, con arresto sustitutorio de 30 días, caso de impago y 7 años de inhabilitación especial accesorias del artº. 47 y costas.

RESULTANDO: Que en el acto del juicio oral la procesada expresó su conformidad incondicionada a la referida calificación, manifestando al Sr. Letrado Defensor que no consideraba necesaria la continuación del juicio.

CONSIDERANDO: Que al concurrir el supuesto de los arts. 694 y 697 en relación con el 555 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es procedente de conformidad con tal precepto y de la doctrina jurisprudencial que lo ha interpretado, dictar sentencia sin más trámites y de acuerdo con la calificación mutuamente aceptada por las partes, lo que hace innecesario expresar los fundamentos legales y doctrinales relativo a la calificación del hecho, participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, responsabilidad civil y costas; si bien, como no obstante el efecto vinculante no es absoluto, pudiendo los Tribunales en uso de su facultad de imponer la pena procedente, atenuarla e incluso absolver para salvaguardar el predominio de la verdad real sobre la convenida, en el presente caso se estima justa la que se dirá, en la parte dispositiva de la sentencia en la que no incluirá por improcedente la pena de inhabilitación especial pedida, no aplicable a este delito.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30 33, 47, 49, 61 regla 4ª, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 655, 694, 697, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a la procesada F. R. S., en concepto de autora responsable de un delito contra la salud pública sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de **SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR Y QUINCE MIL PESETAS DE MULTA**, con arresto sustitutorio de 15 días caso de impago, y a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de su-

fragio durante la condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

233

233. FALSIFICACION EN DOCUMENTO MERCANTIL. Imitación en factura de firma de tarjeta de crédito hallada. **FALTAS DE HURTO Y DE ESTAFA.** *Sentencia de 20 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Probadado y así se declara que el día 4 de noviembre de 1981, el procesado S. D., mayor de edad, sin antecedentes penales, en la joyería A., sita en el n° 58 de la carretera del A., propiedad de M. A. D., se apoderó subrepticamente y aprovechando un descuido del encargado del establecimiento, de un anillo valorado en 15.000 ptas. que introdujo en la boca y se tragó al ser descubierto huyendo a continuación. El día 11 del mismo mes y año, en la joyería S. sita en el n° 48 de la Avenida Nacional del Arenal, compró una medalla valorada en 7.000 ptas. mediante el uso y exhibición de una tarjeta de crédito que se había encontrado e imitando en la factura de compra el nombre del titular de dicha tarjeta llamado K.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artos. 500, 501-5º, un delito de falsificación de documento mercantil artº. 303 en relación con el 302-1º, 2º y 4º y una falta de estafa del artº. 587-3º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado S. D. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquel la pena de 6 meses y un día de presidio menor, por el robo, 6 meses y 1 día de presidio menor, 20.000 ptas. de multa con 30 días de arresto sustitutorio por la falsificación y 10 días de arresto menor por la falta de estafa, accesorias del artº. 47 e indemnización de 25.000 ptas. a M. A. D., y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de falsificación de documento mercantil previsto y penado en el artº. 303 en relación con el artº. 302 nos. 1º, 2º 3º y 4º del Código Penal. Que dichos hechos no son constitutivos del delito de robo con violencia de que hace acusación el Ministerio Fiscal, pues no existe acreditación mínima suficiente para determinar la violenta actuación del procesado quien por el contrario cometió una falta de hurto prevista y penada en el artº. 587-1º del Código Penal, por entenderse que la sustracción fue de forma subrepticia de un objeto valorado en 15.000 ptas. debiendo ser absuelto del delito de robo de que es acusado. Finalmente

los hechos son constitutivos de una falta de estafa prevista y penada en el artº. 587-3º del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado S. D. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240. 272, 741, 742, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado S. D. del delito de robo de que es acusado por el Ministerio Fiscal.

Que debemos condenar y condenamos al procesado S. D., como autor responsable de un delito ya definido de falsificación en documento mercantil, de una falta de hurto y de una falta de estafa ya definidas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS MESES Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR y MULTA DE VEINTE MIL PESETAS, con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago por el delito de falsificación y a las penas de DIEZ DIAS DE ARRESTO MENOR por cada una de las dos faltas, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido M. A. D. la suma de 15.000 ptas. y al pago de costas. le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

235

235. RECEPCION. Conocimiento de la existencia de delito. *Sentencia de 20 de Mayo de 1982.*

RESULTANDO: probado y así se declara: que el procesado D. D., súbdito argelino, llegado a esta ciudad de Palma los primeros días del mes de noviembre de 1981, con escaso metálico, sin trabajo y en estas circunstancias, el día 18 ó 19 del citado mes, de persona no identificada adquirió a muy bajo precio y a sabiendas de su ilegítima procedencia una maleta de regular tamaño que contenía un número superior a treinta alhajas muy variadas

de oro, perfumes y aparatos eléctricos con un valor superior a las doscientas cincuenta mil pesetas, objetos que días antes fueron sustraídos en varios domicilios de la ciudad y una vez en poder del procesado fue a vender a diferentes establecimientos dedicados a la compra-venta de oro usado habiendo sido recuperados por valor de 81.100 pesetas, sortijas y anillos que resultaron propiedad de B. G. L.L. en cuyo domicilio sito en la R. B. III n° 18-2° el día 15 de noviembre entre las diez y las 12.30 horas se cometió una sustracción por persona o personas no identificadas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas de los art°s. 500, 504-2°, 505-2° y 506-2° del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado D. A. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro años dos meses y un día de presidio menor accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 16.000 pesetas al perjudicado B. G. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite negó la intervención de su patrocinado en el delito de robo que se le acusaba y solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de robo con fuerza en las cosas y en casa habitada de los artículos 500, 504-2°, 505-2° y 506-2° todos del Código Penal, ya que no ha quedado acreditado que el procesado fuera el autor o participara en la sustracción cometida que es objeto ahora de enjuiciamiento, lo que supone su libre absolución por esta figura penal; por el contrario la conducta del procesado que reconoce carecer de bienes y no tener trabajo cuando adquiere por precio irrisorio bienes heterogéneos y muy valiosos necesariamente tenía que conocer, sin necesidad que fuera de manera pormenorizada su ilegítima procedencia y prueba de ello es que inmediatamente procedió a su enajenación con lo que su conducta tiene un perfecto encaje en el delito de receptación que describe y pena el artículo 546 bis a) del código penal y según dicha norma debe ser sancionado en la pena que se dirá.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado D. D. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3°, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado D. D. del delito de robo que venía acusado y le debemos condenar y condenamos en concepto de autor responsable de un delito de receptación con ánimo de lucro sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de tres años de presidio menor y multa de treinta mil pesetas con arresto sustitutorio de treinta días caso de impago a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante la condena a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido B. G. la suma de dieciséis mil pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene; hagan entrega definitiva de lo recuperado a su dueño.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

238

238. ROBO CON VIOLACION. Empleo de armas. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz y la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. **DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO. DETENCION ILEGAL.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Mayo de 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así expresamente lo declaramos, que a eso de las 21 horas, del día 9 de abril de 1981, los procesados F. S. P., C. P. M. y C. G. B., los dos primeros de mala conducta informada, los tres mayores de edad, sin antecedentes penales y en prisión provisional, cuando se encontraban en el bar "J.", en S. P., de esta ciudad, al ver que el súbdito inglés J. E. L. M., para pagar unas botellas, sacaba algunos billetes de mil del bolsillo, y se iba a su domicilio, en una casa de campo, en la calle Martorell, 3 de Son Sanglada, conocido por razón de próxima vecindad por el procesado C. G., yéndose J. con su vehículo Renault-6 P.M. 4423-J y siguiéndole los tres procesados a pie, portando una navaja dos de ellos, y el otro, un cuchillo de monte, puestas de común acuerdo y en acción conjunta, se dirigieron con ánimo de lucrarse al citado domicilio del extranjero J., y así que llegaron al mismo, se colocaron cada uno de ellos un pañuelo que les cubría la cara hasta la parte alta de la nariz, tapando el rostro para evitar ser identificados y, esgrimiendo las citadas armas blancas, dieron un empujón a la puerta de entrada de la casa, que se encontraba cerrada, pero sin cerrojo o pasador, y, al abrirse la puerta, sorprendieron a J. E., de 58 años, y a su esposa V. E. M., de 57 años de edad, australiana, pintora, que, sentada frente a su esposo, leía una carta, y dirigiéndose dos de ellos a la mujer, le colocaron en el cuello una navaja, cada uno, amenazándola y, otro, de los procesados al esposo, al que asimismo amenazó con el cuchillo colocado en el cuello, atando con unas corbatas las manos de los mismos, que les colocaron hacia atrás, al mismo tiempo que, cerrando puertas y ventanas, el que se había encargado de maniatar al marido, le dio un golpe y, una vez en el suelo, le dio patadas en distintas partes del cuerpo, una al menos, en la cabeza, cuando estaba en posición decúbite prono en cuyo momento, empezaron un registro por toda la planta baja de la casa, en busca de cuanto de valor pudieran encontrar subiendo seguidamente, a la planta superior de la casa, haciendo subir al matrimonio, donde igualmente registraron todo, apoderándose de cuantos efectos de valor encontraron y trasladando, luego, a J. a la planta baja, F. y F., mientras que C. se quedó en un dormitorio de la planta alta con la mujer, la cual seguía atada con las manos hacia atrás, y amenazándola con el cuchillo que C. llevaba, le fue quitando las prendas interiores y echándola en una cama, después de hacerle distintos tocamientos en sus partes genitales, logró tener acceso carnal con ella, pese a la oposición de la atemorizada señora, sin que su esposo pudiera socorrerla, tanto por el estado de reducción en el que se encontraba como por el estado de inconsciencia en que quedó a consecuencia de los golpes recibidos. En la planta baja, antes de abandonar la casa, ataron los tobillos de las víctimas, que seguían con las manos atadas y, con un trozo de cable eléctrico, dejaron atado por el cuello a J. a un sofá y, por medio de otro trozo de cable eléctrico, ataron a la esposa a una columna y, cogiendo las llaves del Renault-6, metieron en el mismo los distintos efectos sustraídos y huyendo con todo en el coche del que se apropiaron con la intención de quedarse con él, repartieron entre ellos todo lo sustraído hasta que los días 15 y 16 siguientes, fueron detenidos dichos procesados y recuperados en sus domicilios y ocultos en un solar de la carretera vieja de Buñola efectos de los sustraídos y el coche en la Plaza del Cuadrado, totalizando lo recuperado, incluso el coche 575.000.- pesetas y teniendo el vehículo daños por importe de 6.221.-

pesetas, faltando por recuperar efectos por importe de 740.000.- pesetas y 5.000.- pesetas en metálico, asimismo sustraídas. A consecuencia de los golpes y malos tratos sufridos por el matrimonio, J. resultó con erosiones y contusiones en ojo derecho, contusiones diversas en región torácica, así como exitemas en ambas muñecas, tardando 20 días en curar de dichas lesiones, durante las cuales estuvo impedido para trabajar y precisó de asistencia facultativa. V. sufrió lesiones y hematomas en brazo derecho, pierna izquierda y lado izquierdo del cuello, así como en ambos tobillos, invirtiendo seis días en curar, durante los cuales estuvo impedida para el trabajo y precisó de asistencia médica. El coche y efectos recuperados fueron entregados a sus propietarios en depósito provisional. Los procesados, que estuvieron dentro de la casa del matrimonio ofendido durante unas dos horas, se encuentran bajo los efectos de una sobredosis de ácidos, de tres pastillas del fármaco Riphnold y de la consumición de tres cuba-libres y otras bebidas alcohólicas que habían tomado aquella tarde, siguiendo su línea de adicción a la droga que les disminuían el estado de alerta de toda persona normal y les "colocaron" en situación de meiinconsciencia con los consiguientes efectos psicolepticos producidos por la ingesta del alcohol, al mezclarlos con los indicados ansiolíticos. F. S. P. fue declarado peligroso social, como toxicómano, por el Juzgado de Peligrosidad de ésta por sentencia de 27-1-1982. Condujo el coche sin carnet de conducir desde la casa hasta Palma C. G.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de robo con violación —art. 501-2º, en relación con el artículo 429-1º del Código Penal y, caso de perdón de la ofendida, robo con violencia del artículo 501-4º y, en todo caso, aplicación del artículo 506-1º y 2º—. Dos delitos de detención ilegal —art. 480 y 481-1º del Código Penal. Un delito contra la Seguridad del tráfico del artículo 340 bis c) del propio texto legal y de un delito de robo de uso de vehículo de motor ajeno —art. 516 bis, 1º y 4º en relación con el artículo 501-5º y último párrafo, de los que conceptuó como autores a los procesados F. S. P., F. C. P. M. y C. G. B., a excepción del delito contra la Seguridad del tráfico del que sólo responderá el último procesado, con la concurrencia de la agravante de disfraz —artículo 10-7ª— del Código Penal en los delitos de robo con violación y de detención ilegal y concurriendo la agravación de responsabilidad del artículo 511 del Código Penal en el robo con violación, por lo que solicitó las siguientes penas para los tres procesados: 40 años de reclusión mayor, accesorias y costas por el robo con violación; 14 años ocho meses y 1 día de reclusión menor, accesorias y costas por cada uno de los delitos de detención ilegal; 4 años dos meses y 1 día de presidio menor por el robo de uso de vehículo y para el procesado C. G., por el delito contra la Seguridad del tráfico 50.000.- pesetas de multa, con arresto sustitutorio, caso de impago, y costas. Y que los tres solidariamente indemnizan a V. E. en 100.000 pesetas y a los esposos en 751.221.- pesetas.

RESULTANDO: Que la defensa de C. G., con versión distinta de los hechos, y lo mismo en cuanto a F. G. P., estimo que los mismo habían cometido un delito de robo —art. 501-5º C.P.— y que además, había cometido contra la Seguridad del tráfico —art. 540 bis c) del Código Penal, con la atenuante del artículo 9-1º en relación con el artículo 8-1º, solicitando para ellos 6 años y 1 día de presidio menor —que no mayor— por el robo y para C. por el de conducción sin carnet, 25.000.- pesetas de multa, accesorias, indemnizaciones a los perjudicados por lo no recuperado y costas y que se les absolviese de las demás acusaciones formuladas. Y por la defensa de F. S. P., con versión distinta de los hechos, asimismo, que los procesados habían cometido un delito de robo con violencia e intimidación —arts. 501-5º, párrafo último, en relación con el artículo 506-1º y 2º del Código Penal concurriendo en los tres la atenuante de enajenación mental incompleta (derivada de la ingestión de bebidas alcohólicas y la toma de dos pastillas de Riphnold que les produjo una notable alteración de su conciencia y voluntad) —artículo 9-1º en relación con el artículo 8-1º del Código Penal— solicitando para F. S. seis años de presidio menor, accesorias y costas e indemnización a los perjudicados en los términos de la acusación.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran: a) Un delito de robo con violación, previstos y penado en el artículo 501-2º, en relación con el artículo 429-1º del Código Penal, castigado con reclusión mayor, agravado —art. 506-1º y 2º—

por llevar armas para cometer el robo y realizarse el mismo en casa habitada y que por aplicación del párrafo segundo del citado artículo 506, determina la imposición de la pena inmediata superior a la correspondiente, aunque por lo prescrito en el artículo 75-1° del propio Código Penal, con la cláusula de que su duración será de cuarenta años si la señalada en la Ley es de reclusión mayor y la propia Ley establece en algún caso, como aquí ocurre, una pena superior y no, simplemente, como se sostiene por las defensas un delito de robo del artículo 501-5° y párrafo último del mismo; pues, del relato de hechos aparece con sobrada certeza el gravísimo hecho de la violación imputada en la acusación fiscal, con el empleo de armas en la propia vivienda de los ofendidos a los que, no solamente tuvieron con las manos atadas con corbatas, hacia atrás, imposibilitando toda forma práctica de defensa sino que, lograda su reducción con la previa amenaza de las navajas y el cuchillo colocado a la altura del cuello de cada uno de ellos, golpearon y patearon al marido con golpes innecesarios, máxime si se tiene en cuenta la edad de los mismos, la hora y el súbdito modo de entrar golpeado la puerta y registrando toda la casa, con la finalidad inicial propuesta por los mismos de ir a robar, aunque, luego, episódicamente, uno de ellos, C. G., en lugar de bajar con los demás a la planta baja, decidiese retener en el dormitorio de la planta alta a la esposa, hecho que advirtieron sobradamente los otros dos procesados que condujeron al marido al piso bajo, le ataron también los pies, y se quedaron con él allí mientras su compañero, pese a haber terminado ya el registro de la planta superior, que realmente era lo que en principio se habían propuesto, despojarles de cuanto de valor tuviesen en la casa, con el fin de lucrarse con ello, se quedaba con la mujer con las manos atadas atrás, la echase sobre la cama, y despojándola de sus ropas, la hiciese objeto de tocamientos en los órganos genitales y, luego, consumara el yacimiento en tan vejatorias circunstancias, invirtiendo un tiempo en todo ello que los otros procesados no pueden soslayar, cuando menor bajo el prisma del dolo eventual en este complejo delito en el que la finalidad inicial y finalista del robo se muestra con notoriedad evidente y que es lo que, en definitiva define el tipo calificado —Sentencia 11-5-1981— y así, lo acreditan, por otra parte, las calificaciones de la defensa. B).- Un delito contra la seguridad del tráfico previsto y penado en el artículo 340 bis c) del Código Penal, al conducir por vía pública C. G. el coche sin poseer el correspondiente permiso de conducir que le habilitase para ello y que se sanciona con la pena de multa de 20.000.- a 100.000.- pesetas.

CONSIDERANDO: Que no puede hablarse, en el presente caso, ni de delito de detención ilegal, ni de robo de uso de vehículo de motor ajeno, porque, en el desarrollo de los hechos aparece, finalmente, dentro de la casa, ese atar a la columna y a un sofá a los perjudicados no como algo querido con la finalidad de privarles de su libertad deambulatoria, en sí misma considerada, sino como algo tramado para evitar la pronta petición de auxilio, propósito integrador del robo, muy distinto del dolo característico de la detención ilegal en el que la finalidad buscada con las conductas tipificadas como tales es la de privar de aquella libertad antes aludida a una persona atenta o directamente contra tal derecho sin más; y tampoco puede aceptarse aquí, la del robo de uso de vehículo de motor ajeno, porque, con ánimo de lucrarse con él lo retuvieron hasta ser detenidos aunque lo tuviesen en una plaza pública durante los seis días transcurridos desde la apropiación.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores del robo con violación los tres procesados F. S., F. C. P. y C. G., por haber tomado parte voluntaria y directa en el robo los tres y en la violación C., y voluntariamente, al menos con dolo eventual, como cooperadores necesarios los otros dos, delito complejo en el que, de acuerdo con reiterada doctrina legal de la que son muestra las S.S. del Tribunal Supremo de 26 de enero, 27 de junio y 12 de noviembre de 1979, 12-3-1980 y las más recientes de 21 de abril, 11 de mayo de 30 de octubre de 1980, recaídas en casos de robo con homicidio o con violación que, pese a las distintas corrientes doctrinales conocidas al respecto, sobre la naturaleza y consiguiente trascendencia, a fines definidores, de la coautoría en tales infracciones y las demás del artículo 501 del Código Penal, es hoy clara al situar bajo los indicados tipos del artículo 14 a quienes puestos de acuerdo para llevar a cabo el delito base —el robo intervienen luego con dolo generalmente eventual, en los hechos motivadores de la figura compleja de tal norma punitiva, configurándose su participación a través del “clima” de violencia creada ab initio, con los golpes, armas, excesos, etc., que am-

plían la “societas scaeleris” creando la comunicabilidad del delito complejo, cuando, como aquí ha sucedido la actuación de F. y F. no sólo facilitó sino que movió a C. a actuar con toda impunidad logrando el coito con la mujer maniatada y violentada con la intervención de los tres y a la que aquéllos pese a haber registrado ya la parte alta de la casa, no dudaron en dejar en el dormitorio a la mujer en la misma con las manos atadas, en poder de su compañero, llevándose al marido al piso bajo al que redujeron aún más al atarle con un cable a un sofá, anulando, así, toda posibilidad de defensa por parte del marido al menos, con el que estuvieron hasta que, cometida la brutal violencia con la mujer, C. decidió bajarla, pues el registro de la planta baja lo habían hecho, al principio, los tres, con lo que la autoría de los tres es manifiesta en todo el complejo delictivo. Y del delito de conducción ilegal C. G. por su participación voluntaria y directa en el mismo.

CONSIDERANDO: Que concurren en los tres procesados la atenuante del artículo 9-1º en relación con el artículo 8-1º del Código Penal, de trastorno mental transitorio, habida cuenta del estado de disminución de facultades anímicas en que los mismos se encontraban al cometer el robo motivado por la toma de fármacos del relato y las consumiciones de alcohol, que sin buscarlo de propósito, les creó una desorientación en el curso normal del pensamiento a causa de los efectos psiclépticos de la mezcla y que por aplicación del artículo 66 del Código Penal hace que esta Sala aplique la pena inferior en grado y en la extensión que se dirá, teniendo en cuenta los efectos del artículo 75 en relación con el citado artículo 506 párrafo segundo y que, asimismo, también concurrió en el robo la agravante de disfraz del artículo 10-7º, llevar los tres procesados la cara tapada con el pañuelo que les cubría hasta la parte alta de la nariz, para evitar la identificación, aunque C. en el desarrollo posterior de los hechos se haya quitado en algún momento el pañuelo, pero que habida cuenta del estado de aturdimiento de los ofendidos no puede destruir en dicho procesado los efectos agravatorios establecidos por el artículo 61 2º del Código Penal ya que la intención dolosa consiste en buscar mayor facilidad en la ejecución del delito y más segura impunidad, conseguida por los tres al anular, en tales condiciones de cobertura del rostro, las normales facultades de atención de los perjudicados con las violencias e intimidaciones desde el principio desplegadas sobre ellos.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas, los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61 regla 2ª, 66, 101, 102, 103, 104, 109, y demás de general aplicación del Código Penal, los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la L. E. Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y **CONDENAMOS** a los procesados C. G. G., F. C. P. M. y F. S. P. en concepto de autores responsables de un delito de robo con violación con armas y en casa habitada con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la circunstancia agravante de disfraz, en los tres procesados, a una pena, para cada uno de ellos, *de veinticinco años de reclusión mayor*, a las accesorias de interdicción civil e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. A que por vía de indemnización de daños y perjuicios abonen los tres procesados, solidariamente, a V. E. en 100.000.- pesetas y, al matrimonio 751.221.- pesetas en total para ambos y al pago de costas correspondientes. Asimismo debemos condenar y **CONDENAMOS** al procesado C. G. B. como autor responsable de un delito contra la Seguridad del tráfico, sin circunstancias, a la pena de multa de 40.000.- pesetas con arresto sustitutorio, caso de impago, y al pago de costas correspondiente. Y debemos Absolver y **ABSOLVEMOS** a los tres procesados de los delitos de detención ilegal y de robo de uso de vehículo de motor de los que se les acusaba, declarando de oficio las costas correspondientes. Hágase entrega definitiva de lo entregado en depósito a los perjudicados. Se abona para el cumplimiento de las condenas la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos, por sus propios fundamentos, el auto consultado en el que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

286

286. HOMICIDIO. Concurrencia de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad y de embriaguez. *Sentencia de 9 de Junio de 1982.*

RESULTANDO: probado y así se declara: que el procesado M. M. R. de buena conducta informada, residente en la Isla de Formentera, la tarde del día 24 de diciembre de 1981, para celebrar la fiesta próximo de Navidad, primero con su esposa recorrió algunos bares de la localidad de San Fernando, tomando en cada uno de ellos cerveza o bebida alcohólica de mayor graduación, llegada la noche, su esposa se retiró a su domicilio mientras él continuó con varios amigos entre ellos R. P. R. y J. M. V., visitando entre otros los establecimiento "El Quijote", "Los Angeles", La Pergola y la discoteca "Magu" y en todos ellos consumió copas de hiervas, varios cubas libres y cerveza, por último, en unión de los nombrados compañeros y amigos cantando y batiendo palmas se encaminaron hacia el bar "Las Ranas" propiedad de K. H. M., donde continuaron celebrando la Nochebuena y teniendo ya limitadas sus facultades intelectuales y volitivas, llegó al mismo bar J. M. V. V. M., soltero, sin profesión determinada, quién acercándose al grupo del procesado pretendió incorporarse al mismo, siendo rechazado por no tener amistad ni apenas conocimiento con ninguno de ellos, por lo que le dijeron que les dejase en paz, y al insistir el V. en su pretensión, el procesado le dijo: "que a él no le habían dado vela en aquel entierro" a lo que reaccionó agresivamente el ya contrincante intentando aproximarse con gesto airado al tiempo que le llamó "dos veces "hijo de puta" al procesado, quién bajo los efectos del alcohol sintiéndose gravamente mortificado, en movimiento de abanico del brazo, teniendo en su mano izquierda un botellín de cerveza cogido por la parte de la etiqueta, propinó un golpe al repetido V. M. que le alcanzó en la zona anterolateral del cuello, rompiéndose la botella, con tan mala fortuna que no de los trozos de vidrio seccionó la vena yugular y la arteria carotida izquierda y a consecuencia de la gran hemorragia falleció a los pocos minutos, sin que los presentes que recurrieron a los servicios médicos más inmediatos pudieran hacer nada para salvar su vida; el procesado en un estado de gran postración por lo ocurrido se refugió en su domicilio.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado M. M. R. con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal de embriaguez no habitual, de preterintencionalidad y de arrebato u obcecación 2º, 4º y 8º del artículo 9 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis años de prisión menor, accesorias del artículo correspondientes e indemnización de 1.000.000 pesetas al perjudicado herederos de J. M. R. V. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite, aceptó la tesis acusatoria en cuanto a la participación en el hecho de su patrocinado, matizada con la concurrencia de las circunstancias modificativas atenuantes de embriaguez no habitual, preterintencionalidad y la de haber precedido inmediata provocación o amenaza por parte del ofendido y por aplicación del artículo 61 nº 5º, solicitó la imposición de una pena de 1 año de prisión menor, accesorias y costas.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados, integran un delito de Homicidio del art. 407 del Código Penal, conforme a las respectivas tesis de las partes, por cuanto existe un querer y un movimiento corporal en el procesado orientado a un re-

sultado lesivo y por tanto una acción voluntaria determinante de una culpabilidad en orden al resultado que viene tipificado en el indicado precepto, lo que genera su responsabilidad en cuanto es reprochable a su dicho querer.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente, en concepto de autor el procesado M. M. R., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de embriaguez del art. 9º párrafo 2º del Código Penal, pues sin haber llegado el procesado a la anulación total de su conciencia, a consecuencia de las numerosas consumiciones ingeridas en los establecimientos dedicados a expender bebidas alcohólicas, existe prueba completa que no habituado al consumo de esta droga tuvo que influir en sus facultades intelectuales y volitivas al recorrer durante horas bares en compañía de familiares y amigos acompañando por celebrar la nochebuena con bromas, canciones y aplausos lo que aumentaba sin duda su estado de excitación que reducían sus frenos inhibitorios y oscurecía su mente generando la atenuantes examinada; igualmente es de apreciar la concurrencia de la circunstancia de preterintencionalidad, ya que queda patente la desconexión psicológica entre la voluntad de la acción y su resultado, pues el procesado sin motivo de enemistad o malquerencia con el que resultó víctima, su ataque surgió al pretender éste unirse al grupo en el que no era conocido, y a una frase intrascendente, respondió con un grave insulto, que escuchado con la deficiente representación que determina encontrarse bajo los efectos de bebidas alcohólicas, determinó una reacción fulminante con el objeto que precisamente tenía en la mano, que no era idóneo para matar, siendo éste resultado atribuible a excepcionales conjunturas extrañas al propósito que guiaba al procesado y éste circunstancias ponderadas objetivamente aminoran la reprochabilidad del agente por su conducta antijurídica al nivel mínimo que la atenuante eximada de preterintencionalidad establece y debe ser tenida en cuenta a los efectos de la imposición de la pena conforme al art. 61 apartado 5º del Código Penal; no es de apreciar la concurrencia de las otras circunstancias atenuantes de responsabilidad alegadas por la acusación y la defensa de arrebatu u obcecación 8º y la de haber precedido provocación o amenaza del ofendido nº 5º ambas del artículo 9º del Código Penal, pues sobre la base de hecho mencionada, que el procesado se encontraba bajo la fuerte excitación producida por ingestión de bebidas alcohólicas en ocasión de regocijo que le ocasionaban una disminución de sus facultades, en tales circunstancias al recibir una grave ofensa o insulto su reacción no descansa en sentir ofendida su dignidad, sino en la situación de perturbación anímica que le procuraba el alcohol que motivó su conducta violenta, tan poco razonable y que produjo tan funestos resultados y al no ser atribuible a su plena personalidad su proceder, son desestimables ambas circunstancias, que en definitiva en el presente caso devienen incompatibles con la apreciada de embriaguez.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente, viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado M. M. R. en concepto de autor responsable de un delito de **HOMICIDIO**, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de preterintencionalidad y embriaguez no habitual a la pena de **DIECIOCHO MESES DE PRISION MENOR**, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante la condena, y a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos del ofendido J. M. V. M., la suma de 700.000 pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de este causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

346

346. APROPIACION INDEBIDA. Tipificado por el abuso de confianza. *Sentencia de 10 de Julio de 1982.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que C. LL. M., mayor de edad y sin antecedentes penales durante el período comprendido en los años 1976 y 1977 estuvo al frente de la contabilidad de la empresa "M. A." de Palma propiedad de R. T. D. y M. M. T., y, aprovechando tal circunstancia, fue reteniendo y disponiendo particularmente de diversas cantidades de dinero que cobraba y no ingresaba en caja, logrando así, entre el 2 de julio de 1976 y el 31 de julio de 1977, la suma total de 491.878 pesetas, habiendo renunciado los perjudicados a sus acciones legales.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535 en relación con el 528-2° del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada, sin la concurrencia de circunstancias por lo que solicitó contra aquélla la pena de 1 año de prisión menor, accesorias legales e indemnización de 491.878 pesetas a los perjudicados y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de la acusada, en igual trámite negó los hechos y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de apropiación indebida de los artículos 535 y 528-2° del código penal, constituido por la adverbada (folios 32, 57, 58 y 59) retención de cantidades que debiendo, al no ser propias, ingresarse en la caja de la empresa, fueron dispuestas en propio beneficio, abusando del sentimiento de lealtad laboral depositado en la empleada.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor la procesada C. LL. M. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61 regla 4ª 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a la procesada C. LL. M., en concepto de autora responsable de un delito de apropiación indebida de cuatrocientas noventa y una mil, ochocientas setenta y ocho pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA de prisión menor con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de la condena, sin haber lugar a declaración de responsabilidad civil habida cuenta de la renuncia de los perjudicados y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de li-

bertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicha encartada con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)