

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

4-1983



Universidad de Palma de Mallorca

DIRECTOR

Gregorio Delgado del Río

CONSEJO DE DIRECCION

Javier Boix Reig

Luis Garau Juaneda

Manuel García Fernández

Juan Ramallo Massanet

CONSEJO DE REDACCION

Francisco Astarloa Villena

Manuel Atienza

José María Bricall Massip

Bartolomé Colom Pastor

Bartolomé Domenge Amer

Miguel A. Fernández López

José Ferrer Marcel

Gabriel Garcías Planas

Juan López Gayá

Román Piña Homs

Pablo Salvador Coderch

Francisco Samper Polo

Jaime Zurita y Sáenz de Navarrete

SECRETARIO

Miguel Dolís Roca

Correspondencia:

Facultad de Derecho.

Universidad de Palma de Mallorca

C/. Miguel de los Santos Oliver, 2

Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 1.000 pts.

Por suscripción. Número 700 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

4-1983



Universidad de Palma de Mallorca

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

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

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

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

Fotocomposición y montaje:

COMPOSICION BALEAR
Jaime Durán, 1 - Palma

ISSN: 0212-0577

Depósito legal: P.M. 300/82

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS	
Javier Boix Reig <i>El principio de legalidad en la Constitución</i>	7
Eduardo Calderón Susin <i>Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar</i>	31
Antonio Reina Bernaldez <i>Cuestiones acerca de la aplicación del método sociológico al Derecho Eclesiástico español</i>	69
José Angel Torres Lana <i>La partición por comisario</i>	95
 BIBLIOGRAFIA	
Bartolomé Domenge Amer, <i>El derecho de sobreedificación y subedificación</i> (Juan Vidal)	123
Manuel Atienza Rodríguez, <i>Marx y los Derechos Humanos</i> (Luis Segura)	126
Victor y Antonio Reina, <i>Lecciones de Derecho Eclesiástico Español</i> (Antonio Pérez Ramos)	128
RELACION DE LIBROS RECIBIDOS	129
 JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA	
I. Sala de lo Contencioso-administrativo	133
II. Sala de lo Civil	165
III. Salas 1ª y 2ª de lo Criminal	279

ESTUDIOS

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCION (*)

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho penal

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fórmula constitucional: sucinto análisis del art. 25.1.*: 1.- La polémica doctrinal en torno a la clase de reserva de Ley. 2.- Examen de los argumentos en concreto: 2.1. Sobre la necesidad de reserva absoluta de Ley. 2.2. Sobre el ámbito de los derechos afectados. 3.- Posición personal. 3.1. Criterio general. 3.2. El derecho al honor. 3.3. El derecho de propiedad. 3.4. Consecuencias procesales. 3.5. Producción colateral de afectos jurídicos en otros derechos. 3.6. Carácter absoluto de la reserva de Ley. 3.7. Concreción legislativa de la exigencia de Ley Orgánica. III. - *Examen de algunas cuestiones esenciales*: 1.- Principio non bis in idem. 2.- Retroactividad de la ley penal más favorable.

I. INTRODUCCION

Hablar del Principio de legalidad en materia penal, supone tratar de un tema siempre actual. Mas aún en un momento, como el presente, en el que vienen a reproducirse o aparecen *ex novo* posiciones que de manera mas o menos frontal lo ponen en entredicho; y ello es así tanto en su dimensión formal como en la material, por relación bien a la concepción del delito bien a la teoría de la pena. El tema cobra todavía mayor actualidad si lo ceñimos al tratamiento que del mismo hace la Constitución española de 1978.

Sólo en un Estado de Derecho puede concebirse al Derecho penal en su dimensión garantista de derechos y libertades. De otra suerte el

(*) Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la Semana de Derecho penal en memoria del Profesor Julian Pereda, s. j., dedicada a "Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos", organizada por el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (4 al 11 de marzo de 1983)

Derecho penal no es más que un instrumento del poder político, deviniendo aquél, como certeramente ha destacado la doctrina, en simple *terror* penal. Al poner en relación el Derecho penal con la Constitución es, pues, sumamente importante destacar, como ya he puesto de manifiesto, que sólo en dichas coordenadas aquél adquiere su auténtica función, ya que, de lo contrario, el simple empleo de la palabra Derecho, en este caso referido a su vertiente punitiva, se convierte en mero eufemismo, de consecuencias prácticas ciertamente nefastas.

Sin duda que, desde este punto de vista, el principio de legalidad, en la medida en que es el eje mismo sobre el que gira el Derecho penal concebido como protector de libertades (1), puede convertirse en el quicio de un Derecho penal respetuoso con las exigencias del Estado de Derecho, con un sistema político democrático respetuoso y garante, a su vez, de las distintas libertades. Que la Constitución que asume dicho sistema acoja indubitadamente el meritado principio se torna en exigencia lógicamente generalizada de la doctrina penal (2); en lo que no es preciso abundar en este momento.

No van a desgranarse en esta conferencia todas y cada una de las cuestiones que suscita el tema planteado. Sí interesa destacar y reiterar la dimensión garantista que subyace al principio de legalidad, que comporta efectos jurídicos tanto formales como materiales. La idea de *certeza*, inherente a dicho principio, es garantía de libertad en el ejercicio de la acción humana. Suficientemente ilustrativas son, en este sentido, las palabras de López de Oñate al concebir la certeza como “especifica eticidad del Derecho”: “la certeza del Derecho es la certeza de la acción” (3). Todo ello conecta con la noción de *previsibilidad* de las consecuencias que comporta la acción, en este caso consecuencias que integran el contenido de la reacción estatal frente a la conducta delictiva (4).

Como ya se ha indicado, al referirse al principio de legalidad es ne-

(1) El principio de legalidad ha sido calificado de “eje diamantino de un derecho penal un tanto evolucionado” por COBO DEL ROSAL, M., *Principio de legalidad y Ministerio Fiscal*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 2, 1977, p. 25.

(2) Sobre el tema vid. por todos VIVES ANTON, T., *Estadio de Derecho y Derecho Penal*, en Comentarios a la legislación penal. T-1. Derecho penal y Constitución. Madrid 1982, pp. 14 y ss. MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª edic. Barcelona 1982, p. 33, y TOLEDO y UBIETO, E.O.: *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1981, pp. 316 y ss.

(3) LOPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*. Buenos Aires, 1953, pp. 175 y ss.

(4) Al respecto vid. MADRID CONESA, F.: *La legalidad del delito*. Valencia 1983, pp. 8 y ss.

cesario aludir a una doble dimensión: formal y material (5). Desde una perspectiva formal, se alude a la exigencia de que tenga el rango de Ley la norma que establezca qué conductas son constitutivas de delito y cuáles sus correlativas penas. Sólo la Ley puede establecer los delitos y las penas; la Ley como reflejo formal de la voluntad popular. Esta exigencia cobra especial sentido precisamente cuando se trata del Derecho penal, por ser el conjunto normativo en el que los derechos y libertades de los ciudadanos pueden restringirse más gravemente. Sólo el poder legislativo, representando la soberanía popular, puede establecer estas normas, sin que quepa resquicio alguno en orden a deferir esta función al poder ejecutivo o, en su caso, al judicial.

Semejante planteamiento quedaría sin contenido si nos ciñéramos sin más a la dimensión estrictamente formal del principio de legalidad. La misma fundamentación garantista que la sustenta debe conducir a obviar aquellos mecanismos que la doctrina ha denominado, con acierto, "técnicas de elusión del principio de legalidad" (6), de modo indicativo felizmente condensadas por Cobo en las siguientes palabras: "El exorbitado Derecho penal preventivo, las ideas totalitarias imperativistas, la llamada defensa social —tan acertadamente criticada en relación con nuestro tema por Rodríguez Mourullo—, los elementos valorativos del tipo, las cláusulas generales, los tipos penales abiertos (flexibles), las leyes penales indeterminadas o en blanco, la incriminación de puros talentos subjetivos, el uso y el abuso de elementos subjetivos del tipo, la valoración moralista de las pruebas y un largo etc., son los enemigos naturales, por supuesto desde la propia legalidad —y de ahí su grave crisis— del principio de legalidad, mediante la utilización de refinada técnica jurídica por el Estado moderno en su deseo de exigir cada vez más poder, en detrimento de las garantías jurídicas, formales y sustanciales de los derechos individuales de la persona" (7).

Desde esta perspectiva sustancial cabe afirmar, en suma, que la seguridad jurídica, la certeza, basamento de la efectiva previsibilidad res-

(5) Un desarrollo de esta doble vertiente en COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho Penal*. P.G. I y II, Valencia 1981, pp. 78 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Principio de legalidad*. Nueva Enciclopedia Jurídica, XIV, 1971, pp. 882 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales del derecho sancionador*, en Comentarios a la legislación penal T-I. cit., pp. 192 y ss.

(6) RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho penal* P.G. vol. I Madrid, 1977, pp. 61 y ss.

(7) Ob. cit. p. 25.

pecto de las consecuencias de la conducta, comporta seguir unas pautas muy concretas en orden a la descripción legal de las conductas delictivas y en la configuración que se haga en la ley de las sanciones penales, esto último en íntima conexión con la necesidad de articular una teoría de la pena coherente con las exigencias antes relatadas (8).

Por último, en esta necesariamente breve introducción sobre las exigencias dimanantes del principio de legalidad, indicar que las precipitadas garantías quedarían sin contenido sin un control jurisdiccional delimitado y delimitador de las competencias del ejecutivo, con una concepción ciertamente restrictiva del poder sancionador de la Administración (9), Control jurisdiccional que se extienda igualmente a la fase ejecutiva de las sanciones. En suma, como reiteradamente ha destacado la doctrina, garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que se encuentren recogidas en nuestro Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento criminal (10).

II. FORMULA CONSTITUCIONAL: SUCINTO ANALISIS DEL ART. 25.1

Tras esta panorámica general sobre las exigencias propias del principio de legalidad, preciso es preguntarse sobre si nuestra Constitución recoge, como es deseable y requiere nuestra doctrina, el meritado principio; y si lo hace atendiendo indubitablemente a sus dimensiones formal y material. Debe anticiparse que nuestra Constitución sí acoge el principio de legalidad en materia penal, si bien lo hace de modo verdaderamente insatisfactorio. Lo hace de un modo insatisfactorio, por cuanto no existe un precepto constitucional que de manera clara acoja el principio de legalidad en todas sus vertientes. Es preciso acudir a diversos preceptos, situados en lugares sistemáticamente dispares de la Constitución para poder concluir que constitucionalmente se abarca el conjunto de

(8) Al respecto véase BOIX REIG, J.: *Significación jurídico-penal del art. 25.2 de la Constitución*, en *Escritos penales*. Valencia, 1979, pp. 107 y ss.

(9) Vid. CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código Penal*, en *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980, pp. 271 y ss.

(10) Sobre la asunción constitucional de estas garantías, vid. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías...*, cit., y de los mismos *Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la Administración civil*, en *Comentarios*, cit., pp. 229 y ss.

exigencias, también las formales, que a dicho principio corresponden. Se ha producido, como consecuencia, una polémica doctrinal, que afecta sensiblemente a la clase de reserva de ley existente en materia penal; polémica que de haberse regulado el principio de legalidad con mayor precisión no necesariamente hubiera tenido lugar.

Pese a la pretensión de que el art. 25.1 (11) de la Constitución comprende el principio de legalidad de un modo absoluto, se ha destacado por la doctrina que ello no es así. El art. 25.1. no contiene la necesidad de que sea la Ley la que establezca los delitos y las penas sino que emplea la expresión *legislación vigente*, comprensiva de una más variada gama de normas, por supuesto también de rango inferior al de Ley. ¿A qué se debe la fórmula empleada en este artículo? Como en otra ocasión se ha puesto de manifiesto (12) los constituyentes pretendieron ampliar al derecho sancionador en general las garantías propias del principio de legalidad en materia penal. Propósito sin duda loable, pero que como es lógico no podía extenderse a la exigencia de una Ley en sentido formal también para todo el ámbito del derecho administrativo referente a las sanciones, de manera que la pretensión de encontrar una fórmula común al derecho sancionador tiene un cierto efecto distorsionador, pues en ella no se precisa con exactitud el rango de la norma previa que establezca los delitos y las penas. Será necesario, como luego veremos, acudir a otros preceptos de la Constitución para determinar la clase o rango de la norma de que se trata en función de su contenido.

Por supuesto que este ámbito común del art. 25.1., referido al derecho sancionador, no puede prejuzgar sobre el rango de la norma que lo establece. Pretender lo contrario significa desconocer incluso los términos en que se establecen las garantías en el art. 25.1., por más que ello sería de consecuencias ciertamente nefastas para nuestro Ordenamiento. Sí hay, tal y como se manifestó en su día, unas *garantías materiales comunes* para el derecho sancionador; nada se establece en el meritado precepto sobre el rango de la norma en cada caso.

Con carácter general, antes de entrar en un análisis más detenido

(11) Art. 25.1: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción vigente en aquel momento".

(12) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías...* cit., p. 195. Vid. igualmente CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente*, en Estudios penales y criminológicos V. Santiago de Compostela, 1982, p. 249.

de los distintos artículos de la Constitución en los que la doctrina ha centrado la polémica sobre la regulación constitucional del principio de legalidad, conviene recordar las consecuencias y exigencias que supone la formulación contenida en el art. 1º. 1 de la Constitución al estimar que España se configura en un *Estado social y democrático de Derecho*, en orden a la necesaria asunción del principio de legalidad en materia penal, más aún si atendemos a los valores superiores de nuestro Ordenamiento, relatados en dicho artículo: libertad, igualdad y justicia.

En ocasiones se menciona el art. 9.3 de la Constitución, como garante del principio de este artículo, que en definitiva contiene principios inspiradores de nuestro Ordenamiento, de entre los que en este momento cabe destacar el de 'irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales'" y el mismo principio de legalidad, si bien entendido con carácter general y como principio comprensivo de la idea de primacía de la Ley (13).

Como ya se ha indicado, se ha dado la pretensión de encajar en el precitado art. 25.1 el principio de legalidad, incluso en su dimensión formal. Sin embargo, la fórmula *legislación vigente*, fruto de un tortuoso debate parlamentario (14), tan solo preserva el que en todo caso debe haber una norma, sin indicar rango, que previamente a la realización de la conducta establezca las consecuencias sancionatorias que aquélla comporta. Nada se establece sobre qué clase de norma ni en función de qué derechos sean los que por ella se limiten o desarrollen. Que hablemos de un conjunto de garantías constitucionales comunes al derecho sancionador (15) no prejuzga lo más mínimo sobre cuál sea el rango formal de la norma previa que establezca las conductas delictivas y las sanciones penales. Antes al contrario, precisamente por ser ésa la pretensión de los constituyentes, nada cabe deducir al respecto del art. 25.1 y aún menos que a partir de ahí, en sede de rango de las normas, quepa establecer, como algún autor ha pretendido, vinculaciones entre distintos sectores del derecho sancionador; derecho penal y derecho administrativo sancionador. Como repetidamente se ha indicado, procede acudir a otros

(13) Así COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.J.; *Derecho penal...* cit. pp. 79 y 87.

(14) Precisamente porque ya se preveían los inconvenientes de una fórmula común al derecho sancionador, comprensiva también de la dimensión formal. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J. pp. 195 y ss.

(15) Pues el art. 25.1 sólo va referido al derecho sancionador, excluyéndose supuestos de disposiciones restrictivas de índole laboral o civil. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 22 de noviembre de 1982 (B.O.E. de 29 de diciembre de 1982) y 2 de diciembre de 1982 (B.O.E. de 29 de diciembre de 1982).

preceptos constitucionales en orden a determinar el correspondiente rango normativo.

Esta necesidad, con la que se encuentra el intérprete, hace fundamentalmente criticable el art. 25.1, por más que sea loable la finalidad pretendida por el mismo. En suma, es preciso determinar si existe en nuestra Constitución una reserva de ley en materia penal, reserva que, por las razones al comienzo indiciariamente indicadas, debe ser absoluta; habiéndose producido ya cierta polémica doctrinal sobre cuál sea la clase de reserva de ley. Polémica doctrinal que seguidamente trataré de sintetizar, exponiendo mi postura personal, por otra parte manifestada ya anteriormente.

1. La polémica doctrinal en torno a la clase de reserva de Ley

Puede decirse que en la actualidad se han sustentado tres criterios doctrinales. De una parte quienes estiman que en materia penal la reserva es en todo caso de *Ley Orgánica*, a partir de lo dispuesto en el art. 81.1 (16). De otra, quienes consideran que en determinados casos cabe hablar tan solo de una reserva de *Ley Ordinaria*, en base a la interpretación que se realiza del art. 53.1 (17). Y, por último, el criterio que estima procedente incluso la vía del Decreto-Ley (18).

(16) Este criterio es mantenido por el sector doctrinal mayoritario. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal*, cit. pp. 89 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho a la vida y a la integridad personal* en Comentarios a la legislación penal cit., p. 94; RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reserva de Ley orgánica para las normas penales*, en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 299 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías*, cit. p. 197; MUÑOZ CONDE, P.: *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de H. H. Sescheck trad. por MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F. Barcelona 1981, p. 159; DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. ob. cit., p. 318; MIR PUIG, S.: *Función de la pena...* cit. p. 33.; CARBONELL MATEU, Y.C.: *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 112 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L.: *Jurisprudencia constitucional en materia penal*, I, en Cuadernos de Política Criminal, n.º. 17, 1982, p. 392. De interés, igualmente, SERRANO ALBERCA, J.M.: *Comentario al art. 25 de la Constitución*, en Comentarios a la Constitución, de F. Garrido Falla y otros. Madrid, 1980, p. 320; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*. Madrid. 1981, p. 64, sin que entremos ahora en polemizar sobre el resto de las indicaciones que el autor hace sobre el contenido de la norma penal, que en última instancia repercute en cuál es su misma esencia, que no compartimos.

(17) Así, CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad normativa...* cit., pp. 249 y ss. En esta misma línea, si bien manteniendo la peculiar tesis de que "el principio de legalidad de los delitos se establece en el artículo 25.1 de la Constitución" y de que "el principio de legalidad de las penas está implícito en el artículo 53.1'", se encuentra CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español* P.G., I, 2ª edic. Madrid 1981, p. 179. Igualmente, MADRID CONESA, F., ob. cit., pp. 47 y ss.

(18) RODRIGUEZ DEVESA, J. M^a.: *Derecho penal español*, 8ª edic. Madrid 1981,

La polémica existente se centra tanto a partir de la necesidad de que la reserva de ley sea absoluta, como en la delimitación del ámbito de los derechos y libertades afectados por la norma penal, variando en función de ello la clase de reserva de ley que procede. Evidentemente se trata de una polémica que planteamos al margen de la tesis de la posibilidad de dictar Decretos-Leyes que contengan normas penales, por cuanto la lectura de los distintos artículos de la Constitución sobre la materia excluye claramente tal posibilidad, como por otra parte ha puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina (19).

2. Examen de los argumentos en concreto

En orden al análisis de los argumentos doctrinales sostenidos por quienes se muestran partidarios de la reserva de ley orgánica o de ley ordinaria, voy a referirme a los relativos al carácter absoluto de la reserva, al ámbito de los derechos afectados, para concluir con una breve referencia de carácter político-legislativo.

2.1. Por relación a la necesidad de que la *reserva de ley sea absoluta*, se ha considerado por parte de Cobo y Vives que sólo en el caso de reserva de ley orgánica (20) se da tal posibilidad, lo que desprenden dichos autores de lo dispuesto en los arts. 82.1, 82.2, 75.2 y 150 de la Constitución, concluyendo que la reserva opera de una manera tal que se produce incluso frente a la legislación ordinaria.

Los citados autores entienden por otra parte que no cabe llegar a igual conclusión respecto a la reserva de ley ordinaria, entendiendo que "la reserva del art. 53.1 de la Constitución debe ser entendida como una reserva relativa de ley, que impide la deslegalización, esto es, la entrega de la materia a la regulación *directa* por medio del reglamento, pero que

p. 171 y *Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal*, en Revista de Derecho Público, 1982, pp. 241 y ss., en donde ofrece un panorama que no comparto de las posiciones doctrinales al efecto, con independencia de la clase de argumentaciones que aporta, que en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta en este momento.

(19) Art. 86.1 de la Constitución: "En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos - leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I,..." En el sentido del texto los autores citados en notas 16 y 17 y que analizan extensamente el problema, y además GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*. Madrid 1979, p. 23.

(20) Art. 81.1: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

admite, en cambio, la remisión normativa" (21).

Se ha estimado, por el contrario, por Casabó que el texto del art. 53.1 contiene una reserva de ley ordinaria por relación a determinadas materias, y que se trata también de una reserva absoluta (22). Entiende dicho autor que la fórmula constitucional es, en este sentido, suficientemente rotunda. Así, indica: "*Sólo por ley* manifiesta el artículo, lo que ofrece pocas dudas acerca de la voluntad de reserva absoluta. A mayor abundamiento, exige, además, que esta ley respete el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I". Y posteriormente afirma: "En consecuencia, parece que la reserva de Ley Ordinaria establecida por el art. 53.1 también debe entenderse absoluta, de acuerdo con el sentido natural de las terminantes palabras empleadas por la Constitución. Si la materia penal ha de ser regulada por leyes orgánicas y leyes ordinarias, la reserva que establece la Constitución es absoluta siempre. Sólo la ley, y únicamente ella, puede determinar las conductas delictivas incluso en aspectos marginales" (23).

De manera que, como se observa, mientras que la primera posición doctrinal implica que, desde esta perspectiva, sólo mediante Ley Orgánica pueden dictarse normas penales, la segunda comporta la posibilidad de que lo sean tanto por Ley Orgánica como por Ley Ordinaria. Desde esta segunda posición es preciso acudir a la determinación del ámbito a que se refiere el art. 81.1, para según este nuevo criterio de interpretación poder concluir en uno u otro sentido.

2.2. También en este punto existe discrepancia doctrinal. Puede decirse que ambas posiciones doctrinales se confirman en las tesis ya mantenidas, esta vez en sede de interpretación del art. 81.1. La opinión mayoritaria de la reserva de Ley Orgánica, alude reiteradamente a que la referencia a "los derechos fundamentales y de las libertades públicas" se corresponde con el conjunto de derechos y libertades regulados en la Sección 1ª (arts. 15 a 29) del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, intitulada "De los Derechos fundamentales y de las libertades", y entiende, con independencia de argumentos más particulares, que me-

(21) Ob. cit., p. 88. Sobre la necesidad de que la reserva de ley en materia penal sea absoluta se ha manifestado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 7 de mayo de 1981 (B.O.E. de 21 de mayo de 1981).

(22) Art. 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)".

(23) *La capacidad normativa*,... cit., pp. 256-257.

diante las disposiciones penales se protegen o limitan siempre algunos de esos derechos, es decir se produce un *desarrollo* normativo de los mismos, tal como se prevé en el artículo 81.1 (24).

Por su parte, los autores partidarios de la posibilidad de la reserva de Ley Ordinaria, entienden que en determinadas ocasiones la norma penal no desarrolla derechos o libertades de los comprendidos entre los arts. 14 a 29, sino que puede afectar a derechos regulados entre los arts. 30 a 38 no sujetos en su regulación a la reserva de Ley Orgánica. En la medida en que, se afirma, a partir de lo dispuesto en el art. 53.1 puede establecerse una reserva de Ley Ordinaria en relación con la regulación de dichos derechos, y teniendo en cuenta que para estos autores dicha reserva será absoluta, se concluirá por la posibilidad de establecer normas penales por Ley Ordinaria cuando por razón de los derechos afectados así sea posible (25).

De esta suerte, la discusión se diversifica en argumentos más particulares que pretenden poner de manifiesto a través de la exposición de los derechos afectados la bondad de la tesis sustentada. Argumentos más particulares a los que, a mi modo de ver, debe concedérseles ciertamente relevancia e interés, pero una significación menor o instrumental. Sólo desde una concepción global de la función misma a desempeñar por el Derecho penal puede ya apuntarse suficientemente el criterio a seguir, como posteriormente pondré de manifiesto. Volvamos, pues, ahora a los mencionados argumentos concretos.

Cobo y Vives consideran que en cualquier caso, sin necesidad de entrar en el análisis de la limitación concreta de los derechos específicos en cada norma, el derecho al honor, reconocido en el art. 18 de la Constitución, resulta obviamente afectado por cualquier delito y por cualquier pena grave. Concluyen, pues, "que del art. 81.1 de la Constitución se desprende que la totalidad de las normas incriminadoras se hallan sometidas al régimen de reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica y, por tanto, al principio de legalidad" (26).

Sin embargo, semejante criterio ha sido rebatido en el sentido de estimar que no siempre el derecho al honor se encuentra afectado por la aplicación de una norma de carácter penal, afirmándose ello desde una

(24) Sobre la argumentación de tipo general, si bien básica, vid. la doctrina citada en nota 16.

(25) Vid. Doctrina citada en nota 17.

(26) Ob. cit., pp. 91-92.

perspectiva ético-social del honor (27), aludiéndose incluso a la irrelevancia respecto al mismo de ciertas penas accesorias (28) o destacándose una dimensión un tanto subjetivada del honor. Descartada por estos autores la posibilidad de reconducir en todo caso al derecho al honor las limitaciones de las normas penales, concluyen que de darse el supuesto de derechos y libertades no comprendidos entre los artículos 14 a 29 limitados por normas penales cabrá acudir a la Ley Ordinaria. Efectivamente, citando el art. 33 (derecho a la propiedad privada), entienden que en las disposiciones penales protectoras o limitadoras exclusivamente de tal derecho (así, por ejemplo, la pena de multa) bastará con la reserva de Ley Ordinaria (29).

Esta última posibilidad ha sido rebatida por parte de la doctrina contraria entendiendo, con acierto, que en materia penal el impago de multa conlleva al arresto sustitutorio previsto en el art. 91 del Código penal, por lo que aunque sólo por esta posibilidad de afectar al derecho a la libertad, en tales casos habrá que acudir a la reserva de Ley Orgánica (30). También se ha resaltado, por parte de los partidarios de la reserva de Ley Orgánica, la dimensión fundamentalmente normativa del honor como derecho fundamental y la irrelevancia de todo argumento referido a las penas accesorias por la significación que los mismos tienen (31).

2.3. Por último, desde un punto de vista de política legislativa, se ha cuestionado la conveniencia de requerir la mayoría absoluta prevista en el art. 81.2 para la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas. Se ha estimado que ello comporta no pocas rigideces y dificultades para abordar las necesarias reformas penales, llegando a considerar algún autor que puede dar lugar a lo que califica, a mi entender impropriamente (32), de "cabildeos" para lograr dichas mayorías, al afir-

(27) En este sentido, CEREZO MIR, J.: ob. cit., p. 181.

(28) Así, CASABO RUIZ, J.R., *La capacidad normativa...* cit., p. 225.

(29) CEREZO MIR, J.; ob. cit., p. 181; CASABO RUIZ, J. R.: *La capacidad normativa...* cit. p. 256.

(30) MIR PUIG, S.: Ob. cit. p. 33; CARBONELL MATEU, J.C.: Ob. cit., p. 114. De entre los partidarios de la posibilidad de reserva de Ley Ordinaria, acepta este planteamiento MADRID CONESA, F.: Ob. cit., pp. 55-56, indicando en consecuencia que dicha posibilidad es hoy sólo teórica. Sin embargo, el mencionado autor prefiere mantener el esquema teórico diferenciador entre ambas clases de reserva de ley, ya que, afirma, "no se debe excluir la posibilidad de existencia de penas de carácter pecuniario que no impliquen responsabilidad personal subsidiaria, al igual que ha sucedido en otros países, como, por ejemplo, Italia"

(31) Así, CARBONELL MATEU, J.C., ob. cit., pp. 113-114.

(32) De interés, en torno a una significación positiva, no peyorativa, del *consenso*,

mar que es necesario acudir a “pactos” y “concesiones” recíprocas “al no existir ningún partido que tenga la mayoría absoluta” (sic) (33).

Por el contrario Rodríguez Ramos ha estimado conveniente que precisamente en materia penal se haya producido una reserva de Ley Orgánica, requiriéndose la mayoría prevista en el art. 81.2. El Derecho penal afecta profundamente a la libertad de todos, debiéndose abordar soluciones cercanas a la política de Estado; soluciones no sometidas a políticas concretas de Gobiernos minoritarios; soluciones que siendo más compartidas sean en consecuencia generales y estables. Entiende dicho autor que “en el orden material la reserva de ley orgánica en el ámbito de las leyes penales permitirá el planteamiento de una política criminal más consensuada, que evite la utilización del Derecho penal como instrumento de criminalización de la discrepancia política, social, económica o ideológica, o si no se evita radicalmente tal peligro, sí al menos se merma en gran medida” (34).

3. *Posición personal*

Una vez sintetizada la polémica doctrinal sobre la clase de reserva de ley en materia penal, es hora de exponer mi postura al respecto, que por otra parte ya he manifestado por escrito en trabajo que realicé en colaboración con Cobo, y que ya ha sido citado. Sin embargo en dicho trabajo sólo se apunta la posición mantenida por referencia al argumento sistemático principal de entender que el ámbito de los derechos a que alude el art. 81.1 es el de los comprendidos entre los arts. 14 a 29, apreciando de manera simplemente expositiva que la reserva contenida en dicha disposición constitucional sí es claramente absoluta, considerando de modo diáfano que “sería bastante pues, la consideración de que los contenidos de los distintos tipos delictivos o de las penas afectan, en cualquier caso, a los derechos fundamentales o libertades públicas, para estimar que sólo por ley orgánica cabe regular la materia jurídico-penal”.

En aquel momento no procedía, por las propias características del comentario publicado, que lo era al art. 25.1, entrar en argumentos más particulares, para lo que expresamente nos remitíamos a la doctrina existente al efecto (35).

por todos PECES-BARRA, G.: *La Constitución española de 1978*. Valencia 1981, pp. 13 y ss.

(33) RODRIGUEZ DEVESA, J. M^º: *Una versión...* cit., p. 242.

(34) RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reserva de ley...* cit., p. 305.

(35) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: Ob. cit., pp. 197-198.

3.1. Sin embargo, con posterioridad a la elaboración del mencionado trabajo es cuando la polémica doctrinal ha cobrado interés, suscitándose diversos argumentos particulares, en uno u otro sentido, ya relatados. Por ello he creído de interés volver sobre el tema entrando en el análisis, en esta ocasión más en profundidad, del problema suscitado.

Pero previamente quiero manifestar que, sin ánimo de minusvalorar los argumentos concretos, a los que luego me referiré, la tesis de la reserva de Ley Orgánica me parece, con carácter general, imprescindible asumible en el Derecho penal, precisamente por la naturaleza y función que el mismo tiene en un Estado de Derecho, como garante y protector de las distintas libertades ciudadanas, las más relevantes, y por las consecuencias que comporta la restricción de ellas. No es necesario por otra parte insistir que no pueden aceptarse las teorías que desmembran la norma penal diferenciando su contenido preceptual de su parte sancionatoria, lo que como es sabido puede repercutir en la concepción que se tenga sobre la esencia misma de las normas penales (36). Ni tampoco es necesario en este momento abundar sobre el carácter de *última ratio* del Derecho penal, la última instancia jurídica a que debe recurrirse, en función del principio de mínima intervención (37), precisamente por cuanto los derechos y libertades afectados son los más relevantes. Si alguna rama del Ordenamiento jurídico debe someterse a la reserva de ley Orgánica, cumplimentando el mandato constitucional del art. 81.1, es sin duda el Derecho penal (38). Y ello, insisto, por su propia naturaleza, por la restricción que comporta, en todo caso, de los derechos y libertades fundamentales (39). Se ha llegado a afirmar incluso que “no parece muy necesitada de justificación la tesis de que el establecimiento de delitos y la determinación de penas es parte esencial de la regulación de los derechos y libertades, en cuando que son delimitaciones

(36) Y evidentemente puede repercutir también en el tema que estamos planteando.

(37) Principios recogidos expresamente en la excelente exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980 (B.O.C. de 17 de enero de 1980), que precisamente es un Proyecto de Ley Orgánica.

Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, pp. 58 y ss.; MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal* Barcelona, 1976, pp. 124 y ss.

(38) Recuérdese la posición de FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., citado en nota 16, especialmente significativa, por cuanto se produce en un contexto ciertamente crítico en relación con las mismas leyes orgánicas.

(39) Así, vid. ARROYO ZAPATERO, L.: ob. cit.; p. 392, y RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reserva de Ley...* cit., p. 303; “... constituyendo tales preceptos penales materia claramente reservada a ley orgánica, pues pocas normas podrán terciar más rotundamente que las penales en el desarrollo de los derechos y libertades, si son las que establecen la protección y/o los límites más graves de todo el ordenamiento jurídico”.

de aquellos derechos (delitos) y limitaciones o privaciones de otros (penas)" (40).

También debe recordarse cómo Rodríguez Ramos ha considerado no sólo necesario sino conveniente, por razón de la propia materia, acudir a la Ley Orgánica atendiendo a las mayorías que requiere para su aprobación (41).

Los distintos argumentos concretos no añaden, a mi entender, nada nuevo a lo ya dicho. La resolución de los diferentes problemas particulares planteados en la polémica doctrinal, no pueden más que conducir a idéntica conclusión, como efectivamente así es. Pasemos, brevemente, al análisis de algunos de los más relevantes.

3.2. El llamado argumento del honor, debe indicarse desde un principio que no puede considerarse como el bastión definitivo o último que demuestra que la reserva es de Ley Orgánica o no. Se trata, según creo entender, de un argumento más, que podríamos calificar "de recogida", dado que lo que pretende es unificar en todo caso el criterio de vulneración de los derechos y libertades por reconducción a uno sólo de ellos, con independencia de que en cada norma penal en concreto ya se protegen o limitan derechos y libertades individualizadas diferenciables del derecho al honor (42). De manera que la existencia siempre, por la aplicación de toda disposición penal, de una vulneración del derecho al honor confirmaría otro derecho fundamental; la necesidad de Ley Orgánica. De no ser así, de no existir en todo caso una vulneración del derecho al honor, no podría concluirse que necesariamente no cabe hablar de reserva de Ley Orgánica en la medida en que existen, como he dicho, otros derechos fundamentales protegidos o limitados.

Frente a la concepción estrictamente ético-social del honor o frente a posiciones extremadamente subjetivadoras del mismo se ha reivindicado en la doctrina una concepción normativa del honor que puede conducir a la conclusión de que toda imputación de un delito afecta al honor reconocido como derecho en el art. 18.1 Así se ha reivindicado una dimensión normativa a través de una interpretación desde la legislación ordinaria, según lo dispuesto en la regulación de los delitos contra el ho-

(40) SERRANO ALBERCA, J.M.: ob. cit., p. 320.

(41) *La reserva de ley...* cit., p. 305.

(42) Este es, a mi entender, el sentido de la posición mantenida por COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal...* cit., p. 91.

nor (43). Debe llegarse a igual conclusión desde el plano meramente constitucional, con una interpretación acorde con lo dispuesto en los arts. 10, 14 y 18, y teniendo en cuenta que desde el derecho al honor pueden producirse, como derecho constitucional que es, repercusiones jurídicas concretas en las limitaciones de otros derechos, como por ejemplo de manera expresa se establece para la libertad de expresión y de cátedra en el art. 20.4 (44). Perfilado el derecho al honor en relación con la dignidad de la persona humana (art. 10) y el principio de igualdad de los españoles ante la ley, puede concluirse por una significación del mismo no estrictamente subjetivada y por supuesto, como ha puesto de manifiesto Muñoz Conde, democratizada (45).

3.3. En cuanto a la posibilidad de que el único derecho limitado por la norma sea el de propiedad (art. 33) y que por tanto no sea necesaria la reserva de Ley Orgánica, ya hemos visto cómo la existencia en nuestro Código penal (art. 91) del arresto sustitutorio por impago de multa o responsabilidad personal subsidiaria impide tal conclusión, puesto que en tales casos la disposición penal posibilita, si bien indirectamente, (46) la imposición de una auténtica sanción privativa de libertad (47). La distinta dimensión otorgada al arresto sustitutorio en el ámbito penal y en el administrativo conduce a reflexionar una vez más sobre el alcance muy particular del argumento ahora comentado, que no es más que reflejo de la naturaleza y función del Derecho penal, a que ya me he referido (48).

3.4. En la medida en que la realización de una conducta delictiva, de una conducta previamente considerada como tal en una norma penal, comporta la puesta en marcha de mecanismos jurídicos, por ejemplo de índole procesal, restrictivas de derechos o libertades fundamentales, habrá que concluir que aquella norma penal debe adquirir el rango de Ley Orgánica, como en su día expusiera Rodríguez Mourullo. Naturalmente que, a su vez, la regulación jurídica de estos instrumentos jurí-

(43) CARBONELL MATEU, J.C., Ob. cit., pp. 113-114.

(44) Véase BAJO FERNANDEZ, M.: *Protección del honor y de la intimidad* en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 123 y ss.

(45) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*. P.E. 4ª edic. Sevilla, 1982, p. 96.

(46) Lo que no sucede en la esfera administrativa por la prohibición constitucional contenida en el art. 25.3. Al respecto, puede verse COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la administración civil*, en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 229 y ss.

(47) Arresto sustitutorio que pervivía en el Proyecto de Código Penal de 1980, en relación con el sistema de días-multa, en su art. 58.

(48) Sobre el distinto alcance con anterioridad del arresto sustitutorio en ambos sectores del Ordenamiento jurídico, puede verse mi artículo *Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria*, en Cuadernos de Política criminal nº 3, 1977, pp. 29 y ss.

dicos procesales debe revestir también la forma de Ley Orgánica. Piénsese por ejemplo en la Prisión provisional que por restringir el derecho a la libertad, se encuentra sometida, sin duda alguna, a la reserva de Ley Orgánica por lo que Rodríguez Ramos ha puesto de manifiesto, con acierto, la inconstitucionalidad de la reciente Ley de 22 de abril de 1980 que modificó los arts. 503 a 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (49).

3.5. La configuración de normas penales produce efectos colaterales de índole jurídico, repercute en derechos y libertades no directamente afectados por ellas, sino como hemos visto en el apartado anterior por las consecuencias procesales que pueden comportar (50) o simplemente por la repercusión que provoca su integración en el seno del Ordenamiento como límite a derechos fundamentales no comprendidos en la norma penal pero que se ven automáticamente limitados por su simple existencia. Se producen limitaciones a otros derechos no ya sólo en su ejercicio concreto sino en su misma regulación, en la consideración abstracta de ellos. Piénsese, por ejemplo, entre los distintos derechos y libertades fundamentales, en el derecho de asociación, automáticamente limitado desde las normas penales configuradoras de delitos, y ello tanto a nivel de legislación ordinaria, art. 173-1º del Código penal (51), como a nivel constitucional, atendiendo a los límites al derecho de asociación contenidos en el art. 22.2 de la Constitución (52). Así podríamos referirnos a otros derechos, como los que a título indicativo puedan contenerse en los conductos de conspiración, proposición y provocación, referidas a la ejecución de delitos, y por tanto punibles sólo en la medida en que el objeto de la conspiración, proposición o provocación sea una conducta constitutiva de delito, la que necesariamente deberá ser objeto de regulación mediante Ley Orgánica. En la medida en que la punición de estos actos preparatorios se incrimina indiscriminadamente, cabe concluir de la manera indicada, sin mayor concreción, sin necesidad de diversificar entre las distintas normas penales, por más que se trate de una regulación cri-

(49) RODRIGUEZ RAMOS, L.: *La prisión preventiva y los derechos humanos*, en Anuario de Derechos Humanos, 2, 1983, Vid. también ARROYO ZAPATERO, L.: Ob. cit., pp. 392-399.

(50) Piénsese, por ejemplo, en sus posibles repercusiones en el art. 19, párrafo 2º de la Constitución.

(51) Art. 173. 1º del Código penal: "Son asociaciones ilícitas: 1º las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión".

(52) Art. 22.2 de la Constitución: "Las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales".

Un estudio crítico de este apartado en COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Constitucionalización de los límites penales al derecho de asociación* en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 127 y ss.

licable, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina (53).

3.6. Por último, alguna breve consideración sobre el carácter absoluto de la reserva de Ley, que si indudablemente lo es en el caso de leyes orgánicas, no parece igual en relación con las leyes ordinarias. Creo que del art. 53.1 no puede deducirse necesariamente una reserva absoluta de Ley Ordinaria, por cuanto el significado de dicha disposición constitucional no se cifra tanto en delimitar la clase y naturaleza de la reserva de ley, cuanto en requerir una reserva general de ley, como preservación o garantía de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución (54). Con independencia de valoraciones semánticas, de posible trascendencia, como el dispar significado que pueden tener los términos "ejercicio" (art. 53.1) y "desarrollo" (art. 81.1) (55), interesa destacar el distinto momento sistemático de los arts. 53 y 81, el primero entre las *garantías de las libertades y derechos fundamentales* (Capítulo Cuarto del Título I) y el Segundo en la *elaboración de las leyes* (Capítulo segundo del Título III). En el art. 53 se prevé la garantía genérica de reserva de Ley en relación con el conjunto de derechos del Título I, a especificar en el apartado correspondiente de la Constitución, atendiendo a procedimientos legislativos concretos, que comportan garantías específicas suficientes para el Derecho penal sólo en el caso de acudir al cauce de la Ley Orgánica del art. 81.1, por cuanto sólo mediante ella se evita no ya la vía del Decreto-Ley (art. 86.1), lo que en modo alguno puede cuestionarse, sino también la de la legislación delegada si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 82.1 (56). Esto último no es así en relación con las materias reservadas a Ley Ordinaria, ya que el art. 82.1 excluye únicamente del ámbito de la legislación delegada la materia objeto de Ley Orgánica, tal como dispone el art. 81.1.

La expresión *sólo por ley* del art. 53.1 es indicativa, debo insistir, del carácter de reserva general de ley, pendiente de concretar, que debe

(53) Un reciente estudio crítico sobre estos actos, por ORTS BERENGUER, E.: *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 18, 1982, p. 483. Critica la indiscriminada regulación vigente del art. 4 del Código penal. Analiza el Proyecto de Código Penal de 1980, en sus arts. 22 y 23 que tan sólo preveía como punibles estos actos "en casos especialmente previstos en la ley". Naturalmente de llegar a término esta nueva forma de entender los actos preparatorios, el argumento sostenido en el texto habría que limitarlo en relación a los supuestos legales que expresamente los prevean.

(54) Véase SERRANO ALBERCA, J. M.: Ob. cit., p. 319; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal*, cit., p. 87.

(55) Véase CARBONELL MATEU, J.C.: ob. cit., p. 113.

(56) Art. 82.1: "Las Cortes podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior".

entenderse referida exclusivamente al *contenido esencial* de los derechos del Título I, luego sólo en tal caso, posibilitando en suma remisiones a instancias no legislativas. Lo que se ratifica, por otra parte, en sede de Ley Ordinaria por lo dispuesto en el art. 82.1. Debe tenerse en cuenta que la delegación legislativa a que alude el art. 82.1 permite dictar *normas con rango de ley*, e incluso que los Decretos - leyes se entienden en el art. 86.1 como *disposiciones legislativas*, si bien provisionales. Así pues, desde el art. 53.1, y en función de la expresión *sólo por ley*, no se excluyen modalidades legislativas que no contengan reserva absoluta de ley; lo que es lógico como antes se ha visto por la función que desempeña el repetido art. 53.1. Es en los arts. 81 y siguientes donde se concretará en los términos antes indicados cuál sea la clase de ley pertinente para elaborar las de naturaleza penal.

Existe, pues, una reserva absoluta, que es de Ley Orgánica en materia penal, no siendo óbice a su funcionalidad práctica las leyes de contenido mixto (contenido propio de Ley Orgánica y contenido propio de Ley Ordinaria). Tal y como ha establecido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, el contenido propio de Ley Ordinaria en una Ley dictada como Orgánica, cabe ser reformado porque la propia Ley Orgánica establezca un mecanismo de revisión propio de Ley Ordinaria para aquella materia (57) o, en su defecto, porque así lo establezca el propio Tribunal Constitucional.

3.7. Se podría insistir en algún otro argumento concreto. Pero en cualquier caso todos ellos, como ya he indicado, no son más que consecuencias de la naturaleza misma del Derecho penal. Solución de reserva de Ley Orgánica respetada en las más recientes reformas penales, incluso en los distintos proyectos de Código Penal, el de 17 de enero de 1980 y los parciales 26 de febrero de 1982 y de 25 de febrero de 1983. Ello no quiere decir que en ocasiones no se haya respetado de manera global esta exigencia, como así sucedió con el Decreto - Ley de 26 de enero de 1979 sobre protección de seguridad ciudadana (58), o que en leyes de carácter en principio no penal se contengan normas incriminadoras no su-

(57) Así, por ejemplo, la Disposición final 2ª de la Ley Orgánica, relativa al contrabando, 7/1982, que afecta a su vertiente sancionadora de indole administrativo.

(58) Así, GIMBERNAT ORDEIG, E.: Ob. cit., p. 23. Una relación detallada de las leyes de contenido penal que se han revisto del carácter de orgánicas, y de las que no, con un análisis crítico de estas últimas, en ARROYO ZAPATERO, L.: ob. cit., pp. 392 y ss.

El requerimiento de Ley Orgánica en materia penal se ha plasmado en la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley de Contrabando.

jetas, en consecuencia, a la reserva de Ley Orgánica (59). En todos estos casos tendrá que denunciarse la contrariedad a la Constitución de semejantes disposiciones.

III. EXAMEN DE ALGUNAS CUESTIONES ESENCIALES

En esta última parte de la conferencia voy a referirme a dos cuestiones ciertamente de interés, que ya han sido objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional. Para un análisis de conjunto de las distintas características que informan al principio de legalidad y su configuración constitucional me remito al citado artículo en colaboración con Cobo en torno al art. 25.1 de la Constitución (60). Voy a referirme, pues, al principio *non bis in idem* y alcance constitucional de la *retroactividad de la ley penal más favorable al reo*.

1. Principio *non bis in idem*

En principio *non bis in idem*, que implica la imposibilidad de doble sanción por los mismos hechos, comporta importantes garantías jurisdiccionales ante la realización de conductas delictivas, imposibilitando la sanción administrativa además de la penal. Más aún, el respeto absoluto a dicho principio requiere de la paralización de la actuación administrativa en tanto no resuelva la autoridad judicial. De lo contrario, la posibilidad de actuación previa en vía administrativa sobre hechos que pueden dar lugar a una sanción penal, contraría al principio *non bis in idem* en la medida en que detrae de la *garantía jurisdiccional* conductas que por su naturaleza son de exclusiva competencia del Poder judicial. De ahí que en la doctrina se haya sometido a duras críticas lo dispuesto en el art. 688 del Proyecto de Código Penal de 1980, del que se concluye la posibilidad de esta última vulneración al *non bis in idem* (61).

Garantías propias del *non bis in idem*, que no son otras que las que proceden del mismo principio de legalidad, sin que sea éste el momento de abundar en ello. Sin embargo uno de los defectos de la fórmula cons-

(59) Por ejemplo, el art. 10 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre. "Por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas enseñadas", que es de contenido penal, ampliando el contenido de lo previsto en los arts. 123 y concordantes del Código penal y 316 del Código de Justicia Militar. Sobre este tema, críticamente, CALDERON SUSIN, E: *El artículo 10º de la Ley 39/1981*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 17, 1982, pp. 361 y ss.

(60) *Garantías constitucionales...* cit., pp. 191 y ss. Una explicación general de los dos problemas tratados a continuación en el texto puede verse en el citado trabajo.

(61) Vid. CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad sancionadora* cit., pp. 271 y ss.

titucional configuradora del principio de legalidad es el no recoger con claridad el *non bis in idem*, pese a que la intención de los constituyentes sí fue el recogerlo. Basta leer con detenimiento los debates parlamentarios al efecto, para observar cómo en el texto del Anteproyecto de Constitución sí se recogía la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos, si bien se pretendía incluir entre los principios que la Constitución garantiza en el actual art. 9.3. Ya en el Congreso se pensó incluir el citado principio en el actual art. 25.1 (entonces art. 24), extrayéndolo del ámbito del art. 9.3. No obstante, posteriormente no se recogería de manera expresa al abordar la disposición del actual art. 25.1.

Como en otro momento ya indicamos (62), que el art. 25.1 no recoge de manera expresa el *non bis in idem* no quiere decir que no se pueda deducir de su propio contenido, de las mismas garantías que dicho artículo contiene, ya que quedarían en algún caso vacías de contenido, quedarían contradichas, de no aceptar el meritado principio. Puede entenderse, en suma, que del propio art. 25.1 se detrae que el principio *non bis in idem* se encuentra constitucionalizado. Este es el criterio que, con acierto, sustenta el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de Enero de 1981, cuando tras manifestar que “el principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.—, que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”. Posteriormente afirma: “... como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia” (63).

(62) *Garantías constitucionales...* cit., pp. 213-14.

(63) Un comentario a esta Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 (B.O.E. de 24 de febrero de 1981), ha sido realizado por GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid. 1981, pp. 245 a 248.

2. Retroactividad de la ley penal más favorable

La segunda cuestión que quedaría plantear es la de la *retroactividad de la ley penal más favorable*, su constitucionalidad, es más, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de amparo ante la denegación de dicha retroactividad. Supuesto resuelto ya, de manera negativa por el Tribunal Constitucional.

Es sabido que el art. 25.1 recoge primordialmente, de manera clara e incluso redundante, la irretroactividad de las disposiciones legales de carácter sancionador. La irretroactividad de la ley penal se plasma, pues, a nivel constitucional en dicho artículo. Como consecuencia lógica y en íntima conexión con lo establecido en el art. 9.3, en donde se garantiza, entre otros, “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Principio que se regula en el art. 23 del Código penal, si bien en su art. 24 se prevé la posibilidad de retroactividad, cuando la ley penal es más favorable (64). Ante el planteamiento, ya antiguo, que cuestionaba la constitucionalidad del actual art. 24 del Código penal, hoy ello no se plantea a partir de lo dispuesto en el art. 9.3 y mediante una interpretación a contrario del mismo. Es más, sin necesidad de entrar a fondo en este momento en el tema suscitado que ya abordamos en un trabajo anterior (65), ni de traer a colación las diversas tesis sobre el fundamento de esta clase de retroactividad, es lo cierto que no cabe hablar de la retroactividad de la ley penal más favorable como *excepción sustancial* al principio general de irretroactividad. En el debate parlamentario llegó a plantearse la regulación de la irretroactividad en el art. 25.1 incluso como superfluo, dada la regulación general sobre el tema contenida en el art. 9.3. En realidad el art. 25.1 contiene una concreción, referida al derecho sancionador, de lo dispuesto en el art. 9.3.

Si la constitucionalidad de la retroactividad de las leyes penales favorables no suscita problemas, no sucede lo mismo con la posibilidad de acogerse al recurso de amparo a partir de la vulneración de esta suerte de retroactividad. Es más, el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 30 de marzo y 7 de mayo de 1981 (66) ha estimado que no cabe

(64) Art. 25 del Código penal: “Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena”.

(65) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...* cit., pp. 204-5.

(66) B.O.E. de 14 de abril y 21 de mayo de 1981. En dichas resoluciones se declara

interponer en estos casos el recurso de amparo en la medida en que el derecho violado procedería de lo dispuesto en el art. 9.3 y no del art. 25.1 (67). Así, en la primera de dichas sentencias se establece: "Sin embargo, ni el artículo 9.3 —cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador ni, por supuesto, al artículo 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma". Posteriormente la mencionada sentencia declara:

"En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Pero del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable que la anteriormente vigente". Idéntica doctrina se recoge en la segunda de las sentencias antes invocadas.

Considero, no obstante, que sí puede argumentarse la posibilidad de acudir al recurso de amparo en tal caso. Sintomática es la mención antes realizada sobre el debate parlamentario, en el que llegó incluso a suscitarse la superfluidad de recoger el principio general de irretroactividad en el art. 25.1. Podría realizarse una interpretación integradora de lo dispuesto en el art. 9.3 en relación con el art. 25.1, más aún teniendo en cuenta que la conformidad a la Constitución de las leyes que admiten la retroactividad de leyes penales favorables procede de una interpretación a contrario del art. 9.3. Interpretación que, en otro orden de cosas, pudiera relacionarse con la que el propio Tribunal Constitucional llevó a cabo en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 (68) relacionando el art. 6, relativo a los partidos políticos, con el art. 22, en el que se reconoce el derecho de asociación, admitiendo un recurso de amparo contra las

claramente la constitucionalidad de las leyes que admiten la retroactividad de la ley mas favorable, a partir de lo dispuesto en el art. 9.3.

(67) El objeto del recurso de amparo lo integran los derechos reconocidos de los arts. 14 a 29 y art. 30. Vid. art. 53.2 de la Constitución y art. 41.1 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(68) B.O.E. de 24 de febrero de 1981.

decisiones del Ministerio del Interior negando la inscripción de determinado partido político.

La interpretación propuesta concuerda perfectamente, como ya se expuso en otro momento (69), con el sentido mismo del principio de irretroactividad en esta materia "como garantía de libertad, pues no en vano el art. 25.1º, se encuentra sistemáticamente enclavado en la Constitución entre los derechos fundamentales y libertades públicas".

El que lógicamente, como consecuencia de lo afirmado, la formulación de dicha disposición sea de manera negativa, "nadie puede ser condenado o sancionado", evidencia a mi entender la posibilidad de considerar la retroactividad de la Ley penal más favorable como integrante de esa misma garantía de libertad. La fundamentación garantista que informa a la irretroactividad se mantiene cuando se trata de otorgar retroactividad a una ley penal más favorable, por cuanto en este caso pervive el derecho a no ser condenado si no existe una ley previa que así lo establezca. Es más, con carácter previo habrá que contar siempre con la propia ley penal, de reconocida constitucionalidad, que directamente establece la posibilidad de aplicación retroactiva de una ley más favorable.

El el fondo late siempre unidad de fundamentación entre el principio de irretroactividad y la retroactividad de la ley penal más favorable, a la que desde esta perspectiva no habría que calificar como excepción al principio general. En este sentido, considero acertada la posición de Octavio de Toledo y Ubieto cuando afirma: "no es tal excepción, sino lógica derivación del correcto entendimiento del principio de legalidad y del alcance de la prohibición que implica" (70).

El Tribunal Constitucional disocia, pues, la conformidad a la Constitución de la retroactividad de la ley penal más favorable (vía art. 9.3) de su cobertura mediante el recurso de amparo a tenor de lo establecido en el art. 25.1. Lo que no excluye toda posibilidad de recurso de amparo, al hilo de la jurisprudencia constitucional, sino que la propia sentencia de 30 de marzo de 1981 alude a la posibilidad de acudir en amparo en algún caso, "merced a una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.1 de la Constitución" (71).

(69) *Garantías constitucionales...* cit., p. 205.

(70) Ob. cit., p. 325.

(71) Art. 17.1: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley".

ARBITRIO JUDICIAL Y CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR*

EDUARDO CALDERON SUSIN

Profesor del Departamento de Derecho penal

SUMARIO: 1. El arbitrio judicial como "ratio essendi" de la existencia de las circunstancias y paradigma de su función. 2. Sistemas seguidos para la regulación de las circunstancias. 3. Sistema adoptado por el Código de Justicia Militar español. 3.1. Esquema general. 3.2. La integralidad del Código castrense. 3.3. Análisis del artículo 192. 3.4. Análisis del artículo 193. 3.5. Defensa del sistema establecido en los artículos 192 y 193. 3.6. Algunos otros problemas relativos a la determinación de la pena.

El legislador al acuñar los diversos preceptos penales culmina un proceso de abstracción estableciendo para cada tipo de delito una responsabilidad normal o básica, de modo que tras esa primera individualización legal, el Juez, al encontrarse con el caso concreto, si estima que en este concurren todos los elementos que integran el delito, lleva a cabo la auténtica individualización en el sentido de pronunciar la existencia de responsabilidad penal.

Si la pena aparejada por el legislador al injusto consiste en una magnitud invariable, ya habrá terminado el proceso de concreción del juzgador; si por el contrario, y como frecuentemente ocurre, la pena abstractamente prevista en la ley oscila entre unos límites, es cuando entran en juego las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; de cómo operan estas según nuestro vigente Código de Justicia Militar es precisamente el objeto de las páginas que siguen, en las que, tras explicar el origen y razón de ser de las circunstancias y los sistemas que en

* El presente trabajo ha sido redactado como colaboración al homenaje que la Revista Española de Derecho Militar prepara a Don José María Rodríguez Devesa.

el derecho militar comparado se siguen esta materia, abordaré, como núcleo de la exposición, una aproximación al estudio de la actual regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

1. *EL ARBITRIO JUDICIAL COMO "RATIO ESSENDI" DE LA EXISTENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS Y PARADIGMA DE SU FUNCION*

Si bien el origen del derecho penal se pierde en la oscuridad de la historia como en frase literaria se ha dicho (1), la consistencia de las circunstancias modificativas ha supuesto el avanzar a posteriores estadios.

Ha sido señalado por Mommsen que "el arbitrio judicial, como facultad concedida a los jueces para elegir entre varias formas de penalidad o de entre distintas prescripciones penales, era una cosa de tal modo inherente al sistema de coerción, como contradictoria era al Derecho penal primitivo, en el que no se conocían penas alternativas ni subsidiarias, careciéndose, por completo, de medida de tiempo ni pecuniaria, a no ser el traducir a cifras el valor de la cosa", añadiendo el insigne romanista que en las Doce Tablas, el derecho penal privado excluía el arbitrio judicial, mientras que en el público, lo único que se podría hacer era o absolver o condenar a pena capital (2).

Va a ser en una etapa de ulterior desarrollo del derecho penal que el papel de las circunstancias modificativas surja, si bien tímidamente.

Contraídos a Roma (3), es indudable que llega un momento de reconocimiento, y aún sistematización, de las modificativas: reiterado ha sido el pasaje del Digesto del que se sintetizan las siete consideraciones (causas, persona, lugar, tiempo, calidad, cantidad y hecho) que deben tenerse en cuenta para imponer una pena más o menos grave.

Los propios historiadores, sin embargo, no se han cansado de repetir que el arbitrio judicial fue adquiriendo progresivamente mayor do-

(1) MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal", traducción de Cordoba Roda, Ariel, Barcelona 1962, vol. I, pág. 46.

(2) Ver MOMMSEN, Teodoro, "El Derecho penal romano", traducción de P. Dorado Montero, editado por "La España Moderna", Madrid s/a, págs. 479 y ss.

(3) Esquemáticamente, ver RODRIGUEZ DEVESA, José María "Derecho Penal Español. Parte General", Madrid 1981, pág. 658.

minio, hasta tal punto que en la práctica se echó por tierra el orden jurídico. Mas que de arbitrio, había que hablar, en expresión gráfica, de arbitrariedad, aunque los textos legales siguieran estableciendo las pautas con las que operar (4).

Arbitrariedad, pues, como tónica general de la actuación de los jueces, en mayor o menor grado, según momentos y lugares, pero arbitrariedad en suma, porque además de no sentirse el juzgador vinculado por unos criterios legales, las enumeraciones que de las atenuantes y agravantes se hacen, en leyes o por los jurisconsultos, eran "vagas, abiertas y propicias a la interpretación extensiva" como de forma rotunda, mantiene Tomás y Valiente (5).

Es contra el sistema social y político que, en el siglo XVIII, se reacciona esencial y activamente, primero con una base ideológica substancial y consistente, después con realizaciones en la práctica: las distintas revoluciones, las coloniales y la francesa, van a servir de catapulta a las ideas que las posibilitan y, en cuanto al derecho penal, se ponen las bases de cual va a ser el del futuro, un derecho humanitario e individualista (basado en las ideas liberales) a partir del que va a llegarse, con las aportaciones científicas, al vigente en los países más o menos impregnados de una cultura e ideología común.

Dicho momento, el siglo XVIII y principios del XIX, es, en consecuencia, transcendente para perfilar la significación, función y, por tanto, la esencia de las circunstancias modificativas.

En 1766 afirmaba Voltaire: "por cualquier parte que extendamos nuestra vista vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre, la arbitrariedad", con lo que cerraba su comentario al libro "De los delitos y las penas" de Beccaria (6). Es en este último dónde, espigando el texto en ocasiones oscuro y farragoso de su obra, encontramos explicado el recelo contra los magistrados, la estricta sujeción a la ley que en su labor deben observar, el que ninguna interpretación de las leyes penales "pueda residir en los jueces penales" (7). Pero no he hallado, a pesar de las explicables extremosidades contenidas en su obra, ningún pasaje

(4) Por ejemplo, en las Partidas, la 7ª, título XXXI, ley 8ª.

(5) En "El Derecho penal de la monarquía absoluta", Tecnos, Madrid 1968, pág. 351.

(6) Pág. 160 del opúsculo que se cita en la nota siguiente.

(7) Ver BECCARIA, Cesare de, "De los delitos y de las penas", traducción de Juan Antonio del Val, número 133 de la colección "El libro de Bolsillo" de Alianza editorial, Madrid 1968, especialmente en los capítulos 3, 4, 6, 7 y 43.

en que se manifieste partidario de la pena de magnitud invariable como medio de cortar al juzgador toda posibilidad de arbitrio, palabra, eso sí, de la que sus contemporáneos de parigual ideología huían por haberla asimilado al término arbitrariedad (8).

Es el primer Código revolucionario francés, el de 1791, que, en el punto que ahora nos interesa, el del arbitrio judicial en orden a la individualización penal dentro de la prefijada por la ley, recoge al máximo esta idea de recelo hacia el juzgador convirtiéndole, al establecer tan sólo penas absolutamente indivisibles, en un mero autómatas al que, habiendo establecido las premisas de la culpabilidad, la solución o consecuencia le venía dada de modo invariable, sin posibilidad de entrar en ninguna otra consideración que establecer una determinada conducta y subsumirla en el correspondiente delito establecido en la ley. Sobre la cantidad de pena era jurídicamente imposible que el Tribunal hiciera elección alguna.

La reacción contra tan extrema postura, abonada científicamente por la idea de que la pena debía ser proporcionada únicamente al mal cometido (9), fue fulminante y las voces que se alzaron contra el sistema del mencionado texto penal francés fueron unánimes, sirviendo de una parte para corregir en las realidades legislativas aquella extrema postura, mediante la introducción de penas fijadas legalmente entre un máximo y un mínimo, y, de otra, para establecer el significado y la función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En efecto, el Código napoleónico de 1810 abandona aquella rígida previsión legal de la pena; máxime cuando la privativa de libertad, que, a partir de aquellas calendas, y por influjo de las ideas ilustradas, va a convertirse en el eje de los sistemas punitivos, es lógica y perfectamente divisible.

En España, el C.P. de 1822, también estableció el mecanismo idóneo para el ejercicio del arbitrio judicial, catalogando en los artículos 106 y 107 una serie de circunstancias que "agraven o disminuyan el delito" respectivamente, a la par que señalaba, con anterioridad, que "en

(8) No obstante, tanto Beccaria como Lardizábal hacen más bien referencia a problemas interpretativos que de arbitrio judicial concedido por la Ley.

(9) BECCARIA, ob. cit., capítulo 6. Aunque la idea parece fundamental, en el sentido de que la ley en su proceso de abstracción debe así fijar la pena, desde el momento en que se pretenda excluir la individualización judicial se llegan a consecuencias absurdas e injustas.

los casos en que la ley imponga al delito pena corporal o no corporal o pecuniaria de tiempo o cantidad indeterminada, y fijando solamente el minimun y maximun, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado"; añadiendo que "en cada uno de estos delitos habrá tres grados" (10).

Ya a partir del C.P. de 1848, nuestro ordenamiento jurídico fijaba el complejo sistema dosimétrico que ha llegado, con ligeros retoques, hasta nuestros días (11).

Doctrinalmente, pasa a ser mayoritaria la posición, de que el arbitrio judicial, sin conculcar la seguridad jurídica que implica el principio de legalidad, es totalmente necesario a fin de lograr una auténtica individualización penal, de modo que los jueces, dentro de los límites que la ley establece, imponen la pena que estiman justa atendiendo a los criterios que el propio texto legal prescribe y que no son otros que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (12).

Viene ello impuesto por razones de justicia y de equidad, y es hasta tal punto cierto: a) que en los Códigos penales van desapareciendo esas penas "fijas y determinadas" a las que hacía mención nuestro legislador de 1822, y de las que aún quedan se puede afirmar que son puramente residuales (13); b) que es corriente la crítica de aquellas leyes que prevén la pena de muerte como única; y c) que, concebida la pena de multa en nuestro C.P. como jurídicamente indivisible (14), se postuló se diera entrada en nuestro Derecho al sistema de los días- multa (15), una de cuyas ventajas estriba en poder graduar el número de días teniendo en cuenta las circunstancias modificativas, mientras que el importe de la multa se

(10) El resabio, por lo reciente, de la rígida y extrema postura de los revolucionarios franceses en 1791, es ostensible en nuestro legislador de 1822 ya que, más adelante, prescribió: "Cuando la ley imponga pena fija y determinada, será esta la que se aplique irremisiblemente, sin necesidad de distinguir el grado delito".

(11) En el proyecto de ley Orgánica de Código Penal de 1980 (en adelante P.L.O.C.P.) se pretendía simplificar el sistema, aunque la idea de la que se parte es la misma.

(12) Sobre este aspecto doctrinal, en España, es imprescindible por lo completo, a la vez que sintético, y la selección de citas, ver ORTS BERENGUER, Enrique, "Atenuante de análoga significación", Universidad de Valencia, 1978, págs. 26 y ss.

(13) En nuestro C.P. sólo figuran las reprobaciones, totalmente periclitadas y en tren de desaparecer (no figuran en el P.L.O.C.P.), la pérdida de la nacionalidad española (aplicable solo a los naturalizados, reos del delito de traición) y el comiso.

(14) Ver RODRIGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 866.

(15) Y así lo hacía el P.L.O.C.P.

haga conforme a la capacidad económica del culpable (16).

Trasladados al derecho penal militar español vigente, no cabe ninguna duda que esta explicada función general de las circunstancias modificativas como criterios moduladores del arbitrio judicial es de él predicable, si bien resalta, como especialidad respecto del derecho penal común, el amplio arbitrio que la Ley otorga a los Tribunales castrenses, tal y como será detallado más adelante. Valga ahora resaltar que la explicación a este hecho es, a mi juicio, únicamente histórica.

2. SISTEMAS SEGUIDOS PARA SU REGULACION

Sobre la base expuesta, de otorgar arbitrio judicial en atención a las circunstancias, los distintos ordenamientos jurídicos siguen diversos sistemas en cuanto a la apreciación de las mismas.

Antón Oneca señala que fundamentalmente son dos: el de dejarlas a la estimación del Juez o determinarlas en la Ley, indicando que si el primero "se funda en la imposibilidad de prever en la norma jurídica todos los matices de la vida, la fijación en la Ley tiene por finalidad la garantía del individuo frente a posibles abusos de los encargados de administrar justicia, y procurar la igualdad en las resoluciones judiciales" (17).

Con más detalle Del Rosal, aludiendo a las distintas orientaciones de los Códigos, hace la siguiente clasificación de estos: a) los que otorgan a los tribunales una facultad completamente discrecional; b) los que siguen el sistema de las llamadas atenuantes genéricas; c) los que contienen una enumeración cerrada o abierta de las circunstancias dando reglas para su aplicación; y d) los códigos más recientes, como grupo residual (18).

(16) De ahí que el actual artículo 63, al operar sólo la multa de cantidad predeterminada, aunque entre unos límites, relegue a un segundo plano la concurrencia de circunstancias modificativas.

(17) ANTON ONECA, José, "Derecho Penal. Parte General", Madrid 1949, págs. 323 y 324.

(18) Ver DEL ROSAL, Juan, "Tratado de Derecho Penal Español. Parte General", Darro, Madrid 1972, Volumen II, págs. 491 y ss. Un resumen de la exposición de DEL ROSAL en el "Compendio" preparado por RODRIGUEZ RAMOS, editorial Darro, Madrid 1974.

Respecto de los ordenamientos punitivos militares puede perfectamente adoptarse este esquema más explicativo, ya que, como más adelante expondré y es notorio, el derecho penal castrense tiende mayoritariamente a concebirse como especial respecto del común, siendo gran parte de los Códigos o Leyes complementarios de los ordinarios, por no citar la importante corriente del "Código único", comprensivo de toda la materia penal (19); por ello las regulaciones de los textos comunes son aplicables, en principio, en la esfera militar, salvo que en esta se disponga otra cosa.

Cabría, pues, distinguir de entre las leyes militares en relación con el arbitrio judicial y las circunstancias:

a) Las que silencian su regulación, depositando en los tribunales la facultad discrecional de imponer la pena dentro de determinados límites; en los países de cultura jurídica continental europea es el sistema más infrecuente, citándose como ejemplo el holandés.

Es quizás el más extendido en la cultura anglosajona, en cuyo contexto una vez formulado positivamente el juicio de culpabilidad suele moverse el juzgador con gran libertad en la fijación de la pena dentro de los límites preestablecidos. La Ley Penal militar israelí (de 1955) puede ser adscrita a este sistema.

b) Las que siguen el sistema de las llamadas "circunstancias genéricas", a cuyo tenor es suficiente que los jueces decidan sobre la existencia o no de ellas, sin necesidad de precisar cual o cuales sean. En este grupo subdistinguiría otros dos: uno puro, en el sentido de que es esta la regla única, vrg. Bélgica (20); y otro que, a su vez, admite una categoría de circunstancias calificadas, que, por suponer la ampliación del arbitrio judicial, deben de modo expreso ser mencionadas por el juez, estando limitativamente previstas por el legislador. Es el sistema francés (21), y

(19) Ver más adelante apartado 3.2.

(20) El Código penal militar belga de 1870, el más breve de los que conozco con sus 62 artículos, constituyó un modelo de complementariedad de la ley punitiva castrense, disponiendo su ordinal 58 que "las disposiciones del libro 1º del Código penal ordinario, no derogadas por la presente ley, se aplicarán a las infracciones cometidas por militares". Puede verse en BACARDI, Alejandro de, "Nuevo Colón", 3ª edición, tomo III, Barcelona 1878. Este Código Penal de 1870 continúa vigente, aunque está en marcha su sustitución. El anteproyecto que he manejado sigue, en los puntos aludidos, igual postura.

(21) El C.J.M. francés de 1965 se remite al C.P. común donde se distinguen entre excusas y circunstancias atenuantes; las primeras, expresamente previstas y enumeradas por

por absoluto mimetismo, el de Marruecos y Argelia. Lo recuerda, en parte, el Código de Justicia Militar Mejicano de 1933, sobre el que volveré.

c) Gran parte de los códigos contienen una enumeración cerrada o abierta de las circunstancias, a la par que se dan reglas para la apreciación concreta de las mismas por el juzgador. Normalmente, el sistema se completa previendo también circunstancias en la parte especial, que constituyen unas modulaciones específicas respecto de determinados delitos.

Las diferencias, no obstante, dentro de este gran grupo son múltiples, dando lugar a unas reglas más o menos flexibles, e incluso muy rígidas como las de nuestro C.P. (22), en contra de lo que ocurre, con el C.J.M., de modo que la tendencia general la constituye más bien la de este último que la de aquél.

En efecto, son numerosos los Códigos militares que, tras enumerar una serie de circunstancias, indican que deben tenerse en cuenta por el juzgador para elegir la pena concreta, pero sin dividir esta en grados. Ocurre ello en Argentina (23) Colombia (24), Perú, Portugal y Uruguay. Se suele excepcionalmente permitir que el juez baje de grado la pena, o, con más restricción todavía, el que la suba, bien con una fórmula flexible (25), bien por la concurrencia de unas determinadas circunstancias (26).

Otros textos legales, establecen la posibilidad o la obligación de salirse del grado de pena. Tal se da, por citarlos cronológicamente, en Suiza, Italia y Cuba (27).

el legislador, permiten apreciar una pena menos rigurosa (provocation, minorité, credulité de l'agent); las segundas autorizan al juez, según el artículo 463, a atenuar la pena, no definiendo la ley cuales sean, de modo que la apreciación es discrecional del juzgador. "Basta al juez constatar que existen circunstancias atenuantes o que procede hacer al inculcado una aplicación moderada de la ley". Ver MERLE/VITU, "Traité de droit criminel", éditions Cujas, Paris 1973. La reciente reforma del C.J.M. mediante la Ley 82-621 de 21 de julio de 1982 en nada afecta a la materia estrictamente penal; supone la adaptación orgánica y procedimental consiguiente a la supresión de la Jurisdicción Militar en tiempo de paz o territorio francés.

(22) Y lo sigue siendo el P.L.O.C.P.

(23) C.J.M. de 1951, en la regulación de esta materia es el que más recuerda al vigente C.J.M. español.

(24) Código de Justicia Penal Militar de 1958.

(25) Caso de Perú y Portugal: C.J.M. de 1950 y C.J.M. de 1977 respectivamente.

(26) Como ocurre en el Código Penal Militar uruguayo de 1943.

(27) Código penal militar suizo de 1943, el italiano de paz de 1941 y Ley penal militar cubana de 1966.

Pocos, por fin, escinden la abstracta pena prevista por el legislador en grados. Es el caso de Venezuela (28).

d) En último grupo debe aludirse a los sistemas que establecen, más que unas tasadas circunstancias, unos criterios generales y amplios a los que deba sujetarse el juzgador. Recuerdan el sistema francés, pero no se trata exactamente de la misma preceptuación; me estoy refiriendo a regulaciones como la del Código Penal alemán, cuyo párrafo 47 irradian al campo militar (29).

El C.J.M. mejicano de 1933 recuerda en parte al ordenamiento germano, aunque la influencia del francés parece manifiesta.

Dejar constancia, y acabo con ello esta rápida panorámica, de un ordenamiento como el ruso (30), en dónde, para determinados delitos, la concurrencia de circunstancias atenuantes ocasiona "la aplicación de los preceptos de la ordenanza disciplinaria del Ejército de la U.R.S.S."

3. SISTEMA ADOPTADO POR EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Nuestro C.J.M. vigente, en punto a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a su valoración por los Tribunales, se aparta sensiblemente del sistema, establecido como común, en el C.P.

3.1. *Esquema general*

De las circunstancias y arbitrio judicial se ocupa el C.J.M. en el Tratado 2º nominado "Leyes Penales" (31), y dentro de él en el título II: "De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal".

(28) Regulación esta, la de Venezuela (C.J.M. de 1938), que recuerda en gran manera a la adoptada en el P.L.O.C.P. al dividir en dos mitades la pena señalada a la Ley.

(29) Pues el artículo 3º de la Ley penal militar prescribe que "el derecho penal común se aplicará siempre que esta ley no determine otra cosa", y las especialidades castrenses las circunscribe más adelante, además de a la obediencia y al miedo, a embriaguez y a las derivadas del diferente repertorio de penas. Me refiero a la Ley de 1957, e imagino que la de 1974 es similar.

(30) Ley sobre responsabilidad penal por delitos militares de 1958.

(31) Recordar que en su afán omnicompreensivo el legislador de 1945, siguiendo la línea marcada por el C.J.M. de 1890, incluye en un texto legal único el doctrinalmente llamado derecho penal material y el formal (orgánico y procesal), amén de otras diversas y residuales materias (civiles y administrativas, y entre estas, las disciplinarias).

Pero no es, a pesar de los términos que lo encabezan, todo el título el que a estas circunstancias se contrae, sino exclusivamente los capítulos 2° a 7°, ambos inclusive, desde los artículos 186 a 193, excepción hecha del 191 que se refiere a eximentes.

La imprecisión técnica y terminológica de nuestros textos punitivos castrenses se manifiesta aquí una vez más: si el C.P. llama a las eximentes circunstancias, lo cual es ya inexacto (32), el C.J.M. añade otro absurdo, al englobarlas como modificativas; y lo hace a plena consciencia o, por lo menos, reiteradamente, pues en la exposición de motivos alude también a "las circunstancias modificativas eximentes". Si es cierto que las eximentes no pueden ser nunca circunstancias, pues afectan a la esencia del delito, de tal suerte que su concurrencia, al suprimir un elemento necesario, lo anula, tampoco es sostenible que modifiquen la responsabilidad criminal, ya que esta no nace. No obstante carece la imprecisión, al igual que en el C.P., de trascendencia, porque, además de ser absoluta y prioritariamente explicativo el calificativo de eximentes, el artículo 191 del C.J.M. obliga a la apreciación de las "causas" de exención señaladas en esta Ley.

De otra parte, tampoco son verdaderas circunstancias modificativas "los casos especiales de agravación en delitos comunes" del discutido, no solo en cuanto a su existencia sino en torno a su significación, artículo 194 del C.J.M., que constituye el último capítulo del título en cuestión, y cuyo estudio excede con mucho los límites de este trabajo.

Son pues, dentro de este título II del Tratado Segundo, los capítulos II a VI, y parte del VII (excluyendo el artículo 191), los que se ocupan de las circunstancias y que, siguiendo los términos de la propia ley en las rúbricas, hacen referencia a los siguientes aspectos:

- Capítulo II: "De las circunstancias atenuantes" (artículo 186).
- Capítulo III: "De las circunstancias agravantes" (artículo 187).
- Capítulo IV: "De las circunstancias que atenuan o agravan la responsabilidad, según los casos" (artículos 188).

(32) Resulta curioso que muchos autores silencian todo comentario sobre esta imprecisión; se ocupa de ella de modo fulminante, como es en él característico, ANTON ONECA, ob. cit. pág. 323.

— Capítulo V: “De las circunstancias atenuantes calificadas” (artículo 189).

— Capítulo VI: “De las circunstancias agravantes calificadas” (artículo 190). (33).

— Capítulo VII: “De la apreciación de las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad” (artículos 191 a 193).

Se bosqueja, en estos preceptos, un sistema que poco tiene que ver con el construido en el C.P., pues aunque se enumeren (artículos 186 a 190) unas circunstancias atenuantes y agravantes, en “*numerus apertus*” aquellas y de modo cerrado estas, los artículos 192 y 193 determinan la vigencia de un amplio arbitrio judicial, de una gran flexibilidad en la fijación de la pena concreta, ya que, aunque estén perfectamente tasadas en el artículo 193, en relación con los antecedentes 189 y 190, las posibilidades de que los Jueces y Tribunales Militares suban o bajen el grado de la pena (es potestativo), se goza de libertad dentro de la propia pena que, en la más frecuente cual es la privativa de libertad, está prevista con unos márgenes muy amplios y sin división interna alguna en grados; las atenuantes y agravantes no se valoran al modo del artículo 61 del C. P., sino que, junto a ellas, la segunda parte del artículo 192 establece unos criterios que pueden operar conjuntamente a la hora de individualizar la sanción el juzgador.

Ello permite afirmar, también en lo referente a circunstancias modificativas y al arbitrio judicial, la especialidad del derecho penal militar respecto del común, el contenido en el C.P.

3.2. La integralidad del Código Castrense respecto del Común. Remodelaciones y particularismos

He predicado la especialidad de nuestro derecho penal militar, y no en un sentido puramente topográfico (34), sino en el de que por la pro-

(33) La reciente reforma del C.J.M. mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, ha dejado este artículo con una sola circunstancia, pero lo apresurado de su confección, ha hecho que se olvidaran, en la revisión de estilo, de poner en singular el epígrafe del capítulo, a pesar de que otros sí han sido cambiados (ver artículo quinto de la Ley). Estas prisas, siempre peligrosas en toda tarea legislativa, pueden traer unos difíciles problemas de interpretación, pues resulta que el artículo sexto suprime el artículo 190 del C.J.M., que en el artículo primero es modificado.

(34) Por hallarse extramuros del C.P. Ver RODRIGUEZ DEVESA, P. general cit., pág. 33.

pia naturaleza de los bienes jurídicos protegidos en la ley marcial, esta adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo fiel a los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el C.P. y de los que el legislador castrense sólo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifican su existencia, lo exige o resulta conveniente por alguna razón (35).

Así, el amplio arbitrio judicial mencionado constituye una especialidad indudable sobre cuyos fundamentos trataré de terciar, pero antes, y por lo que estimo de conexión con el término especialidad, debo dedicar unas líneas al concepto de complementariedad de las leyes penales militares, como expresivo de que estas sólo deben contener, además de los concretos tipos delictivos castrenses, las reglas que se separan de la regulación del derecho penal común. Esta idea de complementariedad es secuela necesaria de la especialidad (36).

Contrario al de complementariedad es el concepto de integralidad (37), que no significa otra cosa sino que el legislador militar regula toda la parte general del derecho penal de modo paralelo al C.P. y con total independencia, teniendo en cuenta al ordenamiento común como pauta o indicación a lo sumo.

(35) Sobre la especialidad del Derecho Penal Militar, y abandonada ya idea de substantividad y de autonomía tan querida en nuestro país desde que en 1913 SALCEDO RUIZ pronunciara su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, puede verse: RODRIGUEZ DEVESA, José María, "Derecho penal militar y Derecho penal común", en Primeras Jornadas de Derecho Penal y Derecho de la Guerra, Valladolid 1961; NUÑEZ BARBERO, R., el mismo título del anterior, en A.D.F. y C.P., Madrid 1971, págs. 713 y ss; COLOMBO, Carlos J., "Substantividad del Derecho penal militar", en R.E.D.M., núm. 17, pág. 9, Madrid 1964. La doctrina italiana se ha ocupado del tema ampliamente; ver, por todos, VENDITTI, Rodolfo, "Il diritto penale militare nel sistema penale italiano", 4ª ed., dott. A. Giuffrè editore, Milano 1978, pág. 23 y ss.

(36) No sólo doctrinalmente, sino en las realidades legislativas más recientes es la postura dominante; de complementarios cabe calificar a los textos punitivos militares de Alemania, Argentina, Bélgica, Cuba, Chile, Israel, Italia, Portugal, Uruguay, etc. Además es de destacar la corriente, iniciada en los países socialistas, de que haya un sólo Código penal en el que esté abarcado lo militar, corriente que también está ganando adeptos en otros países como Suecia y Austria. Ver JIMENEZ Y JIMENEZ, "La nueva legislación penal militar sueca", nota en R.E.D.M., núm. 20, Madrid 1965, pág. 87 y ss.; y MILLAN GARRIDO, Antonio, "Los títulos X y XI del Código penal rumano", en R.E.D.M., número 37, Madrid 1979, págs. 221 y ss.

(37) Los conceptos fueron debatidos y los términos acuñados en la doctrina italiana, donde, una vez puestos de acuerdo en que los actuales Códigos penales militares (el de guerra y el de paz) son complementarios respecto del común, el tema ha perdido toda virulencia. Ver CIARDI, Giuseppe, "Trattato di Diritto penale militare", volume primo, parte generale, Bulzone editore, Roma 1970, pág. 18 y ss.

Una ley penal militar integral implica partir de una idea de autonomía o substantividad del derecho punitivo castrense, pues es su instrumentación; tales ideas eran las sustentadas en nuestra Patria por las calendas en que aparece nuestro vigente C.J.M. (38), al que sin reparos cabe clasificar como integralista, amén de por lo dicho, por la vocación de exhaustividad que demuestra al copiar y repetir constantemente conceptos establecidos en el C.P., así como por el propio tenor del párrafo 2º del artículo 257 del C.J.M. (39).

Por ello, y dado que la nota de especialidad se induce, no obstante, del conjunto del C.J.M., es labor prioritaria, del que pretende su exégesis, distinguir lo que es auténtico particularismo o regulación "propia-mente especial", de lo que tan sólo se trata de una remodelación con la idea, más o menos encubierta y consciente, de mejorar el texto penal común. A estos particularismos y remodelaciones circunscribiré la exposición.

De otra parte, la regla del párrafo 2º del artículo 257 obliga a establecer qué disposiciones del C.P. son de aplicación directa en el campo punitivo militar. En este sentido, por supuesto que con referencia a las modificativas, lo único que encuentro trasvasable del C.P. al C.J.M. es el contenido de los artículos 59 y 60.

3.3. *Análisis del artículo 192*

Se puede afirmar que es este artículo el central para concluir la consagración de un amplio arbitrio judicial en nuestra ley penal militar (40).

(38) Con acento despectivo aludía JIMENEZ DE ASUA, al ocuparse de las eximentes, a esta autosuficiencia del legislador castrense, señalando que "... en probanza del desconocimiento de los militares por cuanto hacen los que no visten (por fortuna) su entorchada ropa, se limita (el artículo 185 del C.J.M.) a copiar lo que dijo el derogado Código de la Armada... con ignorancia supina de lo que desde 1932... se había hecho en el Código común, sobre todo en orden al estado de necesidad", en "Tratado de Derecho Penal", tomo III, 3ª edición, Losada, Buenos Aires 1965; por cierto, que el último inciso de la cita demuestra una total ignorancia de la reforma del C.J.M. por la Ley de 21 de abril de 1949, de cuyas resultas el número 7º del artículo 185 pasó a ser pura transcripción de su equivalente del artículo 8º del C.P., pero está traída por lo ilustradora de la tendencia del legislador militar español a considerarse autónomo en la elaboración de sus propios presupuestos.

(39) El artículo 7º del C.P. no lo contradice, sino que es congruente con el párrafo 2º del artículo 257 del C.J.M., cuya regla está pensada, más como precaución de haber olvidado algo, que como remisión en bloque a lo no establecido especialmente en la Ley militar, que es el "modus operandi" de los Códigos complementarios.

(40) V. QUEROL Y DE DURAN, Fernando de, "Principios de Derecho militar espa-

3.3.1. Antecedentes

Aunque alrededor de 1850 hubieron intentos codificadores del derecho militar en paralelo a los del común (41), estos no fructifican hasta que el 17 de noviembre de 1884 se promulga el Código Penal Militar (42) en desarrollo de una previa Ley de Bases de 15 de Julio de 1882; posteriormente, a pesar de ser de la misma fecha la ley de Bases, se promulga el Código Penal de la Marina de Guerra el día 24 de agosto de 1888 (43), para, finalmente, el 25 de Junio de 1890 dictarse el Código de Justicia Militar, derogándose el de 1884 (44).

Queda patente que la codificación penal militar (45) quedó descolgada de la común, con lo que eran ya conocidas las críticas al complejo sistema establecido en esta última para la determinación judicial de las penas (46). Esto, unido a que los Tribunales militares habían venido actuando con total libertad hasta entonces y al amplio protagonismo del Ejército en la vida española del siglo XIX (47) explica que tanto el artículo 9 del C.P.E. de 1884, como el 17 del C.P.M.G. de 1888 y los artícu-

ñol", editorial Naval, Madrid 1949, tomo II, págs. 73 y ss.

(41) Sobre estos intentos codificadores, y en general sobre los antecedentes de la codificación militar, debe verse: MUGA LOPEZ, Faustino, "Antecedentes del Código penal militar de 1884", en R.E.D.M. números 1 y 2, 1956. También ESTEBAN RAMOS, Salvador, "Hacia un nuevo sentido del derecho militar", en R.E.D.M. número 11 págs. 89 y ss., 1961.

(42) En adelante C.P.E.

(43) En adelante C.P.M.G.

(44) Y la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra de 14 de marzo de 1884.

(45) No tiene consistencia alguna la idea de que las Reales Ordenanzas tanto de la Armada (de 1748 rehechas en 1793 y complementadas en 1802) como del Ejército (de 1768) fueran en sí unos Códigos, por la mezcolanza de materias en ellas contenidas y por obedecer a un sistema ideológico y político periclitado. Sobre el sentido de la codificación: CASTRO y BRAVO, Federico de, "Derecho Civil de España. Parte General I", Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, pág. 195 y ss.

(46) Comentando el C.J.M. de 1890 decía Angel ROMANOS que "el legislador siguiendo los derroteros por donde hoy marcha la ciencia penal no ha sometido a los Tribunales en la apreciación de las penas a las reglas matemáticas a que los sujeta el Código ordinario"; en la pág. 64 de "Justicia militar. Guía práctica para la Administración de la Justicia en el Ejército", Imprenta de C. España, Vitoria 1891. Recientemente COBO ha defendido la postura de tal "Código ordinario" en "El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870" dentro del libro editado por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación recogiendo las conferencias dictadas en "Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870", Madrid 1970, págs. 69 a 89.

(47) No viendo, por consiguiente, con buenos ojos el recorte de facultades que, de importar a la vida militar el sistema del C.P. común, hubiera significado para los tribunales militares.

los 172 y 173 del C.J.M. de 1890, permitieran al juzgador en los delitos militares, separándose del sistema adoptado por el C.P., moverse con absoluto señorío dentro de los límites de la pena.

Este arbitrio fue defendido con diversos argumentos por parte de los autores militares e, incluso, aplaudido desde fuera. Entre aquellos, se esgrimieron desde el meramente práctico, y pueril, en el sentido de que mal se avenían a la propia composición de los Tribunales Militares (de actuación eventual y legos en derecho) las complejas reglas del Código Penal Ordinario, de difícil comprensión (48), hasta el más consistente, en el que se esboza una razón de la especialidad del derecho penal militar, señalándose que “se ha de atender sobre todo a las necesidades, conveniencias del organismo armado, a los principios en que su vida descansa” (49). Entre los aplausos merece destacar a Quintillano Saldaña que, después de calificar al derecho militar de “duro” y “desconocedor de la psicología y de la ética”, no tuvo ambages en afirmar, respecto del C.J.M. de 1890, que “el arbitrio judicial no queda ahogado enteramente, como en el común, por los prejuicios del siglo”, señalando en relación al C.P.M.G. de 1888 que “era la Ley penal más antropológica y, por tanto, más científica, vigente en España” (50).

El actual 192 es una síntesis de los indicados Códigos de 1888 y 1890, en cuya aplicación la doctrina jurisprudencial fue tajante y unánime en el sentido de señalar que los criterios establecidos por el legislador para graduar la pena eran tan sólo indicativos y en modo alguno vinculantes para los Tribunales militares, que podían moverse con total libertad, sin otra limitación que la de la extensión de la pena imponible; al efecto se distinguía que el artículo 172 del C.J.M. de 1890 hacía referencia “a la potestad discrecional que la ley concede a los Consejos de Guerra en lo tocante a la imposición de la penalidad con tal de que lo haga dentro de los límites legales”, mientras que el artículo 173 “sólo se contrae a conferir a los indicados Tribunales la facultad de apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes según su prudente arbitrio y con arreglo a conceptos genéricos que determina, en oposición a las enumeraciones casuísticas que sobre los mismos temas substantivos formula el C.P. ordinario”; de deducía, por fin, “que no es admisible invocar el artículo

(48) Ver IGON/NUÑEZ DEL PRADO, “El Código penal militar”, Biblioteca Judicial, Madrid 1884, pág. 18; critican el que no se hiciera un catálogo de circunstancias.

(49) Ver CONEJOS D’OCON, Antonio, “Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar”, imprenta F. Domenech, Valencia 1895, pág. 295.

(50) En sus adiciones a la traducción del “Tratado de Derecho Penal” de F. von Liszt, 2ª edición, Madrid 1929, tomo I, págs. 499 y 501.

173 de la ley castrense cuando se trata de determinar la pena que debe imponerse, sino atenerse a lo que respecto al particular dispone el artículo 172, y que, si bien los Tribunales militares pueden apreciar o no, según su criterio, las circunstancias que en el caso concurran... esto no restringe el arbitrio que la ley les concede para fijar las sanciones que dentro de la ley estimen adecuadas". Esto decía, recogiendo "la constante doctrina mantenida en esta materia por esta Sala y por el Consejo Supremo de Guerra y Marina en multitud de resoluciones...", en sentencia de 3 de enero de 1935 la Sala militar del Tribunal Supremo (51).

Esta reiterada interpretación (52), que recuerda en alto grado a la mantenida por el Tribunal Supremo en relación con las reglas 4ª y 7ª del artículo 61 del C.P. (53), no seguía, sin embargo, la idea expresada por científicos y comentaristas del derecho militar, quienes señalaban que "el espíritu de la ley... obliga a tener en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes" de modo que si el legislador, aunque no sometía a los Tribunales a las reglas matemáticas del Código ordinario, "si limita moralmente su arbitrio según las circunstancias del caso", como decía Romanos (54); "esta facultad no ha de ejercerse ciertamente de modo caprichoso" señalaba D'Ocón (55); las circunstancias atenuantes y agravantes "pueden y deben tenerlas en cuenta los Tribunales", afirmaba Jalón y Palenzuela (56); y así la mayoría.

Con estos antecedentes, es ya la hora de adentrarse en el estudio del

(51) Aranzadi (en adelante Ar.) 257. La recojo como ejemplar y, a la vez, recapituladora de toda una continuada doctrina.

(52) Sólo he encontrado, apartándose de esta tesis, la reseña de una sentencia del Alto Tribunal de Justicia Militar, de fecha 21 de noviembre de 1936, en el sentido de que "el arbitrio que otorga el artículo 172 para imponer la pena en la extensión que estime justa, ha de ser con relación a las circunstancias modificativas de responsabilidad que existan en el delito apreciado y en la persona responsable; por lo que, al concurrir circunstancias agravantes, no debe en justicia aplicarse al condenado la menor de las dos penas señaladas por la Ley, sino aplicar la más grave". En DAVILA Y HUGUET, José María, "Legislación penal de los Ejércitos de España", editorial Aldecoa, Madrid 1942, pág. 955.

(53) Ver la interpretación, y su crítica, en CORDOBA RODA, Juan, "Comentarios a la jurisprudencia penal", en Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo 1974, pág. 125. Sobre la posibilidad de recurso de casación en el supuesto de mal ejercicio del arbitrio: BELTRAN BALLESTER, Enrique, "El arbitrio judicial en el C.P. español y la nueva redacción de la regla 6ª de su artículo 61", en el Colectivo "Escritos Penales", Universidad de Valencia, 1979.

(54) ROMANOS Y SANTA ROMANA, Angel, "Justicia Militar", Vitoria 1891, págs. 64 y 65.

(55) Ob. cit. pág. 295.

(56) "Los Consejos de Guerra", Burgos 1916, pág. 85.

vigente artículo 192, que reformado por la Ley de 21 de abril de 1949 (57), plantea una, a mi parecer, rica problemática, que trataré de explicar: primero centrando su ámbito de aplicación y después explicando en qué consiste el arbitrio que se otorga a los Tribunales militares, y qué criterios deben tener en cuenta estos para modularlo.

3.3.2. *Ámbito de aplicación*

En efecto, comienza el artículo 192 señalando que “en los delitos comprendidos en este Código los Tribunales militares... impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa”; con lo que de una parte está circunscribiendo la regla, que a continuación da, tan sólo a los “delitos comprendidos en este Código” y de otra parece otorgarles un absoluto arbitrio.

¿Cuáles son los “delitos comprendidos en este Código”? No cabe duda que el 192 es la pauta imperativa por la que han de regirse los Tribunales militares en el enjuiciamiento de los delitos que el Código Castrense tipifica a partir del artículo 258 y hasta el 413. El problema surge, sobre todo, en relación a los delitos nombrados en el artículo 194 y, en menor medida, con aquellos otros comunes para cuyo enjuiciamiento se atribuye competencia a la Jurisdicción militar y con los que se incluyan en los bandos.

Sin entrar en la polémica sobre la naturaleza de los delitos aludidos en el artículo 194, en el sentido de si se trata de delitos militares al igual que los descritos desde el tit. VIII del tratado 2º del C.J.M., o son puramente comunes, o si nos encontramos ante una categoría propia y que participa de las dos anteriores (58), me parece claro, en relación al pro-

(57) Transcribo su redacción originaria, conforme apareció en 1945: “En los delitos comprendidos en este Código los Tribunales militares apreciarán o no, a su prudente arbitrio, las circunstancias atenuantes o agravantes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188, imponiendo la pena señalada en la extensión que consideren justa, y tendrán en cuenta, en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes, la trascendencia del hecho, el daño producido o podido producir con relación al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares, la clase de pena señalada por la Ley y si el delito fue cometido en acto de servicio o fuera de este o con ocasión del mismo”.

(58) Ya he manifestado antes que excede los límites de este trabajo: Ver apartado 3.1.; como la polémica se había ya suscitado con el anterior artículo 175 del C.J.M. de 1890, puede verse un planteamiento de la misma en QUEROL, ob. cit., págs. 87 y ss.; a la que cabe añadir la postura de José María, “Derecho penal español. Parte especial”, Madrid, 1980, en cuya pág. 1249 afirma su cualidad de “*delicta sui generis*”.

blema del arbitrio judicial, el que no son aplicables las prescripciones del artículo 192 (59), afirmación que hago en base al propio tenor literal del artículo 194, que en su inciso inicial alude a que los delitos en él enumerados “serán castigados con la pena que tuvieren señaladas en el ordinario, impuesta en su grado máximo o...”; y el párrafo final afirma que “para la aplicación de este artículo los grados de la pena inmediatamente superior se formarán según las reglas contenidas en el Código Penal común”. De ello se desprende que la pena sigue siendo la del código ordinario, y que su estructura en grados es también la de este, lo que resulta incompatible con las prescripciones del artículo 192 que parte precisamente de la indivisión matemática en grados de las penas, aludiéndose en realidad no a los delitos comprendidos en el C.J.M. sino, de entre estos, a aquellos que llevan aparejadas unas penas de las mencionadas en su artículo 209. Es, pues, la naturaleza de las penas, según sean de las catalogadas en el C.J.M. (como militares o comunes, es indistinto) o en el C.P., la que determina la aplicación del artículo 192, y como quiera que las penas asociadas a los delitos del artículo 194 son de las acuñadas en el C.P., es este el que debe aplicarse (60).

Con ello no quiero decir sino únicamente lo dicho: la no aplicación del artículo 192 a los supuestos del 194; quedan en pie los enormes problemas que, en cuanto a la fijación de la pena, se suscitan con el artículo 194 (61).

Por lo que hace a aquellos delitos no tipificados en el C.J.M. ni incluidos en su artículo 194, pero cuyo enjuiciamiento está encomendado a la Jurisdicción militar conforme a lo dispuesto en el título I del libro primero del C.J.M., no les serán de aplicación las reglas generales de los títulos I a VII del tratado 2º y, por tanto, tampoco el artículo 192 y sus concordantes; aunque se refiera a ellos el C.J.M., no están exactamente “comprendidos en este Código” como reza el artículo 192, sino que el texto marcial se refiere a ellos a los sólo efectos de competencia;

(59) Otra hubiera sido la solución, de haberse seguido por el legislador de 1945 la postura adoptada en el C.P.M.G. de 1888, en el que se definían y penaban autónomamente estos delitos, mezclados con los demás en dicho Código establecidos, solución criticable, pero que no planteaba más problemas de interpretación, abstracción hecha de estar de acuerdo o no con dicha solución.

(60) Por ello tampoco son de aplicación los artículos 186 a 190, sino “in integrum” las modificativas del C.P.

(61) La oscilación jurisprudencial, con abundante cita de sentencias y compartimentación de los criterios sustentados, viene esquemáticamente expuesta en ALGORA MARCO / HERNANDEZ OROZCO, “Código de Justicia Militar”, Aguilar, Madrid 1963, pág. 125.

tan es así que de recortarse esta, y excluirse su enjuiciamiento por la jurisdicción militar, la única variación estibaría en las reglas procedimentales pero no en las penales "stricto sensu" (62).

El problema únicamente se plantearía con los delitos incluidos en los bandos militares, otro de los institutos poco estudiados (63) y mal conocidos, en gran parte debido a la defectuosa regulación de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico. ¿El ejercicio del arbitrio judicial se sujetaría a la flexible disposición contenida en el artículo 192 del C.J.M.?

En realidad, habría que estar a lo que al respecto dijera el Bando, y, de callar sobre este extremo, distinguir entre bandos correspondientes al estado de sitio o a tiempos de guerra sin haber declaración formal de estado de sitio; en cuanto a los primeros (64), si como parece deben contraerse a la atracción de competencia a la jurisdicción militar, se aplicarían, salvo disposición en contrario, las reglas que disciplinan las penas que se asocian a los delitos incluidos en el bando (65); por el contrario, en los bandos de guerra, y en base al artículo 181 del C.J.M., único cuerpo legal que de ellos se ocupa, los delitos en él establecidos serían militares y vendría en aplicación el artículo 192 (66).

(62) Precisamente la reciente Ley Orgánica 6/1980, de 6 de noviembre, ha reducido la competencia de Jurisdicción Militar de modo cuantitativa y cualitativamente muy importante, pero las desincriminaciones han sido mínimas, por no decir nulas, ya que si algunas conductas han salido de C.J.M., han sido recogidas en el C.P. que también ha resultado modificado por tal Ley Orgánica, cambiando la redacción de los artículos 152 y 154 y dotando de contenido al artículo 242.

No hay que olvidar que Derecho penal militar y Jurisdicción castrense, aunque la existencia de esta ha querido ser justificada por la de aquél, no son conceptos indisolublemente unidos; puede existir un Derecho penal militar sin Jurisdicción Castrense y esta sin estar ceñida tan sólo a un ordenamiento punitivo militar.

(63) Ver los trabajos publicados por OTERO GOYANES y por RODRIGUEZ DEVESA, en el número 3 de la R.E.D.M., Madrid 1957; GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de Orden Público", Publicaciones Abella, Madrid 1971, págs. 357 y ss.

(64) Aludidos y posibles pero indefinidos, en el artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que derogó los artículos 25 a 51 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959.

(65) Máxime de aceptar la tesis que, en base a la derogada Ley de Orden Público, mantiene CEREZO MIR, José, en el sentido de que estos bandos no pueden crear nuevas figuras delictivas ni modificar las penas señaladas con anterioridad en la Ley a cada delito: ver pág. 183 de su "Curso de Derecho Penal Español. Parte General" Tecnos, Madrid 1981. En contra RODRIGUEZ DEVESA, General cit., pág. 172. Del conjunto de la Ley Orgánica 4/81, y en especial del artículo 35, parece desprenderse que, en lo posible, debe ser el Congreso de los Diputados el que dé las pautas del contenido de los bandos.

(66) La cuestión en muchas ocasiones ni se plantearía dada la escasa cabida a las matizaciones que en tales momentos se da; además no son de extrañar, en esos tiempos, las

3.3.3. Interpretación del arbitrio

¿Establece este artículo 192 un arbitrio ilimitado al igual que como lo intepretó la jurisprudencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina y de la Sala Militar del Tribunal Supremo en relación a los artículos 172 y 173 del C.J.M.? Rotundamente no, pues se exige atender al “número y la entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes enunciadas en los artículos 186, 187 y 188” y, además, tener en cuenta, “en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes...”, exigiéndose un criterio de justicia.

Ello no obstante, en el sentido contrario, existe una importante corriente, doctrinal y jurisprudencial, que sigue con fidelidad los derroteros anteriores, a pesar de que el legislador de 1945 (67) demuestra, en su expresión, el cambio de los mismos.

En efecto, Querol señala que la enumeración construida en los artículos 186 al 188 podría considerarse inútil, pero que ello no es así, pues tiene la utilidad de simple recomendación, y añade —¿justificándolas?— “¿por qué no ha de ser bueno que, sin merma de su *libre decisión discrecional*, la ley guíe a los jueces, marcándoles el camino con ejemplos, ofreciéndoles una enumeración de circunstancias con carácter y fin puramente demostrativo, como explica la exposición de motivos que es el intento de los artículos 186, 187 y 188?” (68).

El Consejo de Justicia Militar, en esta línea, no ha dejado de señalar que el artículo 192 concede “una facultad discrecional en orden a la fijación de la pena” (69), y que “no puede ser materia de disenso el examinar el libre arbitrio judicial dentro de los límites que establece un precepto legal... libre facultad que se otorga al Tribunal Sentenciador, para que en cada caso concreto, y según las circunstancias que libremente aprecia, pueda fijar la pena en la extensión que estime justa” (70).

penas únicas y fijas; repárese, que la magnitud invariable, más grave y por excelencia, es la de la muerte, posible en los tiempos de guerra conforme al inciso final del artículo 15 de la Constitución de 1978. De todas formas es más que dudosa la constitucionalidad de los bandos expresados en el artículo 181 C.J.M. como algo diverso a los previstos en la L.O. 4/1981.

(67) Teniendo en cuenta además la reforma del C.J.M. por la Ley de 21 de abril de 1949.

(68) Ob. cit. pág. 86 y ss.; hay que tener en cuenta que ya tenía QUEROL redactado el texto cuando entra en vigor la Ley de 21 de abril de 1949, incluyéndola este autor, a modo de apéndice, a partir de la página 701.

(69) S. 5 octubre 1972, en R.E.D.M. número 96, págs. 152 a 155.

(70) S. 19 mayo 1965, en R.E.D.M. número 21, págs. 199 a 201; se afude también

En fin, por citar otras sentencias más recientes, en la de 24 de junio de 1970 (71) parece aludirse a que el artículo 192 contiene una "orientación", y en la de 15 de enero de 1975 (72) se pone fin a un considerando discurrendo que "... el arbitrio que la Ley otorga es atributo privativo y discrecional del juzgador, que no se halla sujeto a reglas distintas de la íntima convicción que dictase la prudencia".

Sin embargo puede rastrearse una tendencia jurisprudencial según la cual el arbitrio del artículo 192 sí tiene límites; de una parte, gran número de sentencias se refieren a una "valoración de las circunstancias de toda índole en personal ponderación" (73) y al "buen uso del libre arbitrio" (74); de otra, se señala que han de tenerse o que deben ser tenidos en cuenta los criterios señalados en el artículo 192 (75), de lo que cabe deducir su imperatividad; tampoco son raras las consideraciones jurisprudenciales relativas al examen de la justicia de la valoración (76).

La comodidad y subyacentes criterios utilitarios, parecen marcar el norte en la interpretación del artículo 192 del C.J.M. por la jurisprudencia, al igual que la antes señalada corriente del Tribunal Supremo en la hermeneútica de las reglas 4ª y 7ª del artículo 61 del C.P., pero ya he afirmado que aquel precepto no estimo que estatuya un arbitrio ilimitado.

Es postura cómoda admitir que el artículo 192 quede reducido, en las sentencias, a una pura fórmula de estilo (77), pues las circunstancias

a este veto de disenso en la sentencia de 14 de julio de 1950, citada tanto por ALGORA/HERNANDEZ, ob. cit. pág. 18, como en DIAZ - LLANOS, Rafael, "Leyes Penales Militares", Madrid 1968, pág. 187, donde también se recoge que el Decreto de 25 de septiembre de 1935, al establecer el recurso de apelación, estableció como motivo del mismo, el error en el ejercicio de ese albedrío legal para fijar en justicia la penalidad.

(71) En apéndice al número 27 de la R.E.D.M., "Jurisprudencia Militar de España", Madrid 1974, págs. 155 a 158, R. 78.

(72) En R.E.D.M., número 31-32, pág. 107 a 109.

(73) Vrg. SS. 8 julio 1955 (en R.E.D.M. n.º 2 pág. 210 a 212); 18 noviembre 1959 (R.E.D.M. n.º 10 pág. 267); y 20 diciembre 1966 (en R.E.D.M. n.º 24, págs. 164 y 179).

(74) Vrg. S. 23 mayo 1956 (R.E.D.M. n.º 3, pág. 240 a 244).

(75) Vrg. SS. 5 junio 1957 (R.E.D.M. n.º 2, pág. 320); 8 mayo 1957 (R.E.D.M. n.º 2, pág. 306); 9 octubre 1957 (R.E.D.M. n.º 6, pág. 243 y 244).

(76) Ver, por todas, la sentencia de 17 de febrero de 1961 (R.E.D.M. n.º 13, pág. 243 y 244).

(77) Tanto en las del Consejo Supremo (y sus antecesores) como en las de los Consejos de Guerra, es frecuente encontrar fórmulas como las de "considerando que los Tribunales Militares, según dispone el artículo 192 del C.J.M., impondrán pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa" u otra similar; cláusula de estilo que no dice nada, y de la que confieso haber hecho uso yo mismo en gran número de sentencias.

de los artículos 186, 187 y 188 deben ser tenidas en cuenta, de modo que, para su no apreciación, el tribunal ha de razonarlo, y razonarlo en base a estos criterios que se mencionan en el propio artículo 192.

Trataré de argumentar la afirmación:

a.- Si bien es cierto que los artículos 186, 187 y 188 (y también los dos siguientes) se inician con una proposición con la que se faculta a los Tribunales para la apreciación de las circunstancias en ellos mencionadas, no lo es menos que el artículo 192 señala que "impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que estimen justa" atendiendo "al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes... teniendo en cuenta, en todo caso, el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes...".

No me cabe la menor duda de que, en el sentido que he indicado, el tenor de 192 obliga a atender las circunstancias concurrentes; me parece esclarecedor que la reforma del C.J.M. mediante la Ley de 21 de abril de 1949 suprimiera, del precepto en cuestión, el inciso que, referido a los Tribunales Militares, les señalaba que "apreciarán o no, a su prudente arbitrio", sustituyéndolo por "teniendo en cuenta las circunstancias...".

El propio Querol en sus apostillas, imagino que apresuradas, a la reforma de 1949 (78), no dudó en decir: "parece, pues, que se realiza la importancia que los tribunales deben dar a tales circunstancias, aunque sin mengua de su arbitrio judicial" (79); pero no entró en la explicación de esa aparente contradicción.

b.- La expresión "en la extensión que estimen justa" viene a reconocer con este adjetivo que la medida de justicia lo será con arreglo a los criterios que el propio 192 prescribe.

c.- Sería ilógico, por no decir absurdo, que el legislador dedicara unos extensos artículos a enumerar una serie de circunstancias para que en modo alguno vincularan después a los encargados de administrar la justicia militar.

(78) A pesar de la importancia de esta reforma y en contra del precedente de 1945, en el sentido de dotar al texto legal de una amplia exposición de motivos, la Ley de 21 de abril de 1949 carece de ella.

(79) Ob. cit., pág. 709.

d.- Existen, también, argumentos procesales que abundan en la tesis que mantengo y que hilan, sin solución de continuidad, con el contenido en el párrafo anterior;

- De los artículos 532, 552 y 566 del C.J.M., así como de sus concordantes y, en general, del propio concepto de actuaciones sumariales, se desprende que los Jueces Instructores deben investigar y tratar de fijar, también, los elementos accidentales del delito, o si se prefiere los hechos relevantes para la medición de la pena; esto es, las circunstancias.
- El artículo 729 del C.J.M. obliga a manifestarse al Fiscal, en el apartado 4º de su escrito de conclusiones provisionales, sobre las circunstancias modificativas, y otro tanto cabe decir de los del acusador particular (80) y de los defensores (artículo 734); y de los escritos de acusación (artículo 759) y de defensa (artículo 761).
- Con igual carácter imperativo, el artículo 790 prescribe que en las sentencias debe contenerse un considerando circunscrito a las "circunstancias modificativas" (regla 4ª) y, lógicamente, con anterioridad, en uno de los resultandos las conclusiones definitivas de las partes (81), dentro de las cuales ya hemos reparado que entran las modificativas.

Sería ilógico prestar tanta importancia procesal a las circunstancias modificativas si en la parte penal material carecieran por completo de ella.

Pero es que el argumento procesal no se agota con lo dicho, ya que, a pesar de las antes mencionadas sentencias que consideraban no puede ser materia de disenso al examinar el libre arbitrio judicial dentro de los límites establecidos en la ley, el artículo 799 del C.J.M. no ampara tal aserto, sino todo lo contrario, pues la Autoridad Judicial y el Auditor

(80) Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, su artículo 12º induce a mantener que la acusación particular se admite en todos los procedimientos seguidos por la Jurisdicción Militar por delitos comunes cuya pena no exceda de seis meses. En contra: artículo 452 del C.J.M. Todo ello con independencia de lo dispuesto en el anónimo Decreto 4101/1964.

(81) Tampoco se ha modificado la regla 3ª del artículo 790, dando cabida al acusador particular, con la Ley Orgánica 9/1980.

lo que no pueden es fundamentar la disconformidad con la sentencia del Consejo de Guerra "en el uso que el propio Tribunal hubiere hecho de su facultad de elegir entre penas alternativas cuando fuere imposible cualquiera de estas", pero nada se dice, y por tanto ni se impide ni se restringe, del disenso por haber usado contrariamente a la Ley el arbitrio concedido por el artículo 192.

De donde, si se han vulnerado los criterios allí establecidos, o, lo que es lo mismo, si no se han apreciado o desestimado con justicia las circunstancias de toda índole allí previstas, cabrá disenso y, ahora también, el recurso de casación establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/80.

Es pues esta interpretación que acabo de exponer y argumentar la que me parece correcta; no obstante sería deseable "de lege ferenda", para disipar las dudas, que en el encabezamiento de los artículos 186 a 189 se sustituyera el verbo "poder" por el "ser", y además, con la idea de evitar rutinizaciones en la gestación y en la redacción de las sentencias, que en el artículo 192 se exigiera que los Tribunales razonaran en estas la individualización penal efectuada (82), posibilitándose de modo más franco un disenso o la casación.

3.3.4. *Criterios para concretar la pena*

La segunda parte del artículo 192 está dedicada a la determinación de los otros criterios que, junto con las atenuantes y agravantes, ofrece la ley a los Tribunales para que concreten la pena y que tienen un valor equivalente a las circunstancias enumeradas en los artículos 187 y siguientes; incluso superior, pues ya he expresado mi opinión de que pueden enervar a estas últimas: también vinculan al juzgador y deben ser investigados en el sumario (83), ya que el propio tenor literal del artículo dice que los Tribunales Militares tendrán en cuenta "en todo caso...".

Al estudiarlas Querol las configura como "una serie de factores —de una u otra forma posiblemente concurrentes al caso de que se trata—

(82) Tal y como se hace en la regla 1ª del artículo 78 del P.L.O.C.P. para el supuesto de que no concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes; el artículo 142 del Código de Justicia Militar peruano de 1950 y el 132 del C.P. italiano, de aplicación a lo militar, exigen el razonamiento del arbitrio.

(83) Aspecto este que muchas veces es obviado en las actuaciones procesales, según propia experiencia personal.

que han de ser tenidos en cuenta por los Tribunales de los Ejércitos”, señalando que esta segunda parte del artículo no es propiamente preceptiva, sino orientadora o recomendativa (83 bis); opinión que, como demuestra lo hasta ahora mantenido, no comparto; sino ¿porqué dice el legislador que *serán tenidas en cuenta, en todo caso?*

¿Cuáles son estas circunstancias criterios de modulación de la pena? Siguiendo el texto legal:

a.- “El grado de perversidad del delincuente”. Procede del artículo 173 del C.J.M. de 1980 y me parece importante el dato, atendiendo la fecha, pues el origen debió estar en las corrientes entonces en boga y hoy plenamente superadas. Cabe, así, anotar como curiosidad que el C.P. no emplea para nada este vocablo (84), aunque sí lo haga incidentalmente el artículo 28-6^a del P.L.O.C.P.

Puede pensarse que al aludirse al “grado” parta el legislador de la idea de que todo el que comete un delito es perverso; lo cual parece excesivo.

Perversidad es tanto como maldad o corrupción de las costumbres, aludiéndose a un estado y constituyendo, como señala Mir Puig, un modo de ser (85), algo en suma que se engloba dentro de la personalidad, pero que ha de deducirse de los hechos enjuiciados, o demostrarse de estos, pues sino se confundiría con los malos antecedentes, a los que, a continuación, se refiere, como algo distinto, el artículo 192. Ello fue puesto de relieve por la Sala Militar del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias escojo, por esclarecedoras, la de 31 de octubre de 1934 (86) y la de 31 de enero de 1935 (87); en la primera de ellas se trataba de un insulto a fuerza armada con resultado de muerte y se dice debe apreciarse “la perversidad manifiesta del delincuente, como circunstancia de agravación, caracterizada por la forma con que hubo de perpetrarlo, al agredir de modo rapidísimo e inopinado al Guardia, sin darle tiempo para defenderse (88), y por haber hecho, sobre este, después y sañudamente, otros

(83 bis) Ob. cit. pág. 80.

(84) Ver BELTRAN BALLESTER, ob. cit. en nota (53), pág. 74.

(85) MIR PUIG, Santiago: “Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto C.P.”, en R. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 3 de 1980, pág. 54.

(86) Ar. 1765.

(87) Ar. 262.

(88) Más bien parece explicar un acometimiento alevoso.

dos disparos con su propia pistola cuando ya se encontraba inerte en tierra y herido en la cabeza por un proyectil de arma de fuego"; más concisamente la segunda sentencia citada hace referencia "a la escasa perversidad del delincuente como se deduce de los hechos de autos y de su comportamiento posterior" (89).

No obstante es esta una postura minoritaria, recordada en contadas ocasiones (90), pues el criterio de la perversidad, si bien es utilizado profusamente por la jurisprudencia, suele serlo con una simple alusión al término sin más explicaciones.

Cabe en fin destacar otra interpretación más, por parte del Consejo Supremo, sobre la perversidad, y que no es otra que estimarla como presupuesto de peligrosidad; así se basamentan agravaciones de la pena por la conjunción de ambos conceptos, sobre todo durante la década de los cuarenta y en relación primordialmente al delito de rebelión (91), incluso se emplean como términos equivalentes, de modo expreso (92) o disjuntivamente (93), llegando hasta a aludir tan sólo a la peligrosidad en vez de a la perversidad (94); y destaco esta tendencia por lo que de recuerdo tiene de la idea de que la perversidad y la peligrosidad son fundamento de la agravante de reincidencia, usual en las indicadas fechas; sentencia hay que habla de la perversidad "evidenciada por las dos condenas" anteriores del procesado (95); parece claro que esta interpretación en modo alguno parece correcta pues, si está refiriendo la perversidad a una fundamentación de la reincidencia, esta última ya se encuentra recogida en sus dos formas (genérica y específica) en el artículo 187 del C.J.M., con lo que nos encontraríamos ante una injustificada repetición o, lo que es peor, doble valoración de unos hechos; de otra parte si se quiere aludir con la perversidad a algo distinto a la recidiva, lo será al resto de sus antecedentes, no penales pero indiciarios de peligrosidad,

(89) En el mismo sentido, aunque más bien en los términos de la S. 31 octubre 1934, las SS. de 23 de febrero, 30 de marzo y 25 de marzo de 1935 (Ar. 706, 710 y 908 respectivamente).

(90) Vrg. SS. 4 enero y 23 febrero 1944 (Ar. 256 y 535).

(91) Hay gran número de sentencias en este sentido, entresaco algunas: 7 y 10 junio 1940 (Ar. 649 y 654); 25 y 29 octubre 1941 (Ar. 1219 y 1349); 9 enero 1942 (Ar. 217); 4 febrero 1944 (Ar. 285).

(92) SS. 5 julio 1940 (Ar. 768) y 7 noviembre 1941 (Ar. 1341).

(93) SS. 5 noviembre 1941 (Ar. 1340) y 22 mayo 1942 (Ar. 900).

(94) SS. 19 noviembre 1940 (Ar. 1284); 16 julio 1941 (989) 22 mayo 1942 (Ar. 285).

(95) S. 11 junio 1943 (Ar. 1141). Sobre la perversidad con fundamento de la reincidencia ver, por todos, MIR PUIG, Santiago, "La reincidencia en el Código Penal", Bosch, Barcelona 1974, págs. 460 y ss.

y ello, además de ser de muy dudoso recibo, haría que se confundiera con los antecedentes a que el mismo artículo hace alusión de modo expreso.

Todas estas dificultades interpretativas, lo trasnochado del término, y del concepto, así como las incongruencias consecuentes y el posible empleo vano del criterio de modulación, hacen que me decante por la supresión del mismo; en último término el catálogo de agravantes y el criterio de los antecedentes bastan para abarcar los posibles hechos que pudieran merecer el aumento de la pena, dentro de los límites legales, y que se tratan de abarcar con "la perversidad".

b.- "Sus antecedentes". Deben ser personales (95 bis) y hacer referencia a las cualidades morales, en el sentido de bondad, maldad o normalidad, refiriéndose el C.J.M. a la tarea del Juez Instructor para recabarlos, vrg. artículos 542 y 564.

Obviamente las antecedentes penales que integran las agravantes 12ª y 15ª del artículo 187 y la del 190 no se incluyen aquí; entra, eso sí, la carencia de estos.

Los antecedentes del reo no deben confundirse con los del hecho procesal, señalaba un autor a principios de siglo; los que han de tenerse en cuenta son los anteriores al comienzo de la ejecución del delito que se juzga (96); y, si bien el Derecho penal actual no puede sancionar sino conductas concretas, nunca personalidades en sí, no debe eliminarse el criterio como uno más de los moduladores de la pena asociada al hecho cometido; una condena debida a los antecedentes es deleznable, pero prescindir de estos una vez establecida la culpabilidad ni lo permite la Ley ni parece justo que lo haga.

En relación con su distingo respecto de la perversidad me remito a lo ya expuesto, si bien las dificultades para ello me hacen pensar en la conveniencia de unificar ambos criterios sustituyéndolos por el de la "personalidad", homogeneizándose así con la regla 4ª del artículo 61 del C.P. (97).

(95 bis) QUEROL, ob. cit., pág. 80.

(96) MARTINEZ DE LA VEGA, J., "Los antecedentes personales en el juicio criminal", en Boletín de Justicia militar, Madrid 1910, pág. 320 y ss.

(97) Sobre la personalidad puede verse la bibliografía ofrecida por RODRIGUEZ DE VESA en P. General cit., pág. 889.

c.- “La trascendencia del hecho”. Debe entenderse por tal la repercusión social de la conducta delictiva, tanto en la sociedad en general como en la más concreta esfera castrense; en este último campo debe conectarse, sobre todo, con la disciplina, entendida esta como conjunto de deberes, cumplimiento de estos y en relación con la subordinación jerárquica (98).

Tratándose de un criterio de carácter objetivo sólo se tendrá en cuenta en tanto suponga un “plus” o un “minus” respecto de la trascendencia que podemos llamar normal, o sea la que abstractamente ha sido establecida por la ley al configurar cada uno de los delitos y aparejarles la pena; en este sentido no está de más recordar, y tener en cuenta, que la mera descripción típica significa que la conducta que la engloba ya ha sido seleccionada por el legislador como trascendente, pues el Derecho Penal constituye la última “ratio legis”.

A lo dicho, que ya implica el máximo cuidado para operar en la práctica con el criterio en cuestión, debe añadirse que en muchas ocasiones resultará dificultoso, sino imposible, discernir la trascendencia del daño al que se alude en el propio artículo 192 a continuación.

La trascendencia, muy poco argumentada en la jurisprudencia, ha sido basada en hechos concurrentes en el delito que produjeran o pudieran producir situaciones de alarma (99), y desde luego el campo más claro de aplicación, consecuente con lo apuntado, parece que es el de los delitos contra la disciplina militar del título XII del tratado II del C.J.M.

d.- “El daño producido o podido producir al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares” (100). Dañar es causar sufrimiento, menoscabo, perjuicio, dolor o molestia.

Al igual que en el caso anterior el legislador da un criterio, con el

(98) Sobre la multivocidad del término disciplina, ver RODRIGUEZ DEVESA, “La acción penal y la acción disciplinaria...”, en R.E.D.M., núm. 7, 1959, págs. 74 y ss.

(99) Es expresiva al respecto la S. 28 octubre 1933 (Ar. 434) que, ante un supuesto de insulto a fuerza armada (tropa de caballería de la Guardia Civil), fundamenta la agravación en situaciones de alarma, aglomeración de público y solemnidad del acto (ocurrieron los hechos en las inmediaciones del Palacio de las Cortes el día 14 de julio de 1931, de apertura de las Constituyentes); la S. 22 septiembre 1942 (Ar. 1243) basa la trascendencia en el vandalismo.

(100) En general, y por ser términos equivalentes, ver CORDOBA, “Comentarios al Código Penal”, colectivo con R. MOURULLO, CASABO y DEL TORO, Ariel, Barcelona 1972, en la glosa relativa a las reglas 4ª y 7ª del artículo 61, tomo II, págs. 273, 274 y 281.

que posiblemente incidir en el quantum de pena, de marcado carácter objetivo, por lo que cabe trasladar aquí todas las consideraciones generales escritas en relación a la trascendencia.

Se trata de una clara referencia a la antijuricidad y presupone, por ende, la idea de que el hecho está ya en sí desaprobado por haberse lesionado (o puesto en peligro) un bien jurídico tutelado penalmente, por lo que nos encontramos con la valoración de una gravedad mayor o menor a la media prevista por el legislador.

Nunca deberá tenerse en cuenta tal daño, a los efectos del artículo 192, si ya ha sido previsto como elemento del delito o agravación especial, cual con frecuencia ocurre en el vigente C.J.M. (101).

Sería conveniente “de lege ferenda” sustituir la vigente formulación, por la de “la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio”, eligiéndose al término “gravedad” por ser comprensivo tanto de la lesión como de la puesta en peligro del bien jurídico; por otra parte la exigencia de que deba razonarse en la resolución judicial la individualización penal efectuada adquiriría con estos criterios de carácter objetivo un relieve especial, al presuponer esta argumentación una rigurosa probanza de los hechos que sustentan el criterio; huelga decir, por axiomático, que estos hechos deben estar probados como el delito mismo y que, en consecuencia, deben recogerse, con tal cualidad, en la parte fáctica de la resolución.

e.- “Las clases de penas fijadas”. Se encontraba ya, en los propios términos, contenida esta prescripción en el artículo 173 del C.J.M. de 1890; no en el C.P.E. de 1884, que se limitaba a remitirse a las atenuantes y agravantes, ni en el C.P.M.G. de 1888; en realidad no veo nada clara la “voluntas legis”.

Estoy con Querol, quien, en realidad, cambia el tenor de la Ley aludiendo a “la adecuación de la clase de pena al caso y persona culpable de que se trate” (102), y así, más que una circunstancia innominada, encontramos una indicación al juzgador de que atienda a los fines de prevención especial a que toda pena, su ejecución, debe tender; de ser esta la finalidad de la ley, no creo en que ello deba ser dicho en esta sede,

(101) Vrg. artículos 334, 345, 361, 392, 396 y 404.

(102) Ob. cit. pág. 80.

porque o ya ha sido tenido en cuenta en el factor "personalidad" o es problema de ejecución tal y como he señalado.

f.- "Si el delito fue cometido en acto del servicio, fuera de este o con ocasión del mismo". Procede del artículo 20 del C.P.M.G. de 1888 y hay que tener en cuenta que el acto de servicio, a efectos penales, viene definido en el número 1º del artículo 256 del C.J.M., conteniéndose una extensión del concepto, respecto de los delitos de insubordinación, en el párrafo 2º del artículo 333.

Es lo que Querol llama factor "ocasional", teniendo su mucha importancia en el derecho penal militar dentro del que supone un criterio lógico de modulación de la pena.

En muchos tipos penales es elemento constitutivo, de modo que no jugará esta regla del artículo 192 cuando así ocurra (103).

g.- "Tratándose de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves militares, todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la seguridad, condiciones marineras, aparato motor, gobierno y eficacia de ellos en sus aspectos militar y de navegación". Es este un farragoso inciso final introducido sin explicación alguna por la ley de 21 de abril de 1949.

Supone novedad en nuestro derecho y no veo justificación alguna para ella (104), pues podría estar englobada en la trascendencia del hecho o mejor en el daño producido o podido producir. No es que deba desaparecer sino que bastará en una futura reforma completar la fórmula que antes he propuesto de "la gravedad y trascendencia del hecho, en sí y en su relación con el servicio" con el añadido "o el lugar de perpetración".

En cambio, sí encuentro a faltar una referencia a los móviles que, aún estimándose que puedan ser tenidos en cuenta a lo largo del artículo, lo son de modo fragmentario, y la alusión al grado o jerarquía militar del culpable.

En otras legislaciones se encuentra también como criterio agravatorio el estado de guerra, pero en la nuestra, sin llegar a los extremos de la

(103) Vrg. en los delitos de insubordinación.

(104) QUEROL, en sus apostillas a la reforma del 49, se limita a consignar la novedad sin más comentario; ob. cit., pág. 708.

italiana (105), va previendo el legislador, en cada caso concreto, la correspondiente agravación, pues sería insuficiente, en muchos supuestos, el moverse dentro de los límites de la pena establecida para el delito, sin distinción entre la paz y la guerra.

3.4. *Análisis del artículo 193*

Continúa con este precepto el legislador militar en la línea de otorgar un amplio arbitrio a los Tribunales Militares.

Lo antes dicho en relación al artículo 192, respecto de su ámbito de aplicación, vale para el ordinal 193 del C.J.M., a pesar de que, con referencia a los delitos del artículo 194, alguna sentencia se encuentra (106) en que se hace aplicación de la reincidencia del 190 del C.J.M. en vez de la del artículo 10 del C.P. (107), diferencia de matiz, pero indicativa de la confusión conceptual que reina en torno al debatido artículo 194; pero hay que poner de relieve que tal postura constituye una excepción, pues la corriente es justa y certeramente la contraria (108).

El artículo 193 supone una extensión del 192, constreñida a las circunstancias atenuantes y agravantes calificadas de los artículos 189 y 190 del C.J.M. (109), otorgando la facultad a los Tribunales Militares, si aquellas concurren, de bajar o subir de grado la pena.

Curiosamente esta facultad se construye no sobre la posibilidad de imponer la pena superior o inferior a la que tuviere señalada el delito, sino en el sentido de estimar su apreciación o no, aún concurriendo.

Supone una desviación más a lo establecido en el C.P., cuyos artículos 65 y 66 obligan a bajar de grado la pena (110) y en el que la habitualidad ni siquiera es agravante común.

(105) En la que existe un Código penal militar de guerra, como texto independiente del c.p.m. de paz; la explicación más conveniente, que para ello encuentro, es el momento en que ambos se promulgaron, el año 1941, y las datas de su inmediata gestación.

(106) Vrg. la de 6 de febrero de 1957: en R.E.D.M., núm. 5.

(107) En este momento, y en virtud de la reforma del C.J.M. por la L.O. 9/1980, debería trasladarse la idea al artículo 192, pues la reincidencia ha dejado de ser agravante calificada.

(108) Ver, por todas, la concluyente sentencia de 9 de octubre de 1968, en apéndice al número 27 de la R.E.D.M.

(109) Ver nota 33.

(110) En cuanto a la discordancia con el inciso final de la regla 6ª del artículo 61 del C.P., que había desaparecido, en parte, tras la reforma de este último por la Ley 81/1978,

¿Basta con que el Tribunal declare la no apreciación aunque claramente concurra? De la lectura del artículo 193 ninguna exigencia más resulta y, por tanto, con esa simple declaración, aunque parezca ilógico, será suficiente.

En caso de no apreciarse la circunstancia en cuestión, tendrá su juego como una más de las que entran en la formación del arbitrio conforme al artículo 192; cuyas pautas pienso deben regir, así mismo, para individualizar la pena dentro de la superior o inferior a imponer si se aprecian las calificadas.

3.5. *Defensa del sistema establecido en los artículos 192 a 193*

Explayado el arbitrio judicial amplio que los artículos 192 y 193 del C.J.M. establecen, con clara separación de las reglas paralelas del C.P., me queda tan sólo el tratar de explicar si éste se encuentra o no justificado y, en suma, si subyace una auténtica razón de especialidad, pues de lo contrario, en una futura reforma, debería homologarse la regulación a la del C.P.

Pienso que, al menos, es un particularismo justificable y que, limándose en algunos puntos como los ya expuestos, debe ser conservado.

¿En qué me baso para hacer este aserto? Varias son las razones, a algunas de las cuales ya he aludido (111):

a.- Una histórica, consistente en que desde siempre ha venido teniendo este arbitrio el tribunal militar; los Códigos castrenses se separaron desde sus inicios en 1884 del complejo sistema adoptado por el codificador común a partir de 1848.

b.- Otra, hilando con la anterior, estriba en las críticas que esas complicadas reglas del C.P. han recibido y que ya han sido esbozadas al tratar de los antecedentes del artículo 192 del C.J.M.

No es momento ni lugar para hacer crítica del sistema de nuestro texto penal común, pero sí recordar, de una parte que el derecho comparado, con todos los reparos que el argumento merece, muestra la postu-

se produce ahora en sentido contrario, la ley militar es más benigna, por mor de la última reforma del C.J.M., al incluirse la reincidencia en el artículo 187.

(111) Ver apartado 3.3.1.

ra del C.P. como claramente minoritaria, y de otra, lo que ya en la exposición de motivos del Código Penal de 1932, al considerar la parquedad de la reforma que respecto del de 1870 suponía, se decía, y reproduzco textualmente: “Desde hace medio siglo cuantos se han ocupado de nuestra legislación penal pidieron que se simplificase nuestro sistema punitivo y que se proscibiera el régimen de aritmética penal de los grados”, para a continuación, tras diversos razonamientos que no vienen al caso, argüir que “al cabo de dos años se pondrá en vigencia el Código auténticamente innovador”, promesa obviamente incumplida.

Estoy de acuerdo con Casabo cuando señala que no cabe desconocer ni menospreciar las razones del sistema legalista adoptado por nuestros códigos comunes, en tanto supuso una reacción contra el todopoderoso arbitrio judicial de la época anterior, expresó el predominio del poder legislativo respecto de los otros poderes y pretendió salvaguardar la libertad e igualdad de las personas (112), pero no creo que sea preciso llegar a extremos maniatadores para el juzgador, pues, si bien no cabe duda de que la seguridad jurídica consiguiente al principio de legalidad debe ser valor prioritario en todo sistema penal, no es menos cierto que lo que se trata de dejar al arbitrio judicial es sólo la cuantía de la pena dentro de los límites predeterminados por la ley, por la imposibilidad de que esta prevea una determinada pena para cada delito singular. Lo que sí puede ser atentatorio a la seguridad jurídica es el establecer unas penas con amplios márgenes (113) y el no prescribir a los Tribunales las pautas o criterios a que deben sujetar su arbitrio, so pena de confundir este con el capricho.

Mi conclusión es que, siempre en el supuesto de un estado de derecho y con un sistema equilibrado de recursos, no hay argumento para tanta complejidad, cual la del C.P., ni para desconfiar de los jueces acorsetándolos tan en demasia; como ha señalado Fernández Albor, el peligro de un arbitrio judicial, podría decirse la degeneración, solo existe en los países de régimen totalitario (114).

c.- Además, si con el derecho militar ha de atenderse a las necesidades y principios del organismo armado, ello podría quedar conculcado,

(112) CASABO RUIZ, “La concreción de la pena en el Código Penal Español”, Valencia 1979, págs. 9 y 10.

(113) Ver apartado 3.6.1.

(114) FERNANDEZ ALBOR, Agustín, “Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales”, en el libro homenaje al P. Pereda, Universidad de Deusto, Bilbao 1965, págs. 373 y 374.

más de una vez, si los Tribunales militares quedaran constreñidos por las reglas dosimétricas del C.P.. Los criterios para la modulación de la pena sentados en el artículo 192 del C.J.M. tienen la fundamental función de enervar, cuando la protección de los bienes jurídicos, que justifican la especialidad del derecho penal castrense, lo demanden, la eficacia de las circunstancias modificativas comunes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188.

d.- No hay que olvidar que el gran margen entre los límites de las penas que asocia el legislador a la mayoría de los delitos militares —que suele ser la pena de prisión (de seis meses y un día a doce años) o la de reclusión (de doce años y un día a treinta años)— conduciría las más de las veces, de seguirse el sistema del C.P. y caso de la sola concurrencia de una agravante, a consecuencias injustas; lo que no quiere decir que esté de acuerdo con ese gran margen (113).

e.- Por último, aunque denostado en la doctrina penalista, el fin de prevención general de la pena no puede ocultarse que desempeña en el derecho punitivo castrense un papel muy importante, de modo que esa finalidad de ejemplaridad y de intimidación, esencial, repito, en la ley marcial, exige que, cuando sea necesario, tribunales militares puedan actuarlo moviéndose con plena libertad en la individualización de la sanción.

Todos estos argumentos, en caso de no estimarse convincentes en pro de la especialidad, no se negará, al menos, que permiten calificar de lógica una remodelación de nuestra ley militar respecto de la común.

3.6. *Algunos otros problemas relativos a la determinación de la pena*

Abordo por fin de modo muy sucinto unos concretos problemas, relacionados con la determinación de la pena, que estimo es necesario, al menos enunciarlos, para completar la panorámica objeto de este trabajo.

3.6.1. *Gran extensión entre los límites de las penas*

Es uno de los extremos que más llaman la atención en una mera ojeada del C.J.M., a partir de los artículos 258 y siguientes, y antes en la escala de penas del artículo 209, así como al establecer su duración en los artículos 211 y 212.

(115) Ver, por todos, BECCARIA, obra y capítulos citados en nota 7.

Supone ello aumentar, de modo indirecto, el arbitrio judicial ya expuesto; y sin bien acabo de darlo como argumento justificador de esta mayor libertad de los Tribunales militares, comparada con la que otorga el C.P., no puedo por menos de manifestar mi crítica a este estado de cosas.

De una parte, porque las penas que prevea el legislador como asociadas de modo general a cada uno de los tipos delictivos deben guardar la máxima proporción con la gravedad de la conducta incriminada, en virtud de unas mínimas exigencias de seguridad jurídica; de otra, encamino mi crítica a lo que puedo calificar como incongruencias del C.J.M., si se comparan el desvalor implícito en algunos tipos con la consecuencia jurídica, en forma de pena, que se les apareja.

En efecto, ya puesto de manifiesto por los ilustrados, las penas deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales al delito (115); como dice Rodríguez Mourullo, en base al párrafo 2º del artículo 2 del C.P., cuya regla se reproduce en el artículo 183 del C.J.M., el texto punitivo común “parte de la idea de que la pena debe guardar proporción con el contenido de ilicitud del hecho y la culpabilidad del autor” (116).

Cobo Del Rosal y Vives Antón, desarrollando el principio de necesidad de la pena, señalan que sólo en la medida en que la pena sea imprescindible, es decir, necesaria, debe ser formulada y utilizada; añadiendo que corresponde a lo que gráficamente se ha llamado principio de intervención mínima, expresión de fortuna, acuñada por Muñoz-Conde (118), que es ya de uso corriente.

Estableciendo un cierto paralelismo, criticado ha sido en sumo grado, y con toda razón, el párrafo 3º del artículo 344 del C.P. al permitir el legislador que los Tribunales para una sola descripción típica puedan recorrer una pena privativa de libertad desde los seis meses y un día a

(116) Al hablar del principio de retribución, como informador del vigente Derecho penal español, en “Derecho Penal. Parte General”, volumen primero, editorial Civitas, Madrid 1978, pág. 54. La cita podía recogerse, en parecidos términos, de cualquier penalista, pues ahí nos encontramos con uno de los lugares comunes en la dogmática penal española.

(117) Ver, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, “Derecho Penal parte general: I”, Valencia 1980, pág. 91.

(118) MUÑOZ CONDE, Francisco, “Introducción al Derecho Penal”, Bosh, Barcelona 1975, págs. 59 y ss.

los veinte años. De indeterminación grave califica a la regla Vives (119) concluyendo que “con ella el legislador ha abdicado por completo de una tarea —la determinación de la pena dentro de unos márgenes razonables— que era enteramente suya”; antes, siguiendo a Cobo, señalaba que “el arbitrio judicial debe reducirse al mínimo imprescindible para individualizar el caso” y, parafraseando a Eberthardt Schmidt, que “el legislador debe cumplir su tarea dictando normas justas y precisas, y no descargando en los Tribunales el peso y la labor que a él sólo corresponde. Pues ese peso les desorienta y abrumba” (120).

Quiero concluir, con lo dicho, que estas ideas cardinales, según la mayoritaria dogmática penal, por lo que implican de garantía para la seguridad jurídica, principio este recogido en artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, son desconocidas en el supuesto de que se prevean penas con unos muy amplios márgenes entre sus límites máximo y mínimo, cual ocurre en gran número de los delitos tipificados en el C.J.M. sin razón aparente (121).

Ello además se agrava, en ocasiones excepcionales, pero que en la ley están, con la existencia de las apuntadas incongruencias entre el desvalor de la acción y pena aparejada; un ejemplo de lo dicho se encuentra en los delitos de insubordinación, en el sentido de que mientras el artículo 325 del C.J.M. prevé la pena de prisión militar (de seis meses y un día a doce años) —para la ofensa al superior, en acto de servicio, de palabra en su presencia, por escrito dirigido a él o en otra forma equivalente— un comportamiento, a mi juicio más grave, cual es el maltrato de obra puede llevar la misma pena (artículo 321-3º), y, lo que me parece más absurdo, que las demostraciones con tendencia a ofender de obra a superior, en acto de servicio aunque sin emplear arma o medio ofensivo de los enumerados en el artículo 319, tengan prevista, en el párrafo 2º del artículo 324, de oscura redacción, unas penas inferiores a la contemplada en el ordinal 325. Desafortunadamente pueden encontrarse más ejemplos.

Debe postularse, pues, una revisión a fondo del C.J.M. en esta ma-

(119) En “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, dentro del colectivo “Delitos contra la salud pública”, Universidad de Valencia 1977, pág. 556.

(120) *Ib.*, pág. 555.

(121) Escasos son los artículos que establezcan penas con márgenes restringidos, como pueden ser los dedicados a la deserción, pues lo más frecuente es asociar la pena de prisión o de reclusión.

teria (122), en el sentido de proporcionar, al máximo posible, la abstracta conducta delictiva con la consecuencia jurídica.

3.6.2. *El arresto militar como pena para delito*

El artículo 193 del C.J.M., dicho ha sido, posibilita a los Tribunales militares el apreciar libremente las circunstancias atenuantes calificadas del artículo 189, de modo que su estimación lleva ineludiblemente consigo el imponer la pena inferior a la que tuviese señalada el delito.

Idéntica, o superior, rebaja impone el artículo 236 del C.J.M. en los grados imperfectos de ejecución, para la complicidad y el encubrimiento, así como respecto de proposición, conspiración y provocación.

Como quiera que la pena menor establecida en el C.J.M. por razón de delito es la de prisión o prisión militar, que parte de un mínimo de seis meses y un día, el penúltimo párrafo del artículo 239 dispone que "si hubiese que imponer pena inferior a la de prisión, se considerará el hecho como falta grave, imponiéndose arresto en la extensión que estime justa".

Aflora una vez más la imprecisión de nuestro texto penal militar.

Dejando aparte el hecho de que se haga referencia a la pena de prisión sin aludir a la de prisión militar que tiene un "nomen iuris" propio y es, por ello, categoría independiente (123), no deja de chocar el que un hecho delictivo se considere como falta grave y que se aluda a la imposición de arresto, cuando el correctivo que el artículo 415 del C.J.M. marca para las faltas graves es no el arresto (es el de las leves según el artículo 416) sino el arresto militar.

Todo este cúmulo de imperfecciones terminológicas debería ser salvado en una revisión de la ley militar, en la que debería idearse un sistema que resolviera la paradoja que implica el castigar un delito, no con pena, sino con un correctivo.

(122) En la práctica forense se produce, por obvias razones no solo humanitarias sino de estricta justicia, una parcial inaplicación de la Ley, en el sentido de que los Tribunales, en los delitos militares, suelen utilizar los mínimos de las penas.

(123) Una interpretación lógica, y para evitar absurdos, lleva a mantener que el legislador se refiera así mismo a la pena de prisión militar; el defecto se hubiera con facilidad corregido con solo señalar "a las de prisión", en vez de la actual literalidad de "a la de prisión".

La propia jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar elude el no salirse de los términos que emplea el legislador, pero no ha mantenido una interpretación analítica de los mismos (124).

3.6.3. *Aplicación a las faltas graves de las reglas para los delitos*

Por disposición del artículo 415 del C.J.M., en su último párrafo, las prescripciones establecidas en el artículo 192 se “observarán por analogía” (sic) para la imposición de las correcciones con que se castigan las faltas graves, teniendo en cuenta además el estado de ejecución de las faltas y la participación que en estas hayan tenido los infractores.

Sin analizar las, al parecer, endémicas imprecisiones terminológicas, me llama poderosamente la atención el hecho de que el legislador no haya establecido un mecanismo similar al estudiado del artículo 239 para atenuar la pena en el caso de apreciación de una atenuante calificada, teniendo en cuenta que todas las circunstancias modificativas, según el tenor literal de la Ley, son aplicables tanto a los delitos como a las faltas.

Que ello está hecho a conciencia no me cabe la menor duda, tanto por la no mención del artículo 193 como por el total contenido del propio 415; lo que se me ocultan son las razones, y no viéndolas, pienso se pueden propiciar resoluciones contrarias a un sentido de justicia material.

Se podrá aducir que es una regla paralela a la del artículo 601 del C.P., pero ello no es así ya que en las faltas comunes es materialmente imposible bajar del límite mínimo, so pena de absoluta impunidad, mientras que en los correctivos para faltas graves se parte de los dos meses y un día, cuantía a todas luces muy importante.

Equivalente o paralelo a dicho artículo 601 del C.P. lo será, en último extremo, el artículo 447 del C.J.M., pero nunca ese párrafo final del artículo 415 de la Ley marcial.

(124) De entre las numerosas sentencias, recojo las de 26 de junio y 21 de noviembre de 1968; en el Apéndice al número 27 de la R.E.D.M., págs. 35 y 52.

CUESTIONES ACERCA DE LA APLICACION DEL METODO SOCIOLOGICO AL DERECHO ECLESIASTICO ESPAÑOL

ANTONIO REINA BERNALDEZ
Catedrático de Derecho canónico

SUMARIO: 1. La interdisciplinariedad como punto de partida. 2. Los recelos frente al conocimiento sociológico. 3. La vocación Sociológica del nuevo derecho eclesiástico del Estado español. 4. La Sociología jurídica como auxiliar. 5. Especial referencia a la Sociología religiosa.

1. LA INTERDISCIPLINARIEDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

La afirmación de una necesaria interdisciplinariedad, que enriquezca los logros de una determinada ciencia, suele reiterarse con una extraña unanimidad, que no se corresponde con la efectiva incorporación de esa nueva perspectiva metodológica.

El Derecho Canónico y el Derecho Eclesiástico del Estado no constituyen una excepción. Canonistas y eclesiasticistas no han dudado en formular ese principio, aunque luego en las aplicaciones prácticas de la metodología, formal y académicamente establecida, se echan en falta no pocas consecuencias de un principio frecuentemente tan comprometedor.

La postura teórica de defensa de la interdisciplinariedad ha sido formulada, entre otros y dentro del ámbito canónico, por Viladrich, con su habitual profundidad llena de sugerencias. La consecuencia que aquí interesa subrayar, se fundamenta para Viladrich, en estas ideas: "La ca-

nonística, pues, deberá dedicar parte de sus energías a elaborar los cauces de *interdisciplinariedad, con la sociología jurídica y religiosa* y con la pastoral, al modo como siempre ha estado abierta a los estudios de historia de la Iglesia y del derecho pretéritos" (1).

Más en concreto, y sin salir de ese ámbito canónico, la apelación a la sociología origina una serie de problemas específicos que no es el momento de plantear, puesto que exceden de los límites naturales que en este trabajo se imponen. No obstante, quede constancia de la necesidad de clarificar, también por parte de los canonistas, los retos que de esa perspectiva metodológica se derivan. El primero de ellos sería delimitar la equívoca utilización del término "sociológico", con una multiplicidad de acepciones que obliga al estudioso a una labor previa en modo alguno superflua (2).

En el ámbito del Derecho Eclesiástico, aunque el tema dista de resultar pacífico, se muestra con perfiles más nítidos y puede enraizarse

(1). *El "Ius Divinum" como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia en "La norma en el Derecho Canónico"* (III Congreso internacional de Derecho Canónico, Pamplona 1976), Pamplona 1976, II, p. 49-50.

Más adelante el propio VILADRICH (p. 74) señalará que "la autoridad eclesiástica, si siente la necesidad del Derecho, deberá correlativamente facilitar la incorporación de la canonística a los canales de información que esa autoridad posee o puede poseer en relación a la vida real de la Iglesia. No es serio reclamar soluciones jurídicas a una canonística a la que se mantiene apartada —institucional y sistemáticamente— del conocimiento de los problemas que esa misma autoridad quiere resolver mediante el derecho y la ciencia canónicos".

(2) Vid. como prueba de esta falta de univocidad, y de los distintos niveles en que se desenvuelve la afirmación de la importancia de lo sociológico para el Derecho de la Iglesia Católica: DE LA HERA, A., *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico*, Madrid, 1967, p. 247-248; ECHEVERRÍA, L. de, *Droit Canonique et réalité*, "L'anné canonique", 1971, p. 176; MARGIOTTA BROGLIO, F., *Diritto Canonico e Scienze Umane, Per un approccio interdisciplinare alle istituzioni della chiesa occidentale*, Prólogo a le BRAS. G. "La Chiesa del diritto" (traducción italiana de "Prolegomènes"), Bologna, 1976, p. XI; MARTINI, A., *Il Diritto Canonico nella realtà ecclesiale*, Roma, 1969 p. p. 37-38; LLAMAZARES, D., *Derecho Canónico Fundamental*, León, 1980, p. 386-388; REINA, V. *La naturaleza del Derecho Canónico*, Madrid, 1969, p. 100-101; SOBANSKI, R., *De Theologicis et Sociologicis prasmisistheorie iuris ecclesialis elaborandae*, en "Periodica" 69 (1977), 3-4 p. 689-692; NEWMAN, El Dinamismo social de la Iglesia, "Concilium", 48 (1969), p. 184-185; GREELEY, *Derecho canónico y sociedad*, "Concilium", 48 (1969), p. 185; WINNINGER, *La Sociologie religieuse et le Droit canonique*, 1952, p. 331; ECHEVERRÍA, I. de, *Aspectos sociológicos de la adaptación del C.I.C.*, "Estudios de Diritto" VIII (1961), p. 285 y ss.; GREELEY, *Sociología y estructura de la Iglesia*, "Concilium", 58 (1970), p. 106 y ss.; GODDIJN, *La Iglesia y la sociología*, en el vol. "La Iglesia, el hombre y la sociedad" Barcelona, 1967, p. 237 y ss.; PHILIPS, G. *Droit canon et théologie dogmatique*, en "Ius Populi Dei" Roma, 1972, p. 359-378.

igualmente en esa interdisciplinariedad, reconocida con unanimidad, al menos como declaración metodológica de principio.

Pueden citarse como paradigmáticas las palabras de D'Avack sobre este punto. Las ciencias subsidiarias del Derecho Eclesiástico, como de cualquier otro tema del derecho, son innumerables. El derecho eclesiástico encuentra ayuda en la teología, en la filosofía, en la política, en la historia, en la sociología, en la economía, etc. Cosa que no es de extrañar porque, como recuerda el propio D'Avack, sustancialmente se trata de ciencias que aunque desde perspectivas distintas, todas tienen igualmente por objeto el estudio del mismo fenómeno social. Se trata de ciencias que, en consecuencia, convergen naturalmente, aun por caminos diversos, en un idéntico objetivo cognoscitivo y representativo de la misma realidad social (3).

Por otra parte, existe un dato, suficientemente asentado en la metodología jurídica, que justifica esa apertura de lo jurídico hacia lo sociológico: la concepción del derecho como ciencia social y el consiguiente abandono del positivismo (4). El tema se puede encuadrar dentro de la polémica tensión formalismo-antiformalismo que vive la metodología jurídica (5).

El objetivo del presente estudio trata de resaltar el carácter práctico de esta perspectiva para quienes están llamados a construir, más "ex novo" de lo que fuera de desear, el nuevo Derecho Eclesiástico Español que la constitución de 1978 exige.

Sin ánimo de terciar en la polémica que toma como direcciones contrapuestas: la sociología del derecho con entidad de disciplina autónoma (por sí integrada en una sociología general); y el sociologismo como método a utilizar en la investigación jurídica (5); la perspectiva sociológica, el conocimiento de la realidad que la norma trata de confirmar, debe estar presente en la labor del jurista, si pretende evitar un "encastillamiento" que eufemísticamente se llama "encerrarse en la torre de marfil".

Para lograr el necesario auxilio de la sociología, que con criterios científicos trata de desentrañar no pocas enigmas de la realidad social,

(3) *Trattato di Diritto Ecclesiastico Italiano. Parte Generale* Milano, 1978, p. 54.

(4) Vid. KNAPP, V. *La scienza del diritto*, Bari, 1978, p. 47: "il massimo punto di rottura tra scienza giuridica passata e presente è individuato nell'abbandono del positivismo e nella trasformazione delle scienza giuridica in scienza sociale".

(5) Vid. HERNANDZ GIL, A *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid, 1973, Vol. III, passim. (5 bis) Ibidem, p. 386.

el jurista debería, en mi opinión, con la suficiente humildad, evitar absurdos "chauvinismos" pseudocientíficos y recelos no siempre justificados.

2. LOS RECELOS FRENTE AL CONOCIMIENTO SOCIOLOGICO

No se propone como objetivo este estudio determinar las causas de la desconfianza mostrada con frecuencia por los juristas frente al conocimiento sociológico, ni siquiera un pronunciamiento respecto de la justificación de una postura semejante. Se tratará, en cambio, de poner de relieve la falta de fundamento de un rechazo apriorístico e irracional frente a un conocimiento que puede aportar una información necesaria, incluso a quienes no están dispuestos a fundamentar en él la reforma, el cambio social.

Frente a esa afirmación, necesaria por tautológica que parezca, se erigen aún, por parte de los juristas, recelos y falta de interés que pueden reconducirse a algunas de las razones que a continuación se aducen, sin ánimo de totalizar cuestión tan compleja. Esas razones, con especial relación al posible recelo mostrado por los eclesiasticistas, más por omisión que por acción (6), pueden agruparse en: razones científicas, históricas e ideológicas y políticas.

Y sin embargo, como señaló Bobbio, no hace mucho, y el ejemplo es especialmente ilustrativo, "nadie puede tener dudas sobre la importancia que, de haber existido, habrían tenido los estudios empíricos sobre el matrimonio en Italia, en la fase actual de la lucha pro y contra divorcio" (7).

Pero lo cierto es que la ciencia del derecho en general, y los cultivadores de esa rama que conocemos por el nombre de Derecho Eclesiástico del Estado en especial, sobre la base de "razones científicas" han impedido un positivo influjo de los estudios sociológicos.

Evidentemente cada ciencia autónoma cuenta para ser tal, con un método propio, pero de ahí no cabe deducir un rechazo de aportaciones auxiliares. Una cosa es ser consecuente con el método propio y otra mo-tejar de "sociologismo jurídico", sin acepción ulterior, toda contribu-

(6) Basta con consultar el repertorio bibliográfico de Sergio LARICCIA o las indicaciones bibliográficas contenidas en el *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1980 para constatar ese dato.

(7) *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1980, p. 235.

ción ajena al campo disciplinario. Por otra parte, dentro de esas calificadas como razones científicas, la concepción academicista de las disciplinas conduce a una estructuración a modo de "Reinos de Taifas" que ha prestado un flaco servicio. También en este punto, una visión semejante retrasa la permabilización de nuevas técnicas en viejas ciencias.

Esa reticencia en la admisión de lo sociológico, por parte de los juristas puede cifrarse en un dato sintomático: los planes de estudio de las Facultades de Derecho españoles.

La ausencia de la Sociología en el tratamiento didáctico que el derecho recibe en la Universidad española, se apoya también en una razón puramente cronológica: cabe decir que, aún sin desconocer ni olvidar su importante pasado, "la Sociología del Derecho, cuando se constituye y comienza a desarrollarse propiamente como auténtica ciencia, dotada de una suficiente autonomía y de una verdadera base empírica, así como de una adecuada y correcta metodología, es solamente en los años siguientes a la terminación de la segunda guerra mundial e incluso, más en concreto, en torno a 1950" (8).

Otras razones que explicarían el divorcio entre sociólogos y eclesiasticistas quizás sean de orden más ideológico y entre ellas, no es la de menor importancia, el alejamiento e incluso la abierta hostilidad que los precursores de la Sociología como ciencia mostraron frente a ideologías tradicionales. Piénsese por ejemplo en los epígonos de la Escuela Racionalista de Derecho Natural, en Comte, Marx, Engels, Nietzsche, Durheim, Weber, etc. (9).

Al lado de ese dato no era fácil que los eclesiasticistas cercanos a planteamientos confesionales, se sustrajeran a la evidente incompatibilidad entre los planteamientos de la primitiva Teoría Sociológica y los contenidos en la doctrina del Magisterio de la Iglesia.

Ello sin contar con que el fenómeno religioso en general, y la realidad eclesial en particular, se resisten por definición a un análisis puramente fenoménico, a la aplicación de las técnicas de investigación empí-

(8) DIAZ, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, p. 160. Afirmación que como se verá más adelante puede hacerse extensiva a la Sociología religiosa, cuyo origen suele situarse en torno a 1930.

(9) Vid. respecto de la historia de la sociología jurídica el sintético planteamiento que hacen, con indicaciones bibliográficas: CARBONNIER, J. *Sociologie Juridique* Paris, 1972, P. 51-108; DIAZ, E. *Sociología...* cit. p. 135-60.

ricas. Tema este sobre el que se incidirá más adelante al analizar la evolución más en concreto de la sociología religiosa.

Otra razón que explicaría la aludida resistencia frente a la Sociología podría radicar en la función desmitificadora y crítica de la realidad que cumple prioritariamente el sociólogo (10), o incluso en una de sus principales pretensiones: suprimir los valores a expensas de los hechos, aunque su slogan sea separar hechos y valores (11).

Por esta vía venimos a dar en el ideal de una Sociología "pura", que no siempre se ha visto realizada. La Sociología, se dice, no valora. El sociólogo como científico, deberá atenerse a los hechos, contribuyendo a la explicación causal, objetiva, empírica de los mismos, sin sustituir el conocimiento de cómo son realmente las cosas por construcciones racionales que hablen de cómo deben ser.

Ahora bien, el problema surge precisamente porque, con excesiva frecuencia, al decir Díaz, esos criterios valorativos de cada investigador vienen a alterar, consciente o inconscientemente la propia realidad de los hechos (12). Y son esas disfunciones las que han alimentado, a veces con razón, los recelos.

Por último, las concepciones políticas, en la medida en que subyacen en las indagaciones empíricas, también ocasionan una reacción refleja en quienes no las comparten. En esta línea estaría tentado de plantear como hipótesis la falta de correspondencia, en líneas generales, entre las concepciones de quienes se dedican a la sociología y las que presiden, al menos hasta las últimas generaciones, la labor de tantos eclesiasticistas.

Pues bien, sean cuales fueren las razones de esa desconfianza inicial frente a la Sociología, las técnicas sociológicas acabarán por constituir un importe y útil instrumento, al servicio del jurista, en orden a un más comprensivo y real conocimiento de las relaciones sociales; "para mostrar la realidad tal y cómo es, no cómo parece que es, o cómo se dice que es" (13).

(10) DIAZ, E. *Sociología...* cit. p. 235.

(11) HOROWITZ, Irwing Louis, *Introducción al Libro The New Sociology* citado por DIAZ, p. 236.

(12) *Ibidem*, p. 218.

(13) *Ibidem*, p. 235.

Esa apelación a la realidad, y en consecuencia a la ciencia que trata de desentrañar los fenómenos sociales (14), viene especialmente exigida por las bases constitucionales del nuevo Derecho Eclesiástico del Estado Español, sin que por ello deba desvirtuarse la consideración formal del fenómeno religioso propia del Derecho eclesiástico (15).

3. LA VOCACION SOCIOLOGICA DEL NUEVO DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO ESPAÑOL

Además de los motivos comunes a otras ramas del derecho que aconsejan el auxilio de cuantas ciencias ayuden a la comprensión integral de los factores sociales, existe en las fuentes vigentes, y todavía pendientes de desarrollo, del Derecho Eclesiástico del Estado Español suficientes argumentos jurídicos, que recaban dicho auxilio.

Es más, determinadas normas verían hurtado su contenido, sin ese imprescindible apoyo por prejurídico que parezca. La efectiva y práctica aplicación de los principales constitucionales exige, como una de las tareas previas y prioritarias, la indagación sociológica.

Tal afirmación no es en modo alguno apriorística, antes al contrario proviene de la contemplación de la problemática real que plantea la aplicación de tales principios constitucionales: de libertad religiosa, laicidad, igualdad y cooperación.

La actual situación del Derecho Eclesiástico Español obliga a los juristas, interesados en la regulación por parte del Estado del factor religioso, al análisis constitucional, en una medida superior a la que fuera de desear: son síntomas de la novedad sí, pero también de la falta de asentamiento de esos nuevos principios y de la propia carencia de desarrollo legislativo.

No es de extrañar, pues, que se ciña el análisis a los preceptos constitucionales y a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, (Ley 7/1980 de

(14) Evidentemente bajo un punto de vista que no coincide con el punto de vista normativo propio de la ciencia jurídica, tal y como pone de manifiesto por ejemplo LEGAZ en la definición que propone de Sociología del Derecho: "rama de la Sociología general que estudia el fenómeno del Derecho no bajo el punto de vista normativo propio de la ciencia jurídica, sino como fenómeno social" (*Concepto y función de la sociología Jurídica*) en "Revista española de Sociología", número cero, abril 1964, p. 31.

(15) Vid. VILADRICH, P. J. *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado Español*", Pamplona, 1980, p. 213.

5 de Julio), cuyo desarrollo por ejemplo respecto del Registro de Entidades Religiosas (Real Decreto 142/1981, de 9 de Enero) poco añade al específico objeto de este trabajo.

No será necesario insistir pormenorizadamente sobre los principios constitucionales, objeto de un estudio por parte de Viladrich, que muestra el vigor de la lógica interna, hasta extremos insospechados por los propios redactores de la Constitución del "consenso", o de la "ambigüedad consensuada" (16).

Sí, interesa fijarse, en interés de la tarea que en este trabajo se impone, en una de las denominadas claves de lectura de la Constitución: la soberanía popular, como fuente de inspiración. Esa primera clave que Viladrich subraya con estas palabras: "Mientras la concepción concreta de las relaciones entre lo religioso y lo político debían reconducirse, en el sistema eclesiasticista anterior, a lo que dijese la doctrina de la Iglesia Católica sobre esta cuestión y, en concreto, a las fórmulas ideales de relación entre la Iglesia y el Estado según eran concebidas por el magistrado de la Iglesia Oficial...; por el contrario, la Constitución entraña, en congruencia con la soberanía popular como fuente de sus opciones básicas, una consideración del hecho religioso, *en la medida y sólo en esa dimensión en que se manifiesta y actúa como factor social sometido a un tratamiento jurídico de naturaleza civil (no confesional)*" (17).

Es de sobra conocido que la soberanía nacional reside en el pueblo español (art. 1-2), representado por las Cortes Generales (artículo 66). Pero no es menos evidente en un régimen democrático occidental, que el respeto al pluralismo que la Constitución proclama, debe trascender de la elección de los representantes.

Y ese pluralismo en el ámbito religioso encuentra refrendo constitucional en la declaración de aconfesionalidad del Estado y de laicidad contenida en el número 3 del artículo 16:

"Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos

(16) Vid. REINA. V. *El sistema matrimonial español*, en "los Acuerdos Concordatarios españoles y la revisión del Concordato Italiano", Barcelona, 1980, p. 297.

No es sólo anecdótica la cita que VILADRICH hace al comienzo de su estudio de Azaña en el discurso parlamentario sobre el polémico art. 26 de la Constitución republicana de 1931: "después vendrá la ciencia y nos dirá cómo se llama lo que hemos hecho" (*Los principios cit.*, p. 221-212 y nota 1).

(17) *Ibidem*, p. 216-217.

tendrán en cuenta las *creencias religiosas de las sociedad española* y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

En ese fundamental precepto se contiene una, expresa, mención crucial (“las creencias religiosas de la sociedad española”), para cuya concreción personalmente no conozco otro procedimiento laico que el de la investigación sociológica. Los poderes públicos han de tener en cuenta esas creencias y han de evitar incurrir en confesionalismos, en jurisdiccionalismos y en una simple desprotección práctica que desoiga el mandato constitucional. La conclusión no es forzada: previamente esos poderes públicos habrían de conocer con los medios científicos a su alcance, cuáles son esas creencias.

A tal conclusión no se opone una idea igualmente cierta, que hace Viladrich y comparto plenamente:

“Digamos, por fin que el Estado no capta sociológicamente aquella voluntad soberana de la sociedad española. Es decir, los *principios* de relación con las confesiones religiosas no se derivan del *hecho sociológico* de que la mayoría del pueblo español es de profesión religiosa católica. Si este hecho mayoritario fuera el *fundamento* de la actitud del Estado respecto de las confesiones, entonces se abriría una grieta en la laicidad del Estado por cuanto estaríamos en presencia de una confesionalidad sociológica: el Estado asumiría el dualismo católico por ser el sistema doctrinal de la religión de la mayoría de los españoles. Conviene notar, por el contrario, que el Estado deduce los principios de sus relaciones con las confesiones de la *Constitución*, esto es, de lo que es suprema expresión jurídica de la voluntad soberana del pueblo español, y no del hecho sociológico” (18).

De la captación sociológica no cabe deducir, pues, el fundamento de la actitud del Estado respecto de las confesiones (19) ya resuelto en la Constitución.

Evidentemente lo contrario supondría invalidar absolutamente la proclamada aconfesionalidad del Estado, dejar la confesionalidad “en perpetuo trance constituyente” y considerar al Estado como un simple

(18) *Ibidem*, p. 233. El subrayado es nuestro.

(19) Salvo que evidentemente esa captación sociológica se sustancie formalmente en el procedimiento de reforma constitucional que la propia Constitución prevé (artículos 166-169).

mandatario de un pueblo cuya fé religiosa es mayoritariamente la católica; supondría en fin confundir "soberanía popular" con "creencias religiosas" (20).

Pero, sin embargo, esa captación sociológica es imprescindible precisamente para realizar esos principios constitucionales ya fundamentados: libertad religiosa de todos los ciudadanos y de todos los grupos sociales (art. 16.1.), laicidad del Estado (art. 16.3), igualdad religiosa (art. 14), cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas (art. 16.3).

Igualmente es necesaria para su reconocimiento, garantía y promoción.

Difícilmente podrá el Estado promover (art. 9-2 de la Constitución) o reconocer y garantizar las libertades ideológicas, religiosas y de culto (art. 16-1) sin conocer "toda la plural variedad estructural, jerárquica, jurídica, dogmática, histórica y sociológica" que "viene a constituir directamente el contenido libre y autónomo del concepto eclesialista de confesión". Conocimiento que no implica que "el Estado tenga la menor pretensión de inmiscuirse en ese pluralismo contenido so pretexto de reconocimiento legal" (21).

Esa perspectiva sociológica viene igualmente exigida implícitamente por otras normas contenidas tanto en los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de Enero de 1979 (22) como en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (23) y en la modificación del Código Civil (24).

En esta primera aproximación, que trata básicamente de llamar la atención sobre esa perspectiva sociológica, interesa una referencia a algunos preceptos de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (Ley 7/1980,

(20). Vid. VILADRICH, *Los principios informadores...* cit. p. 289-292 y la aplicación que hace REINA (*El sistema matrimonial...* cit. p. 312-313) comentando tales ideas.

(21) *Los principios informadores...* cit. p. 225.

(22) Piénsese por ejemplo en el "derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar" o en el respeto a "los valores de la ética cristiana" cuyo respeto declara el art. I del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales.

Sejante dificultad ofrece el art. XIV de dicho acuerdo: "Salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos y establecerá los correspondientes acuerdos sobre estas materias con la Conferencia Episcopal Española".

(23) Art. 2º, 3º, 7º y 8º sobre los que se insistirá inmediatamente.

(24) Art. 59 en la redacción dada por el art. 1º de la Ley 30/1981, de 7 de Julio.

de 5 de Julio) en los que se hace patente de una forma más expresa. (25).

Entre ellos merece un breve comentario el art. 7º que establece:

“El Estado, teniendo en cuenta las *creencias religiosas existentes en la sociedad española*, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que *por su ámbito y número hayan alcanzado notorio arraigo en España*”.

Ese criterio del “notorio arraigo” se reitera en el artículo 8º de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, como principio de participación en la Comisión Asesora de Libertad Religiosa que la propia Ley crea en el Ministerio de Justicia.

Pues bien, para evitar la arbitrariedad en la interpretación de tan crucial criterio, la investigación sociológica, la sociometría al menos, puede aportar base científica suficiente. Sin esa indagación previa, asentada en unos principios científicos ya probados, las calificaciones jurídicas primero y los decisiones políticas después, habrán de arrostrar riesgos innecesarios; instrumentalizaciones en la interpretación y aplicación del derecho, basadas en intolerancias teistas, ateas o agnósticas, que a estos efectos vienen a ser lo mismo (26).

Por otra parte el establecimiento de la tipología que ese artículo 7º recoge (Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas), y que el art. 2º del Real Decreto 142/1981, de 9 de Enero, desarrolla (27), también reclama esa investigación previa, para no incurrir en el jurisdiccionalismo

(25) Así el art. 2º nº 3 al declarar: “Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa a los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”.

Igualmente el art. 3º plantea múltiples perplejidades al jurista a cuya resolución contribuiría sin duda esa perspectiva sociológica: ¿Cómo delimitar los elementos constitutivos del Orden público (seguridad, salud, moralidad pública) que la Ley protege? ¿Cómo evitar que esos conceptos jurídicos indeterminados se conviertan en fuente, en pretexto de discriminación y de falta de equidad, mediante una aplicación arbitraria del derecho?

(26) Cfr. VILADRICH, *Los principios informadores...* cit. p. 212.

(27) El citado art. 2º establece: “En el Registro de Entidades Religiosas se inscribirán:

A) Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas.

B) Las Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos.

C) Las entidades asociativas religiosas constituidas como tales en el ordenamiento de las Iglesias y Confesiones.

D) Sus respectivas federaciones.

estatal que implicaría una intromisión en la autonomía y en la peculiaridad y especificidad de lo religioso (28).

El jurista en efecto, antes de calificar jurídicamente debe, en razón del principio del realismo democrático, observar que hay en la realidad social determinados colectivos, en los que se integran los ciudadanos con ánimo de vivir de modo institucional aspectos de su vivencia religiosa, y que se presentan como manifestaciones del carácter social del hecho religioso (29).

Esa necesaria observación difícilmente puede llevarse a cabo con la exclusiva ayuda de criterios jurídicos. Por tanto el jurista vendrá obligado, si no a indagar, sí al menos a reclamar unos datos, para cuya captación no cuenta con las técnicas adecuadas.

Bastaría, como principio, con llevar al ánimo de los juristas la necesidad de ese nivel, prejurídico si se quiere, pero imprescindible; la exigencia de permeabilizarse de aportaciones, sólo accesibles a la investigación científica, propia de la sociología.

Esa previa investigación del substrato social se estima especialmente necesaria para acometer los acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, que nuestro ordenamiento recoge en el art. 16.3 de la Constitución y 7º de la Ley Orgánica de Libertad religiosa, ya transcritos (30). De lo contrario podría traicionarse el principio de igualdad que la Constitución sanciona (31).

Como ha señalado Viladrich, el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones responde a la inspiración democrática de que

(28) Vid. VILADRICH, *Los principios informadores*, p. 219-228 que analiza la naturaleza jurídica-civil, igualitaria y específica del concepto constitucional de confesión.

(29) Cfr. *Los principios...* p. 222.

(30) En realidad tales acuerdos o Convenios no agotan el principio constitucional de reconocimiento, garantía, tutela, promoción de las creencias religiosas de la sociedad española, pero constituyen el cauce específico más importante previsto por la Constitución para tal fin. En ese sentido la redacción del art. 7º de la LOLR puede inducir a confusión, pero el contenido del art. 16 resuelve cualquier duda al respecto: los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, y no sólo a la hora de establecer esas relaciones de cooperación que se prevén.

(31) Vid. VILADRICH, *Los principios...* cit. p. 283-303 respecto del principio de igualdad y 303-315, para el principio de cooperación; LOMBARDIA, *Fuentes del Derecho Eclesiástico Español*, en "Derecho Eclesiástico del Estado Español" cit. p. 182-202, especialmente p. 196-197 y 202.

los grupos sociales afectados —en nuestra materia las confesiones religiosas— participen habitual y normalmente en la elaboración y aplicación de su status jurídico, evitándose en el orden de la libertad religiosa todo criterio o concepción sobre el papel de los poderes públicos que condujera a una antidemocrática incomunicación entre estos y las bases sociales específicamente afectadas —las confesiones— y provocase, en consecuencia, un divorcio entre lo que necesitasen en justicia tales grupos específicos y la configuración que impositivamente quisiera aplicarles el Estado (32).

Todo ello sin olvidar la magna cuestión con que han de enfrentarse actualmente los eclesiasticistas: cohonstar la libertad de las confesiones, con la de los individuos incluso disidentes, ateos o agnósticos (33).

Esa temática bifronte requiere, en aras de una más adecuada aplicación a la realidad, la anunciada investigación sociológica previa. Sólo así podrán sortearse las críticas que suscita la institución paralela, de las “intese” italianas, que Lombardia resume con estas palabras: “existe el riesgo de que la escasa presencia social de la mayoría de las Confesiones religiosas en España, unida a la sensibilidad hacia la exigencia constitucional de la igualdad en materia religiosa, coloque a nuestra doctrina eclesiasticista en una situación análoga a la doctrina italiana sobre las “intese” previstas en el art. 8 de la Constitución de aquel país: la de producir una amplia y brillante literatura técnica sobre una figura nunca aplicada en su plenitud de posibilidades” (34).

El juicio de LOMBARDIA es evidentemente benévolo, puesto que los frutos reales de tan brillante literatura, que también señala, pueden concretarse en las “piccole intese” sobre extensión de seguros de invalidez, vejez y enfermedad a los ministros de culto (35); en estériles intentos que cristalizan todo lo más en proyectos (36).

(32) *Los principios...* p. 304.

(33) Vid. FERRARI, S., *Ideologia e Dogmatica nel Diritto Ecclesiastico Italiano*, Milano 1979, p. 8; ONIDA, V. *Profili costituzionali delle intese*, en “le intese tra Stato e Confessioni religiose”, Milano, Bologna, 1978, BELLINI, P. *Diritti individuali dell'uomo e formazioni sociali religiose*, en “Studi in onore di P.A. d'Avack”, Milano, 1976, p. 213-248; CARDIA, C. *Ateismo e libertà religiosa* Bari, 1973; VARIOS, *Individuo gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano 1973.

(34) *Fuentes del Derecho Eclesiástico Español*, cit p. 198.

(35) Que se producen progresivamente desde 1961, Vid. PEYROT, G. *Significato e portata delle intese*, en, “Le intese...” cit. p. 62-63; MIRABELLI, C. *Ossevizioni religiose in forma pattizia*, ibid. p. 217-227.

(36) Con las Iglesias valdenses y metodistas. Vid. LOMBARDIA, P. *Fuentes...* cit. p. 198 nota 42.

Frente a esta situación la doctrina italiana no ha reaccionado con virulencia, limitándose a destacar la inaplicación o la necesidad de abordar problemas sustanciales en vez de debatirse en discusiones dogmáticas (37).

Quizás sea sintomático que en este tema de las "intese" el autor italiano, que más haya incidido en llenar de contenido real la libertad religiosa solamente proclamada por la Constitución italiana, sea Giorgio Peyrot (38). Quizás igualmente sea necesario luchar desde una posición confesional o en general comprometida, distinta de la mayoritaria, para examinar la formalidad de las declaraciones constitucionales que parecen estar destinadas más a acallar conciencias que a instaurar un régimen de libertades reales.

Juicios de valor aparte, esa actitud práctica ante el problema ya presidió un importante trabajo de Jemolo (39), está presente también en el tema de las "intese" en la opinión de Peyrot (40) y de Mirabelli (41).

Si las anteriores premisas son válidas, el estudioso del Derecho Eclesiástico del Estado Español deberá prestar atención, e incluso colaboración a los logros científicos de la sociología jurídica y la sociología religiosa como ramas especialmente interesadas en el "factor religioso" (42). Si no lo fueran, esa perspectiva habrá igualmente de interesar al jurista

(37) Respecto de la falta de aplicación a la realidad italiana es significativo el dictamen de FINOCCHIARO (en *le intese nel pensiero dei giuristi italiani* en "Le intese"... cit. p. 17) "Le Confessioni acattoliche intendevano ottenere intese dirette ad abrogare queste norme illiberali; però queste intese sono state rifiutate. Non e che siano rifiutate con un "no" chiaro e preciso, sono state rifiutate, con un *escotatage*, con ondeggiamenti di carattere diplomatico".

"Si diceva: "Fate delle proposte e noi vi risponderemo. Lo Stato non può nominare delle rappresentanze, poichè ha una Direzione generale per gli affari di culto, che si occupa di queste materie"...

"Era chiaro che, così, l'art. 8, 3° comma, della Costituzione era stato messo in naltalina... non parla di *intese a livello burocratico*". En relación con la necesidad de acometer problemas sustanciales puede verse por ejemplo. ONIDA, V. *Profili costituzionali delle intese*, cit. p. 25.

(38) Vid. *Nota informativa sul progetto per l'intensa tra la Repubblica italiana e le chiese valdesi e metodiste*, firmada en nombre de la delegación valdense-metodista por el prof. Giorgio. PEYROT, en "Le intese"... cit. p. 229-239.

(39) *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961.

(40) Vid. *Significato e portata delle intese*, cit. p. 49-50.

(41) *Osservazione conclusive*, en "Le intese"... cit p. 161.

(42) La propia expresión que define VILADRICH (*Los principios...* p. 234) como "conjunto de actividades, intereses y manifestaciones del ciudadano, en forma individual o asociada, y de las confesiones, como entes específicos, que teniendo índole o finalidad

que pretenda ser fiel a las exigencias de un conocimiento integral, por encima de barreras, frecuentemente artificiales, que las disciplinas imponen.

La Sociología jurídica y la Sociología religiosa constituyen dos importantes auxiliares de la ciencia jurídica.

Con una breve referencia a esas dos importantes ramas de la Sociología se cierra al arco de esta exposición de cuyo carácter introductorio, ya ha quedado constancia.

4. LA SOCIOLOGIA JURIDICA COMO AUXILIAR

No parece necesario extendernos aquí en la historia de la formación de esta ciencia que tiene su origen propiamente dicho en la contribución de Emil DURKHEIM y su escuela (43), ni siquiera en su concepto que oscila sensiblemente según los autores, como tributo a la relativa novedad de una ciencia no tan asentada como la Ciencia del Derecho (44).

Conviene destacar, eso sí, alguna de las tareas de las temáticas propias de esta Ciencia, que confirman cuanto se lleva dicho sobre su papel

religiosas, crean, modifican o extinguen relaciones intersubjetivas en el seno del ordenamiento jurídico Español, constituyéndose, en consecuencia, como factor social que existe y opera en el ámbito jurídico de la sociedad civil y que ejerce en ella un influjo conformador importante y peculiar".

Quizás no sea una coincidencia la raigambre sociológica de esta expresión, que dá título a un libro clásico de sociología.

Me refiero a LENSKI, G. *The Religious Factor. A Sociologist's inquiry*, New York, 1961.

(43) Vid. por ejemplo: GURVITCH, Georges *Problema de la Sociología del Derecho en Tratado de Sociología*, Buenos aires 1963, p. 199-233, en donde puede consultarse una selección bibliografía; DIAZ, Elías *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, p. 135-170, igualmente con abundantes referencias bibliográficas.

(44) Basta con citar, además de las indicaciones bibliográficas anteriores, algunas obras especialmente prestigiosas no reseñadas en la nota anterior: GURVITCH, Georges, *Sociología del Derecho*, Ed. Rosario (Argentina), 1945; CHAMBLISS, William J., SEIDMAN, Robert B. *Law, Order and Power*, Addison-Wesley Publishing Company, Reading Massachusetts, Menie Park, California, London. Don Mills, Ontario, 1971; SCHUR, Edwin M. *Law and Society. A Sociological View*, Random House. New York 1968; Varios *Law and Sociology*. The Free Press of Menco. New York, 1962; Varios *La Sociología del Diritto. Problemi a ricerche*. Milano, 1966; Varios, *Méthode sociologique et droit*. Rapports présentés en Colloque de Strasbourg (26-28 nov. 1956). París, 1958.

Más genéricamente y como introducción necesaria pueden citarse: BOTTOMORE, T.B. *Introducción a la Sociología*, Barcelona, 1973, especialmente p. 239-252 sobre el derecho como control social; CHINOY, Ely *La Sociedad. Una introducción a la Sociología*, México 1966.

auxiliar de la Ciencia jurídica en general, y de la rama del Derecho Eclesiástico, en particular.

Sobre la base siempre de la Ciencia jurídica, en sentido estricto, como análisis del Derecho vigente y de la "legitimidad legalizada" se impone según DIAZ, una reivindicación de la Sociología jurídica, materia ya imprescindible para una correcta investigación empírica de la *eficacia o efectividad social del Derecho*", y a su vez de la "legitimidad eficaz" o ideología jurídica socialmente aceptada (45).

Es decir que el tema general de la Sociología jurídica, estudio y análisis de las interrelaciones entre Derecho y Sociedad, parece que puede ser considerado a dos niveles diferentes: uno, en el nivel propio de las interrelaciones entre Derecho positivo (sistema de legalidad) y sociedad; otro, en el de las interrelaciones entre valores jurídicos (sistema de legitimidad) y sociedad.

Con la simple enumeración de las cuestiones que se integran en esa doble temática general (46) daremos por planteada la problemática que debe alcanzar la consideración de los eclesiasticistas en el sentido apuntado, para dedicar la última parte de esta trabajo a la cuestión, más estrictamente conexas de la Sociología religiosa.

Dentro del primer nivel aludido de la Sociología jurídica, el de interrelación entre Derecho positivo y Sociedad, tendrían cabida las siguientes cuestiones que habrán de someterse a consideración:

a) Constatación del Derecho realmente vivido en una sociedad. Habrá de diferenciarse, por tanto, el Derecho vigente (formalmente vivido) y el Derecho eficaz (realmente vivido).

b) Análisis del substrato sociológico de un sistema jurídico tanto con respecto de la normatividad positiva, como de las instituciones que funcionan en el sistema. Estudio, por tanto, de las fuerzas reales de todo tipo y de los factores que determinan el nacimiento, conservación, transformación y posible muerte del Derecho, tanto en un sentido general his-

(45) *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit. p. 8-9. El planteamiento se reitera en p. 63 donde se recibe la tridimensionalidad del derecho (norma-hecho-valor) y se correlaciona con tres ciencias que se ocupan de cada uno de esos tres aspectos (Ciencia del Derecho —Sociología del derecho— Derecho legítimo) que se refieren a tres niveles distintos de legitimidad (legitimidad legalizada —legitimidad eficaz— legitimidad justa).

(46) *Ibidem*, p. 209-216.

tórico, como en referencia a un concreto ordenamiento jurídico positivo.

c) Análisis de la influencia del Derecho sobre la realidad social. Es decir consideración del Derecho como factor de inmovilismo o de transformación social.

Por ultimo, dentro del segundo nivel, el de interrelación entre valores jurídicos y sociales, las cuestiones fundamentales a analizar serían, entre otras:

a) La constatación de los valores jurídicos aceptados en una sociedad.

b) Análisis del substrato sociológico de los valores jurídicos.

c) Análisis de la influencia de los valores jurídicos sobre la realidad social.

La simple enumeración de algunas de las cuestiones, prueba, de forma incontestable a mi entender, la trascendencia de esa nueva perspectiva que el eclesiasticista no puede ignorar.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA SOCIOLOGIA RELIGIOSA

Al desarrollo de la sociología religiosa contribuye de una manera especial en Francia la "Ecole Pratique des Hautes Etudes" (47), fundada en 1886, que presenció en tiempos recientes el magisterio de Gabriel LE BRAS como Director de Estudios. Igualmente, a partir de 1945 hay que citar la actividad del "Centre d'Etudes Sociologiques", en el seno del "Centre Nationale de Recherche Scientifique", que incorpora desde el principio una sección de sociología religiosa (48).

Se continúa de esta forma la preocupación por la temática religiosa, que está en el origen de la ciencia sociológica como puede demostrarse con la cita de los cuatro exponentes clásicos que hace Le Bras en este

(47) Entre las importantes publicaciones de ese centro se cuentan las conocidas revistas *Revue d'histoire des religions*; *Revue des sciences religieuses*; *Année théologique*; *Année canonique*; *Revue de droit canon*; *La Maison-Dieu*; *Revue d'histoire de l'église de France*; *Revue d'histoire et de philosophie religieuse*; *Recherches de sciences religieuses*, etc.

(48) También aquí el trabajo de LE BRAS se une al de otros autores como Henri DESROCHES y Francois ISAMBERT.

Fruto de este equipo es por ejemplo el importante *Etudes de sociologie religieuse*: vol. 1 *Sociologie de la pratique religieuse dans les campagnes françaises*; Vol. 2 *De la morphologie à la typologie*, Paris, 1955 y 1956.

punto: Max Weber, Ernst Troelisch, W. Dilthey y Joachim Wach (49).

Más que un símbolo del vigor que esa rama de la sociología adquiere en Francia, es la revista "Archives de sociologie des Religions" (50).

A ese movimiento de la sociología religiosa, cuyo origen quiere verse en un importante trabajo de Le Bras aparecido en 1931 (51), se une la actividad de otros autores entre los que destacan: Boulard, Desroches, Isambert, etc.

Gradualmente van apareciendo en distintos países de Europa, Institutos de investigación socio-religiosa, que siguen el modelo de Le Bras. Uno de los más importantes es el "*Centre de Recherches Socio-Religieuses*", que establecido originariamente en Bruselas, tiene su sede actualmente en Lovaina y extiende su ámbito a toda Bélgica, con numerosas sucursales.

La actividad del Instituto belga, dirigido por Francois Houtart, uno de los especialistas más eminentes en sociología religiosa, ha extendido su atención a la América Latina, objeto de amplio número de estudios.

Dentro de este amplio desarrollo de la sociología religiosa, (52) que no es momento de ejemplificar más detalladamente, destaca la creación

(49) LE BRAS *Religious Sociology and Science of Religions* en "Readings in the Sociology of Religion", London 1967, p. 132.

(50) Revista que se viene a unir a las clásicas francesas "*L'Année sociologique*" (fundada por DURKHEIM) y "*Les cahiers internationaux de sociologie*" así como no menos importantes revistas, sobre todo en Alemania y Estados Unidos. Especialmente podrán citarse, además de la también francesa "Histoire et Sociologie de l'Eglise", dirigida por LE BRAS y GAUDEMET, las siguientes: *American Journal of Sociology*; *American Sociological Review*; *Archiv für religionswissenschaft*; *British Journal of Sociology*; *Journal of Religion*; *Kölner Zeitschrift für Soziologie*; *Sociological Review*; etc.

(51) LE BRAS, *Statistique et histoire religieuse. Pour un examen détaillé et pour une explication historique de l'état du Catholicisme dans les diverses régions de la France*, 17, 425-49 1931. Vid. también sobre este punto el comentario de BROTHERS en *Readings in the Sociology of Religion*. London 1967:

"This movement originated in 1931, when a French canon Lawyer, Gabriel LE BRAS, finding the legal categories which attempted to describe human situations, made a notable appeal for historians, archivists, clergy and the like to co-operate in an effort to understand the religious position in France".

(52) Los ejemplos serían interminables: Institutos protestantes y católicos en los Países Bajos (*The Sociology of Religion and Socio-Religious Research in the Netherlands* en otra importante revista, "Social Compass" 7 (4) 1960); "Roman Catholic Newman Demographic Survey" a partir de 1953 en Inglaterra y Gales, por citar aquellos que BROTHERS (Readings... cit. p. 14-16) estiman más importantes.

en 1948 de la *Conferencia Internacional de Sociología Religiosa*, en Lovaina y por iniciativa de un grupo de católicos franceses, belgas y holandeses. Este Conferencia ha ido produciendo, a lo largo de los años, un efecto multiplicador, del que entre nosotros es prueba evidente la reunión celebrada en Barcelona en 1965, y más recientemente la XIII Conferencia que tuvo por marco, del 31 de Agosto al 4 de Septiembre de 1975, a Lloret de Mar.

Pues bien, en el primer número de la revista "Archives de Sociologie des Religions" publicaba Le Bras un esclarecedor trabajo sobre "Sociología Religiosa y Ciencia de las Religiones" (53) en el que ilustra cómo a menudo los autores continentales usan las expresiones "sociología de la religión" y "sociología religiosa" como sinónimos. Parece sin embargo que actualmente es preferible considerar a la sociología religiosa como una rama de la sociología de la religión (54).

Al margen de disquisiciones académicas y de estrictas definiciones que suelen sacrificar la complejidad en aras de la aparente claridad, si conviene precisar que en esta rama de la Sociología se separan especialmente los aspectos de teoría sociológica de aquellos otros de sociología práctica, empírica. Esta última apegada al dato olvida incluso cuestionarse el valor de los indicadores que utiliza y deviene con frecuencia mera sociometría.

Ese "gap" es tanto más profundo si se piensa en la presión totalizadora y maximalista de la sociología de las religiones en su origen. Piénsese por ejemplo en la mayor ambición científica que movía a Emile DURKHEIM, en su intento por descubrir, nada menos, que la esencia de la religión. "El objeto principal de la ciencia de las religiones, escribió, es llegar a comprender lo que constituye la naturaleza religiosa del hombre", "producto de causas sociales" (55).

Tal pretensión es para Le Bras desproporcionada. Parece que, en verdad, ninguna ciencia llagará a todas las profundidades del sentimiento religioso. La experiencia íntima, que es la esencia de la religión, escapa a nuestra vista: nosotros sólo percibimos de ellas las manifestaciones

(53) Puede consultarse en *Etudes de sociologie religieuse*, 2 vols. Paris 1955 y 1956; y su traducción inglesa *Religions Sociology and Science of Religions* en "Readings in the Sociology of Religion", edited by JOAN BROTHERS, London, 1967, p. 129-149.

(54) BROTHERS, J. *Introduction* en "Readings..." cit. p. 16-17.

(55) *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, 1912, p. 132.

superficiales, cuya interpretación es siempre conjetural (56).

Frente a esos planteamientos, que provocan no pocas desconfianzas (57) la sociología empírica centra sus estudios en tres tipos fundamentales de investigación: los más específicamente de sociología religiosa; el análisis institucional; y aquellos otros que tratan de descubrir la interrelación entre religión y conducta social (58).

El nuevo planteamiento de la sociología religiosa en seguida centró su atención en la realización de estadísticas religiosas de diverso tipo. Especialmente se aprestaron a la realización de estudios demográficos sobre la práctica religiosa, muy frecuentemente con una perspectiva pastoral (59).

El cambio hacia la sociometría se hacía expedito, para quienes enfocaban la nueva ciencia como un mero instrumento, al servicio de posturas confesionales.

La utilidad de las investigaciones de la realidad en ese primer nivel, salvaba más fácilmente la contestación, aun a riesgo de incurrir en una acusación hecha desde la perspectiva sociológica.

La regla, la institución, sin perder nada de su carácter técnico, aparecen como productos y reguladores de la vida social. Lo cual no quiere decir que corresponda a la sociología religiosa inmiscuirse en el Derecho Canónico ni hacer el examen del cristianismo social (60).

(56) *Problemas de la Sociología de las Religiones*, en "Tratado de Sociología" dirigido por George GURVITCH, cit. p. 108.

(57) *Ibidem*, p. 111: "Sus ambiciones hacen prever que suscita algunas desconfianzas. Nosotros, dice LE BRAS, hemos entrevistado las de los espíritus religiosos que temen la reducción de lo sagrado a lo profano. Se trata, en ese caso, de una dificultad transitoria, como las provocadas en otro tiempo por la exégesis o la antropología".

(58) Vid. BROTHERS, cit. p. 12-25. Respecto de ese último aspecto el objetivo sería concretar "how religion affects social behavior; how religious behavior is socially determined".

(59) Vid. p.e. HOUTART, F. *La sociologie religieuse auxiliaire de la pastorale*, en "Collectanea Mechlinensia", Marzo 1955; BOULARD, F. *Premiers itinéraires en sociologie religieuse*, Paris, 1954; LE BRAS, G. *Sociologie des religions, tendances actuelles de la recherche et bibliographie*. Paris, 1956. Y también BOULARD, F. *Pastoral de conjunto y planes de pastoral* en "Concilium", 3 (1956) p. 33-34.

(60) *Problemas de la Sociología de las religiones*, cit. p. 111 y 109.

Respecto de la superada confusión entre sociología religiosa y filosofía social puede verse el contenido de algunos trabajos publicados por el Instituto de Estudios Políticos y por el Instituto "Balmes" de Sociología como por ejemplo las obras de Severino AZ-

De cualquier forma los primeros estudios, aun con diferentes objetivos, coinciden en ese intento común de acopiar datos, incluso motivando acusaciones de carencia de interés científico. El típico estudio por ejemplo sobre el colectivo que se reúne un domingo cualquiera en una parroquia (61), que incluye información sobre edad, estrato social económico, status profesional, estructura familiar etc. origina tales acusaciones infundadas (62).

Incluso con esa perspectiva microsociológica no faltan aportaciones útiles, fundadas científicamente como las debidas a Emile Pin cuyo trabajo ya clásico (*Pratique religieuse et classes sociales dans une paroisse urbaine, St. Pothin Lyon*, Paris 1956) ha ejercido una fuctifera influencia en toda una línea de investigación, nada desdeñable, en la que se sitúan numerosos trabajos de Labbens, Daniel, etc... Más recientemente en España se han realizado trabajos de tal naturaleza, por ejemplo bajo los auspicios del Instituto de Sociología Pastoral Aplicada, entre los que destacan los estudios de Sociología religiosa y pastoral de conjunto de distintas diócesis.

A estas alturas de la exposición, es tiempo de contribuir al esclarecimiento de un equívoco: la sociografía, a fuer de realistas, no sólo no debe desdeñarse como acientífica sino que constituye una primera fase de la investigación del sociólogo.

El sociólogo, en efecto, al inicio observará lo que se cuenta, se pesa y se mide, preocupado únicamente de ser exacto y completo. Sería de desear según Le Bras (63) que se reservara a esta fase el nombre de sociografía. Se trata de una verdadera fase y no de un preámbulo: la sociología es, ante todo, una ciencia descriptiva.

Cuando se conocen todos los elementos de una sociedad, comienza la sociología propiamente dicha, la cual, del análisis y confrontación de

NAR dentro de la colección "Ecos del Catolicismo Social en España": Estudios Religioso-Sociales, Madrid, 1949; *La Revolución Española y las Vocaciones Eclesiásticas*, Madrid, 1949 etc.

(61) Por ejemplo VIRTÓN, P. *Enquêtes de sociologie paroissiale*, Pau, 1953.

(62) Vid. BROTHERS, J. *Readings...* cit. p. 13-14:

(63) *Problemas...* cit. p. 101, Vid. también p. 106 y 107 en donde analiza el uso que la sociología debe hacer de la estadística, sin incurrir en la exageración evidente de la frase de MONTEL: "Una disciplina no merece verdaderamente el nombre de ciencia sino el día en que las matemáticas penetran en ella" (*Les mathématiques et la vie*, Paris, 1947, p. 81, citado por LE BRAS p. 106, nota 56).

las realidades, recaba generalidades de indiscutible valor científico (63 bis).

Estas consideraciones adquieren singular relieve si el análisis se refiere a la situación de la Sociología de la Religión en España. Las razones ya aludidas con carácter general se reproducen aquí hasta producir, según Gonzalez Anleo, una “desolación” de nuestra bibliografía en Sociología de la Religión que no debe sorprendernos (64). Sin embargo el propio autor señala como decisiva para la sociología religiosa española, la década de 1950 a 1960, período que se desenvuelve en un “nivel pre-científico de psico-sociología religiosa en la que predomina el ensayo”.

“El nivel empírico y decididamente más científico se va a alcanzar, sobre todo en la década siguiente: una Sociología empírica y con método científico, atenta sobre todo a los aspectos morfológicos del catolicismo español: distribución del equipamiento pastoral y de la práctica religiosa” (65).

Pero las realizaciones concretas distan mucho de aportar una información integrada y sistemática, a pesar de los esfuerzos individuales y colectivos (66).

(63 bis) Antes de abordar la situación de la sociología religiosa en España interesa reseñar algunas indicaciones bibliográficas introductorias del estado de la cuestión actual de dicha ciencia.

Aparte de las obras ya citadas en el texto pueden consultarse las siguientes: BOTTO-MORE, T.B. *Introducción a la Sociología*, Barcelona, 1973, p. 223-238 dedicadas a la religión y la moralidad como control social; CHINOY, Ely, *La Sociedad, una introducción a la Sociología*, México, 1972, p. 292-321, sobre la religión dentro del análisis de las instituciones sociales; GINER, Salvador, *Sociología*, Barcelona, 1973, p. 181-192 sobre la religión como factor de conocimiento social de la realidad.

(64) Vid. *Informe Foessa, 1970*, p. 435-435, correspondientes al cap. IV sobre Vida Religiosa, redactado por S.M. GONZALEZ ANLEO (p. 435-470). El citado autor atribuye esa desoladora situación a la “potencia sacralizadora de la religión”. “Otros factores han contribuido al escaso desarrollo de la sociología religiosa en nuestro país:

1. El viejo recelo católico —en vías avanzadas de superación— ante la sociología empírica y, particularmente, ante la sociología de la Religión.
2. La confusión primitiva entre sociología y socialismo.
3. El nacimiento positivista de la Sociología... ciencia intrusa en el terreno de la Teología”.

(65) *Ibidem*, p. 436, “Todos estos estudios, añade, amén del carácter fragmentario y poco sistemático de bastantes de ellos, pertenecen en general, a la Sociología pastoral o Sociología misionera, y algunos de ellos a lo que se ha llamado la Teología socializante” (Ch. LALOUX, *Manual de Indicación a la Sociología Religiosa*).

(66) De autores como Rogelio DUO CASTELLA, Juan ESTRUCH, Roberto SALADRIGA, Jesús María VAZQUEZ etc. Puede consultarse la *Bibliografía de autores españoles sobre sociología de la religión* que Paulina ALMERICH publicó en la obra colectiva “Cambio social y Religión en España”, Barcelona, 1975, p. 243-277.

Con todo, en cuanto concierne al enfoque del presente trabajo, la dificultad radica en la penuria de datos estadísticos o en la falta de transparencia que rodea en ocasiones el procedimiento utilizado para su obtención.

La iniciativa de individuos y grupos trata de colmar el vacío de las estadísticas oficiales: como es sabido los censos obligatorios, tradicionalmente no recogen datos sobre la adscripción religiosa (67) y el paliativo a esta situación de carencia que suponen las investigaciones por vía de encuesta que realiza el Instituto Nacional de Estadística (68), tampoco satisfacen las necesidades de sociólogos y juristas.

La Sociología Religiosa en España exige imperiosamente el acopio de datos tan elementales como el de número de miembros de las distintas Religiones o el de indicadores que trasciendan de la adscripción meramente formal.

Si se consulta la "Guía de la Iglesia en España" 1979 y los datos que aportan el Secretario de la C.E. de Relaciones Interconfesionales de Julio de 1981, el número de miembros de las distintas religiones en España, prescindiendo de numerosas incógnitas (69), serían los siguientes:

— Iglesia Católica:	36.570.200
---------------------	------------

Respecto de las instituciones también en esa obra puede comprobarse las principales aportaciones de grupos como ISPLA, ISAM, FOESSA, FERRE, RAZON Y FE, CARITAS DIOCESANA, OFICINA GENERAL DE INFORMACION Y ESTADISTICA DE LA IGLESIA EN ESPAÑA, de distintas Oficinas de Sociología de los Obispos, Confederación Española de Cajas de Ahorro (Comentario Sociológico) etc.

(67) Tras la Constitución de 1978 esa actitud viene refrendada por el párrafo 2 del art. 16: "Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

En los anuarios del INE, concretamente en el cap. XIII, dedicado a Justicia y culto suelen recogerse algunos datos facilitados por la Oficina General de Información y Estadística de la Iglesia.

Así por ejemplo en el *Anuario de 1980*, p. 422 se recogen tan sólo escasos datos sobre número de templos, sacerdotes, religiosos y religiosas (casas y profesos). Escasez de datos que por demás, se refieren a 1972.

(68) Por ejemplo la *Encuesta General de amas de casa* de 1969 que recoge datos de evidente interés para analizar la religiosidad de los españoles o la más reciente *Encuesta sobre fecundidad*, 1976 que también de forma tangencial aborda el tema de las creencias religiosas.

Tras la firma de los nuevos Acuerdos tanto el Ministerio de justicia como el Instituto Nacional de Estadísticas han iniciado los trámites para conseguir los datos sobre ritos de celebración de matrimonios que se sustancia en los boletines estadísticos preceptivos.

(69) Por ejemplo respecto del número de miembros extranjeros, ya que únicamente se aportan datos de la Iglesia ortodoxa (1500 miembros) y de musulmanes (90.700).

— Comité Cristiano Interconfesional	39.900 (70)
— Otras Iglesias Cristianas	18.900 (71)
— Otras Religiones	73.250 (72)

Los anteriores datos no coinciden con los aportados por otras fuentes (73) y muestran, una vez más, la necesidad de acometer la cuestión

(70) Esos 39.900 miembros se distribuyen según la citada fuente de la siguiente forma, lo que demuestra lo rudimentario de estos datos:

— <i>Comité Cristiano Interconfesional:</i>	39.900
Iglesia Ortodoxa	0
Iglesia Anglicana	0
Iglesia Luterana	0
Iglesia Española Reformada Episcopal	900
Iglesia Evangélica Española	6.000
Unión Ev. Bta. Española	12.000
Asambleas de Dios en España	3.000
I. Ev. de Filadelfia	7.000
I. Adventista 7º Día	11.000

(71)

— <i>Otras Iglesias Cristianas</i>	18.900
I. Evangélica de Hermanos	8.000
As. Ev. Bta. Española	300
As. II. Evs. Btas. Independientes	600
Iglesia de Cristo en España	600
Fed. II. Evs. Indeps. España	9.000
Evangelismo en Acción	200
Ejército de salvación	200

(72)

— <i>Otras Religiones:</i>	73.250
Judíos	13.000
Musulmanes	57.000
Testigos de Jehová	57.000
I. J.C. Santos Últimos Días	3.000
Ciencia Cristiana	200

(73) Vid. por ejemplo: VARIOS (obra en colaboración dirigida por JULIAN GARCIA HERNANDO) *Pluralismo religioso. I. Confesiones cristianas*, Madrid 1981 que aporta datos sobre las Iglesias: Reformadas, Bautistas, denominadas ortodoxas, Pentecostales, de Hermanos, Adventistas e Independientes. Datos que, a pesar de ser proporcionados por profesantes de las distintas confesiones, son muy fragmentarios y aproximativos. En dicha obra puede consultarse una bibliografía, respecto de cada una de las confesiones estudiadas en la que se mezclan los aspectos sociológicos con otras cuestiones teológicas, históricas etc.

Especialmente de la iglesia ortodoxa (p. 27 y 195), Anglicanismo, (p. 48), Iglesia Española Reformada Episcopal (p. 111), Iglesia Evangélica Española (p. 140), Unión Evangélica Bautista Española (p. 166), Asamblea de Hermanos (p. 140), Adventistas (p. 285) Ejército de Salvación (p. 309) y Cuaquerismo (p. 340-341). Vid. también ESTRUCH, J. *Los protestantes españoles*, Barcelona, 1967; SALADRIGA, R. *Las confesiones no católicas de España*, Barcelona, 1971.

con unos planteamientos mucho más ambiciosos desde un punto de vista científico.

Más difícil aún es contar con datos fidedignos respecto de la práctica religiosa, de la real adscripción a las distintas confesiones religiosas. En este sentido hay que destacar los distintos intentos de confección de un mapa de práctica religiosa que, sobre la base del cumplimiento del precepto dominical ha sido elaborado por el ISPLA, bajo la dirección de Rogelio Duocastella, constituyendo la principal aportación española a la XIII Conferencia Internacional de Sociología Religiosa que tuvo lugar en Lloret de Mar del 31 de Agosto al 4 de Septiembre de 1975.

Se culminaba así el tercer intento que daba como resultado, sobre un censo de 34.585.382 habitantes (Censo civil 1972. Anuario Estadístico Español, 1973) un número de practicantes de 10.162.767, lo que supone el 34,57% sobre preceptuados (74).

En conclusión, la necesidad de continuar la investigación tan solo iniciada, es evidente, y mientras tanto cualquier afirmación implicaría un riesgo no asumible tanto científica como políticamente. En esta línea cabe situar la reciente distribución de información estadística relativa a la Iglesia católica, lo que demuestra el interés evidente en el ámbito intraeclesial (75), sobre tan importantes aspectos, de los que dependerán, además, los resultados de la próxima implantación del mal llamado "impuesto religioso", cuando se sustituya el sistema actual de financiación mediante "consignación presupuestaria" a favor de la Iglesia Católica, por el sistema ya previsto en los Acuerdos de "asignación tributaria" que exigirá una concreta actuación de cada ciudadano. Momento este en que se contará con un indicador más real, en sus consecuencias prácticas, que los utilizados hasta ahora en los datos oficiales.

(74) Vid. DUOCASTELLA, R. *El mapa religioso de España*, en Varios "Cambio social y Religión en España", Barcelona, 1975, p. 129-178. Con anterioridad, pero con un carácter fragmentario se habría abordado tal empeño por parte de:

1º) El propio Instituto de Sociología Pastoral Aplicada Barcelona (ISPLA) en el volumen *Análisis sociológico del catolicismo español* (Barcelona 1967), bajo la dirección de DUOCASTELLA que confeccionó el primer mapa de práctica religiosa, sobre análisis parciales y con no pocos blancos.

2º) Jesús María VAZQUEZ, *Realidades socioreligiosas de España* (Madrid, 1967).

(75) Me refiero a los trabajos de las Comisiones Episcopales y de la Oficina de Estadística y Sociología de la Iglesia que bajo el título *Radiografía de la Iglesia Católica* se distribuyó con motivo de la reciente visita de Juan Pablo II.

LA PARTICION POR COMISARIO (*)

JOSE ANGEL TORRES LANA
Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción. II. El contador-partidor: Concepto y naturaleza. III. Clases de contadores-partidores: 1. Solidarios y mancomunados. 2. Ordinarios y excepcionales. 3. Designados o dativos. IV. Nombramiento del contador-partidor: 1. Capacidad. 2. Forma del nombramiento. 3. Revocabilidad del nombramiento. V. Funciones del contador-partidor. VI. Realización y efectos de la partición: 1. La realización de la partición y su eventual aprobación. 2. Efectos de la partición realizada. VII. Extinción del encargo. VIII. Recapitulación.

I. INTRODUCCION

Muchas son las razones que aconsejan abordar hoy el estudio de una institución tan delicada como la del contador-partidor. No es la menor, desde luego, la renovada actualidad del tema desde la reforma de 1981 y la introducción de la modalidad del contador-partidor dativo a través de la inserción de un nuevo párrafo segundo que se añade al texto original del art. 1057.

El dato patentiza la intención del legislador de potenciar la dimensión práctica del instituto, lo que probablemente justificaría un tratamiento monográfico del mismo. Pero además este añadido suscita la posibilidad de indagar acerca de las claves de la figura, su vigencia pretérita y su virtualidad actual en su relación con el cambio experimentado en la dinámica del fenómeno sucesorio.

(*) El presente trabajo constituye el texto básico de lo que en su día fue la exposición oral del tercer ejercicio de las oposiciones a la plaza de Profesor agregado de Derecho civil de la Universidad de Granada.

Efectivamente, el proceso de intercomunicación institucional entre el sistema del Código y los de Derecho foral continúa imparable su curso. De esta forma el sistema común se ha visto recientemente enriquecido con aportaciones que implican una notable apertura a figuras o instituciones en otro tiempo rechazadas. En la actualidad la fiducia sucesoria al menos es tolerada, y se admiten con carácter general, aunque para supuestos concretos, modalidades de testamento mancomunado. Razones familiares, sociales y aún económicas han propiciado este cambio.

Por todo ello, creo que el estudio de esta temática no es un puro ejercicio de especulación intelectual, sino que ofrece sugestivas consecuencias prácticas.

II. EL CONTADOR-PARTIDOR: CONCEPTO Y NATURALEZA

Entrando ya en el tema, es preciso advertir que si el presupuesto obligado de toda partición hereditaria es la existencia de una pluralidad de sucesores, el eje de la modalidad que ahora vamos a estudiar está constituido por el contador-partidor.

Es la persona que debe realizar la partición de la masa hereditaria.

Efectivamente, alrededor del contador-partidor o comisario se aglutinan las particularidades definitorias de esta modalidad de partición; de ahí que se erija sin esfuerzo y de forma natural en protagonista del tema.

La sinonimia entre las expresiones contador-partidor y comisario ha sido impugnada por Roca Sastre para quien la función del comisario consiste en la ejecución total del testamento, siendo por tanto de contenido más amplio que la más específica de contar y partir. Fuera de este caso, la generalidad de la doctrina emplea indistintamente ambos vocablos en el bien entendido de que nos referimos exclusivamente a la partición, dejando aparte la acepción que asume la expresión en algún territorio de Derecho foral de persona que testa por otro.

Si resulta de interés destacar que ambos modos de designación son expresivos. El de contador-partidor, de la principal misión a cumplir; el de comisario, de la naturaleza de tal misión.

Efectivamente la voz comisario-derivada de *commissum*, *committere*.

enlaza con la terminología utilizada en el art. 1057 del Código: encomendar. Término que supone una variación de la letra, no del sentido, de la expresión "cometer" que figuraba en el Proyecto de García Goyena.

He aquí cómo emerge, a través de la semántica, la primera pista acerca de la naturaleza de la figura. El comisario es un encargado - más adelante veremos por quien - y un encargado de *confianza*, pues éste y no otro es el significado con que se utiliza el verbo *committere* en los textos clásicos y por los comentaristas. A través de esa especial relación de proximidad personal que llamamos confianza la figura del comisario enlaza con la forma tal vez menos plena, pero no por ello menos importante, de la fiducia sucesoria.

Efectivamente la encomienda particional es con seguridad la más concreta de las manifestaciones fiduciarias sucesorias que tan espléndidamente ha sistematizado Vallet. El comisario es encargado de una misión específica: la división del caudal. Y, aunque se presente hoy con sus propios perfiles, éstos han sido fruto de una decantación paulatina, de una segregación lenta de las formas más plenas de fiducia sucesoria que surgieron como excepción al carácter personalísimo e indelegable del testamento.

Dos frases de Bartolo y Baldo avalan lo antedicho según la primera "*non potest committere in voluntate dispositoria (...) in essentia dispositionis*"; pero la segunda admitía la posibilidad de "*committere distribuendum vel declarandum*", frase ésta especialmente significativa pues engloba tanto al heredero de confianza como el germen del encargo particional.

Precisamente la concreción de este encargo a la función particional es lo que permite su pervivencia en el Fuero Real, muy restrictivo respecto a la fiducia sucesoria pero que admitía, Leyes 19, 31 y 32, la distribución dentro de los límites del poder. Tal criterio se corrobora en la Novísima Recopilación (L. 10, Tit. 19, Lib. X) que añade además que tal función distributiva no podrá, a su vez, ni cometerse ni delegarse.

Por último García Goyena, apoyado en estos antecedentes sienta las bases de la regulación del Código en el art. 900 del Proyecto, según el cual "la simple facultad de hacer la partición puede cometerse en vida o en muerte a otro cualquiera con tal que no sea uno de los coherederos". Y es así cómo a través del Anteproyecto de 1888 la figura se asienta en el art. 1057 del Código civil y permanece inalterada hasta 1981.

La trayectoria descrita permite apreciar los siguientes jalones de su evolución, en primer lugar su aparición como forma de fiducia sucesoria; en segundo lugar, su separación de figuras fiduciarias más plenas que, tal vez por ello, han sido segregadas de un marco jurídico que les manifiesta expresamente su hostilidad (arts. 669 y 670 del Código civil); en tercer lugar, la progresiva concreción de sus funciones lo que explica que el contador-partidor haya sobrepasado victoriosamente los filtros de defensa del sistema; y, en cuarto lugar, que su contenido fiduciario se ha visto delimitado funcionalmente, pero no limitado estructuralmente.

Ahora bien, precisamente estos hitos que subrayan el devenir histórico de la figura la emparentan profundamente con otra de honda raigambre en nuestro Derecho histórico y vigente, que también es institución fiduciaria. Resulta casi innecesario indicar que se trata del albaceazgo.

El parentesco es tan estrecho que no han faltado autores para quienes del contador-partidor no es más que un albacea particular con una misión concreta: la de contar y partir. También la jurisprudencia ha vacilado en este punto. Así, aunque en 1923 admitió la aceptación del albaceazgo renunciando al cargo del contador-partidor, todavía en 1958 consideró a éste como inherente a aquél.

Poderosas razones abonan, sin embargo, la solución contraria. El estudio comparativo de ambas figuras permite trazar el siguiente cuadro de semejanzas y diferencias. Por lo que respecta a las primeras. Ambas son instituciones fiduciarias; en cuanto tales ambas son indelegables con la excepción del art. 909 cuya posible aplicación analógica al contador-partidor parece clara; y ambas, finalmente, son instituciones *ex post mortem*, se actúan y se ejercen después de la muerte del causante.

Sin embargo, las diferencias son, si se nos apura de una mayor hondura, de una mayor densidad. En primer lugar, el cargo de albacea es "oficio de amigo"; así lo califica una antigua sentencia de 1905. La función del contador-partidor, por el contrario, sin perder su carácter fiduciario asume una indudable dimensión técnica, extremo este de gran relevancia cuyo estudio más detenido aplazo para más adelante. En segundo lugar y mientras el albacea resulta ser un mero colaborador de los herederos, colocado en una posición que cabría llamar pasiva, la misión del contador-partidor es activa, ejecutiva, sobre todo en su manifestación más típica: contar y partir. En tercer lugar, las funciones del albacea requieren su actuación y gestión personal; por el contrario, el carácter técnico de la misión particional posibilita su encargo a terceros espe-

cialistas; bien por la vía del mandato o también del arrendamiento de servicios. Cuarta diferencia: la designación del albacea es típicamente testamentaria o a través, en algún sistema foral, de otros instrumentos, pero siempre *mortis causa*; en cambio, el nombramiento de contador-partidor puede realizarse por acto *inter vivos* y ahora también por decisión judicial.

En quinto lugar, el albacea debe rendir cuentas a los herederos, una vez cumplida su misión; para el contador-partidor, ejecutar el encargo equivale a esta rendición, de la que se encuentra excluido, como ha declarado una copiosa jurisprudencia. Un sexto dato diferencial lo encontramos en el hecho de que el albacea no representa, en su actuación, al causante; si acaso a la herencia. Por el contrario del contador-partidor ha dicho el Tribunal Supremo en bastantes ocasiones que “en cierto modo” representa al causante y subrayo la expresión “en cierto modo” para recalcar el acento incidental con que la jurisprudencia la utiliza. Finalmente, y además de esa posible independencia en la aceptación de uno y otro cargo, hay otro argumento que para mí resulta decisivo: una correcta no forzada exégesis del art. 900 del Código permite inferir la legitimidad de que el albacea sea, no ya legitimario, sino heredero o legatario; el contador-partidor, sin embargo, no puede ser heredero y se duda con fundamento, dada la *ratio* del art. 1057, de que pueda ser legatario de parte alicuota. Más adelante volveré sobre este punto, pero quede aquí constancia del dato: la necesaria imparcialidad del contador-partidor requiere su ausencia de la comunidad hereditaria.

De lo dicho puede concluirse que la figura del contador-partidor aparece dotada de unos perfiles que la sustentan, conformando su naturaleza fiduciaria común a otras instituciones sucesorias con una especificidad propia. Su finalidad típica —evitar la partición judicial o poner fin a la ya iniciada, en frase de la Sentencia de 3-12-1981— cualifica la partición elevándola a intermedia entre la realizada por el testador y la contractual como ha declarado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo. Su función técnica le dota de rasgos que nos llevan a recordar la institución anglosajona del *executor*. En fin, sus relaciones con el albaceazgo se basan en un deslinde de funciones que no excluye ni la superposición funcional ni la concurrencia personal, supuesto del albacea contador-partidor.

Así el art. 1057 adquiere un nuevo signo especialmente fecundo porque, recordémoslo, viene a insertarse en un marco nuevo en el que la fiducia sucesoria ya no es algo anómalo. Nuevo punto de intercomuni-

cación con algunos sistemas forales que se traduce en un mutuo enriquecimiento a través de esa base común: el encargo de confianza.

Este es, a mi juicio, el elemento que hay que tener en todo momento presente para estudiar en profundidad la institución y para dotarla de un régimen jurídico. Este no puede ser otro que el formado por los siguientes elementos: autonomía del testador y art. 1057 del Código con especial atención a los criterios interpretativos para llegar a la plena significación del sentido fiduciario, aplicación analógica de reglas del albaceazgo y del mandato —dos tipos bien diversos de encargos de confianza—, y, subsidiariamente, aquellos principios generales inducidos de los de Derecho foral que informen instituciones similares al contador-partidor

En fin, para terminar esta aproximación inicial al tema conviene dejar precisados los caracteres que configuran al contador-partidor. Está claro que se trata de un cargo personalísimo pues —dice la Resolución de 15-7-1943— “descansa en la confianza y seguridad que inspira al testador por sus condiciones personales, moralidad o probidad reconocida”. Por ello es indelegable como tal, salvo autorización expresa del testador; será difícil que esta autorización se realice en favor de persona indeterminada o a designar por el primer nombrado; lo normal será la designación por el testador de otra persona en quien concurren las mismas condiciones de confianza que para el primero, con lo que probablemente nos hallaríamos frente a otro contador-partidor sucesivo.

El cargo es también temporal y voluntario por analogía con las reglas del albaceazgo, con la excepción de la llamada prórroga tácita. Es, en principio, gratuito, aunque aquí las excepciones son más numerosas e importantes. Si el testador fijó una retribución habrá que estar a ella pues nadie mejor que él —ha dicho la Sentencia de 24-1-1978— para conocer su caudal a cuyo cargo va, *ex. art.* 1003. El criterio es discutible, máxime si se tiene en cuenta que, al contrario que en el albaceazgo, el contador-partidor suele ser profesional y por consiguiente —y al margen de la relación de confianza que le une al testador— con derecho a establecer sus propios criterios remunerativos. Esta solución, además armoniza mejor con el nuevo tipo de contador-partidor, el dativo, que crea la reforma de 13 de mayo de 1981.

Por último se trata de un cargo semipúblico. La partición realizada por el contador-partidor causa estado —expresa la Resolución de 12-12-1927— mientras no sea impugnada. El contador-partidor resulta

ser así un órgano legitimador de los efectos de su propia función, criterio éste que enlaza perfectamente con la profesionalización que aquella —la función— demanda.

III. CLASES DE CONTADORES-PARTIDORES

1. *Solidarios y mancomunados*

Es obvio que, por analogía con el albaceazgo y en virtud del imperio de su propia autonomía, el testador puede designar uno o varios contadores-partidores, con carácter mancomunado o solidario, y simultáneamente o sucesivamente. Este último supuesto reconduce al problema de la delegación junto con las otras causas de vacancia del primer encargo por analogía *ex art.* 910.

Tiene sin embargo más interés el primer caso. Los términos “mancomunados” y “solidario” resultan aquí equívocos pues no asumen su sentido técnico habitual en el campo de las obligaciones. Acogen más bien el significado con que se usan en los negocios de apoderamiento designando bien la posibilidad de actuación individual de uno de los nombrados, bien la necesidad de actuación conjunta de todos o de algunos.

Dos problemas se plantean en este punto: la viabilidad de la intervención de más de uno de los nombrados solidariamente, que habrá de admitirse cuando más de uno quiera participar en la actuación, y la cuestión del fallo o vacancia de uno de los nombrados mancomunadamente. Sobre este tema un sector doctrinal se pronuncia por la caducidad del nombramiento, mientras otro opta por la subsistencia y correlativo acrecimiento de facultades. Esta segunda posición tiene a mi juicio mayor fundamento sobre todo si se considera, y esa es mi opinión, que la naturaleza fiduciaria del encargo engendra una presunción de vocación solidaria en defecto de disposición expresa del causante.

2. *Ordinarios y excepcionales*

En segundo lugar, y en atención a su régimen, el contador-partidor puede ser ordinario o excepcional. Ordinario será el nacido dentro del marco general del art. 1057. Excepcionales, los vestigios de los antiguos distribuidores de nuestro Derecho histórico que afloran en los arts. 672, 747 y, con mayor densidad, en el 831 del Código civil.

Tiene efectivamente más importancia e interés para el tema que nos ocupa el último de los preceptos citados, porque el primero autoriza un mandato tan constreñido por su específica finalidad que limita muy estrechamente la autonomía del mandatario, y el segundo contiene un imperativo legal que no implica facultad distributiva para los albaceas a los que se les señala hasta la proporción que han de entregar del producto de la venta de los bienes al Diocesano y al gobernador civil.

Por el contrario, la delegación de la facultad de mejorar que contempla y autoriza el art. 831 implica necesaria y casi exclusivamente una facultad particional. Así lo reconocía el propio García Goyena al advertir, en el comentario al art. 900 del Proyecto, de la extensión que al encargo particional se le daba en el art. 663 del Proyecto regulador de esta delegación. Esta es también la posición que acertadamente defiende Seco Caro. Además, la propia reforma de 1981 se ha encargado de subrayar este carácter. Antes de ella, la delegación sólo podía llevarse a cabo en capitulaciones matrimoniales: anteriores a las nupcias e inmutables hasta 1975; con posibilidad de variarlas desde esa fecha. La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo la posibilidad de delegar la mejora también por testamento.

Ello establece ciertamente un claro paralelismo entre las modalidades de proceder a esta delegación y las autorizadas por el art. 1057 para nombrar al contador-partidor: acto *inter-vivos* o *mortis causa*.

El paralelismo aún se acentúa más si se tiene en cuenta la posibilidad revocatoria general que abre la conjunción del régimen de la reforma de 1975 con la pieza que introduce la de 1981, si bien en el caso del nombramiento por capitulaciones será necesario el concurso del otro otorgante *ex art.* 1331 del Código.

3. *Designados o dativos*

Finalmente, por el origen de su nombramiento, el contador-partidor puede ser designado por el causante, en testamento o acto *inter vivos*, y también desde la reforma de 13 de mayo de 1981, dativo o de nombramiento judicial. Aquel responde a la concepción tradicional de la figura. Este, introducido en la reforma de forma inopinada, constituye una pieza extraña que suscita bastantes dudas e interrogantes que parecen desvirtuar lo dicho con anterioridad respecto a la naturaleza fiduciaria de la institución. Merece la pena que nos detengamos un momento sobre ellos.

Efectivamente el contador-partidor dativo nace casi por generación espontánea, huérfano de antecedentes incluso prelegislativos y sin más parentesco en nuestro Derecho que con su homónimo del Derecho navarro —Ley 345 de la Compilación— de dudosa raigambre y aún a medio desarrollar.

El presupuesto para su designación es bien simple: la inexistencia de contador-partidor, con independencia de la razón de la misma. A los efectos del párrafo 2 del art. 1057 lo mismo da que el causante no haya designado contador-partidor que él haya quedado vacante o que, y sorprendentemente, ni siquiera haya testamento.

Por ello las preguntas materialmente se agolpan. ¿Se trata de una figura nueva? ¿Se trata de una figura *distinta* del contador-partidor designado por el causante? Y sobre todo, ¿mantiene su naturaleza fiduciaria? Tratemos de responderlas por su orden.

Evidentemente es una figura nueva. La naturaleza y funcionamiento de la partición realizada por un contador-partidor dativo no puede asimilarse a la llevada a cabo por un profesional encargado por los coherederos de común acuerdo; en este último caso la partición seguiría siendo contractual. Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento civil al regular el juicio de testamentaria, prevé el nombramiento judicial de unos contadores-partidores. Pero la intervención de estos es puramente mecánica, con muy poco ámbito de decisión, y además no altera la naturaleza judicial de la partición. Las funciones de este tipo de contadores-partidores son, como indica la Resolución de 15-7-1943, meramente actuariales. Incluso esta ausencia de parentesco queda reforzada si se observa que la remisión que el Código realiza a las reglas del nombramiento de peritos para nombrar al contador-partidor dativo se lleva a cabo directamente desde el propio Código y no a través del juicio de testamentaria.

Pero, ¿se trata de una figura distinta de la clásica? La cuestión es importante por su incidencia en el régimen jurídico que deba establecerse, y en particular en relación a la prohibición impuesta a los coherederos en el párrafo 1 del art. 1057.

Puede pensarse y así lo ha hecho un destacado autor, Lacruz, en una suerte de partición arbitral.

Nada se opone a ello, evidentemente, pero acudir al cauce de la Ley de arbitrajes requiere un compromiso unánime y un proceso especial, ele-

mentos ambos ausentes en la partición realizada por contador dativo: ni se requiere unanimidad para pedir el nombramiento pues basta con un 50% de los intereses, ni la ley fija procedimiento alguno para llevar a cabo la partición.

Creo además, que la reforma se ha llevado a cabo con la intención de equipararlo al contador-partidor tradicional, incluso privilegiándolo si tenemos en cuenta el tenor del art. 841. Más aún; pienso también que el párrafo 2 del art. 1057 es clave para entender el 1. Consecuentemente, la conclusión ha de ser que esta nueva figura participa de la misma naturaleza que el contador-partidor tradicional.

Sin embargo, aún puede surgir alguna duda respecto a su naturaleza fiduciaria. Porque efectivamente aquí no hay ya encargo alguno del causante, punto en el que se encontraba el fundamento de su carácter de encargo de confianza. Tampoco puede decirse que sea un mandatario de los herederos porque su designación es judicial. Para esclarecer esta cuestión es preciso realizar un estudio comparativo con el Derecho extranjero.

En Derecho inglés el causante puede designar un *executor*, encargado de liquidar el caudal relicto y entregar el residuo si lo hubiere a los sucesores. Pero en defecto de *executors* la *high Court Family Division* nombra un *administrator* para proceder a las mismas funciones. Entre los criterios de selección destaca por lo que nos interesa el siguiente: si hay dudas respecto a quien deba ser elegido el Juez *debe* designar el más ventajoso, tanto para los acreedores como para los beneficiarios residuales. Un dato a tener en cuenta es que hasta el mal carácter de uno de los candidatos es causa de exclusión.

A falta de interesados puede también asumir el cargo el *Public Trustee*; he aquí otro dato a tener en cuenta el *administrator* puede transformarse en *Trustee* si alguno de los beneficiarios es menor de edad y mientras no llegue a la mayoría: otro dato más. Finalmente, para facilitar su labor liquidadora y transmisiva, adquiere una titularidad fiduciaria sobre los bienes del caudal relicto.

Se observa así como trata el Derecho anglosajón de *recrear* esa particular relación existente entre el testador y el *executor*, rodeando el cargo de *administrator* de las garantías públicas precisas para que los interesados no se vean defraudados. En suma, se mantiene la relación de confianza haciéndola derivar directamente del cargo.

Algo similar ocurre en Derecho italiano donde no es casualidad que el profesional que el Juez nombra para llevar a cabo la división ex art. 733 del *Codice* es precisamente un fedatario público.

Entiendo que puede también propugnarse esta solución para el Derecho español, es decir, que es posible sostener que la naturaleza fiduciaria del contador-partidor dativo provenga *ex affitio*. No otro es el sentido, según creo del doble control judicial anterior —a la hora del nombramiento— y posterior —aprobación— de la partición realizada por el comisario dativo. El órgano judicial debe asumir el delicado papel de garante de la fiducia a través de estos dos mecanismos de control. En definitiva la confianza en un correcto hacer y desempeñar el cargo es el ingrediente que ha de estar presente en mayor proporción en la amalgama de intereses en presencia. El carácter predominantemente técnico de las funciones que el contador-partidor dativo debe realizar no es obstáculo a su naturaleza fiduciaria; antes bien objetiva y dota de independencia a su actuación. No olvidemos, y aquí sí puede encontrarse un factor diferencial, que en este supuesto la confianza ha de suscitarse en los sucesores.

IV. NOMBRAMIENTO DEL CONTADOR-PARTIDOR

1. *Capacidad*

De los varios temas que han de ser abordados en relación al nombramiento de contador-partidor, el primero lógicamente es el relativo a la capacidad. Al respecto el Código no puede ser más explícito. El testador podrá nombrar a “cualquier persona” dice el art. 1057. Es decir, en principio el Derecho no exige una capacidad especial para poder desempeñar el cargo; basta pues, al igual que en los supuestos del albacea (art. 893) y del mandatario (art. 1716), la capacidad general para obligarse, sin más cualificaciones. Una legitimación tan amplia permite colocar en pie de igualdad para acceder al cargo a personas que, como consecuencia de disminuciones en sus capacidades físicas, experimentan ciertas restricciones en la de obrar. Tal sería el caso del analfabeto, apto en principio para ser nombrado ya que no tiene por qué realizar materialmente la partición.

Este es también el momento oportuno de abordar dos temas específicos dentro del más genérico que ahora nos ocupa. El primero, por vía de sugerencia, el de la institucionalización del carácter técnico que pre-

sentar la partición. La cuestión ofrece gran interés práctico, sobre todo en relación con el nombramiento del contador-partidor dativo sobre que el Código guarda un silencio total y peligroso; acaso un cuerpo de profesionales libres, previamente habilitados, pudiera resolver este problema. El segundo de los temas enlaza con una cuestión ya clásica y podría formularse así: ¿pueden ser contadores-partidores las personas jurídicas? Parece evidente que la regla legal está pensando sólo en las personas naturales; pero es también evidente que la formulación normativa no excluye a las jurídicas. El Derecho inglés, más explícito, si acoge la posibilidad de que sean *executors* dos tipos de entidades: las llamadas *sole corporations* y *trust corporations*.

El Derecho español guarda silencio. Es obvio que no hay problema en el Derecho navarro en virtud de la fuerza soberana de la libertad civil. De aquí podría inducirse un principio paralelo para el sistema del Código: silencio legal y autonomía privada. La vía analógica con el albaceazgo avala también esta conclusión: hace ya tiempo que ha venido defendiéndose con buenos argumentos la legitimidad del nombramiento de una persona jurídica como albacea. Añádase a éste el proceso de potenciación que las personas jurídicas están experimentando en sede de Derecho de la persona y de la familia baste mencionar al respecto los proyectos de reforma de la tutela o la normativa sobre minusválidos. Por ello parece que la respuesta a la pregunta formulada puede y debe ser afirmativa.

Pero junto a la regla general de capacidad del Código señala una prohibición la de no ser coheredero. La fórmula legal es escueta y por ello fuente de problemas. Tal vez se eche en falta un elenco más particularizado de personas excluidas como el que contiene la Ley 341 de la Compilación navarra aunque también respecto a ésta cabría interrogarse acerca de su naturaleza, imperativa o dispositiva.

La prohibición en el Código suscita por lo menos las siguientes cuestiones: primera ¿qué carácter tiene este inciso final del párrafo 1º del artículo 1057?; segunda: ¿puede ser contador-partidor el coheredero que renuncia a su condición?; tercera: ¿puede serlo el legatario?; cuarta: ¿puede serlo el legitimario?; y quinta: ¿puede serlo el cónyuge viudo? Trátemos de dar respuesta a cada una de ellas.

En cuanto a la primera, el inciso final imperativo supone una restricción de la capacidad, por lo que debe ser objeto de una interpretación restrictiva que iluminará la respuesta a las demás preguntas. La ra-

tio de la norma radica en garantizar la necesaria imparcialidad —por ausencia de interés— del contador-partidor en una labor de tan decisivas consecuencias patrimoniales.

Es por ello comprensible que se excluya al coheredero. Pero aquí topamos ya con la segunda pregunta: ¿qué ocurre si renuncia? La respuesta ha de ser afirmativa si el llamado renuncia pura y simplemente porque en este caso no llega a adquirir la cualidad de heredero; pero es negativa si la renuncia se hace en favor de otro, ha dicho la Sentencia de 18-6-1962, por aplicación del art. 1000, n° 1 del Código: previamente el cedente ha adquirido la cualidad de heredero que excluye su posible acceso al cargo de contador-partidor.

Por el contrario, tercera cuestión, el legatario puede en principio ser contador-partidor incluso si lo es de usufructo de una parte alícuota de la herencia.

La resolución de 30-6-1956 entiende con buen criterio que continúa tratándose de un llamamiento a título singular, extremo éste de gran importancia para lo que más adelante se dirá; en cambio no podrá serlo el legatario de parte alícuota por la misma razón que fundamenta la exclusión de los coherederos.

Cuarta interrogante; ¿y el legitimario? Admitida modernamente la disociación entre su cualidad de legitimario y el título de heredero —la básica discusión sobre la relación entre el art. 807 y el 815—, cabe responder afirmativamente a la pregunta cuando no sea instituido heredero. La solución se refuerza al fundarla en la eficacia impulsora de la *causa fiduciae* que impregna toda la relación y en la interpretación restrictiva de la norma prohibitiva, entendiendo heredero en su estricto sentido técnico.

Finalmente, el cónyuge viudo. Doctrina y jurisprudencia se muestran unánimes a la hora de excluirlo por asimilación al heredero. Criterio bien fundado, pero que acaso convenga revisar a la luz de las nuevas tendencias legislativas. Efectivamente, pensemos, en primer lugar, que el cónyuge es un legitimario de naturaleza cualitativamente distinta de la de los demás; que su llamamiento lo es a título singular, enlazando desde el punto de vista material con lo que acaba de decirse respecto al legatario de usufructo de parte alícuota; que puede ser partidor siquiera sea excepcional *ex* art. 831, cuya nueva redacción remarca más sus connotaciones sucesorias; por último, que el sistema no recela tanto de la relación sucesoria de confianza —véase si no el art. 26 de la Ley de

24-12-1981— respetando con mayor plenitud la autonomía de la voluntad testamentaria.

Acaso la conjunción de estos argumentos preste base para diferir con fundamento de la posición tradicional.

2. Forma del nombramiento

El segundo de los grandes temas que afloran en sede de nombramiento del contador-partidor es el referente a la forma o título de investidura, bastante diferente según se trate del voluntario o del dativo.

En el caso del voluntario el título tiene siempre una especificidad propia, aunque formalmente se encuentre integrado en un instrumento de diferente finalidad, testamento o acto *inter-vivos* lo llama el Código. Para el primer supuesto vale cualquier clase de testamento, incluso los especiales, si bien la designación caducará con ellos. No obstante, la especificidad del negocio de nombramiento supone una cierta autonomía respecto a determinados supuestos de ineficacia testamentaria. Así la revocación total, sobre todo si es tácita, implica por lo menos un proceso de integración de la voluntad del testador. Así también la nulidad parcial permite la validez del nombramiento; el principio *favor testamenti* y la analogía con los arts. 792 y 814 reformado así lo hacen suponer, por el contrario, la nulidad total del testamento apareja la de cuantas disposiciones se contengan en él.

Por acto *inter-vivos*, en expresión del Código, el nombramiento puede hacerse bien sustantivamente bien integrado formalmente en otro instrumento; lo normal serán capitulaciones, la primera hipótesis plantea el problema de la forma. Hay quien piensa que esta debe ser la escritura pública por analogía con el art. 1280.5 del Código civil.

Otros se inclinan por la libertad *ex art.* 1278, criterio preferible, en mi opinión, que enlaza con la posible designación en testamento no notarial. Así pues basta que conste.

Hay, además otra segunda cuestión. En el supuesto de un nombramiento con acto *inter-vivos* ¿es precisa la existencia de un testamento anterior o posterior?; téngase en cuenta que el art. 1057.1 habla de testador; por eso, la doctrina y jurisprudencia han optado por esta necesidad. Ahora bien, sin embargo, la solución puede ser la contraria porque el párr. 2º del art. 1057 viene a clarificar la cuestión al extender la desig-

nación de contador-partidor también a la sucesión intestada, lo que indica que ya no repugna al legislador la posible falta de testamento.

Añádase a este razonamiento, el dato de que el art. 899 del Proyecto de García Goyena no hablaba de testador sino de *difunto*. Además, un argumento *a fortiori*: si, cuando no hay testamento, el 50% de los interesados pueden solicitar un contador-partidor dativo, con mayor razón podrá designarlo el causante en acto no testamentario pues representa el 100 por 100 del interés finalmente; lo mismo da fallecer intestado que con un testamento vacío de contenido patrimonial (vg. *ex art.* 814), pero con un nombramiento válido.

El contador-partidor dativo es designado por el Juez siguiendo las normas procesales del nombramiento de peritos: es decir, acuerdo, que no será ni fácil ni frecuente, sorteo o designación directa. Habrá que estar, pues, a la Ley procesal en lo que se refiere también a las prohibiciones. El Código no dice entre quienes habrá de nombrarse y las normas rituarías no son suficientes; no hay expertos por ahora, en la profesión, arte u oficio de contar y partir. Lo normal es pensar, principal aunque no exclusivamente, en profesiones jurídicas. Pero esa misma ambigüedad e insuficiencia relanza la idea ya apuntada de la habilitación específica.

3. Revocabilidad del nombramiento

¿Es revocable el encargo? No parece haber duda cuando va integrado en un acto *mortis causa*, esencialmente revocable por naturaleza. El problema surge cuando se realiza por acto *inter-vivos*. Hay, sin embargo, que tener en cuenta que la nitidez de la dicotomía acto *mortis causa* = revocable, acto *inter vivos* = irrevocable, está hoy muy difuminada.

A esto hay que añadir que el Código no dice que la designación sea un acto *inter vivos*, sino que se haga por contrapuesta en su sentido más general y formal a acto *mortis causa*. Así queda a salvo la verdadera naturaleza del acto de designación que será siempre *mortis causa* y, por tanto, revocable. A esta misma conclusión se llega a través de la vía analógica, bien con el art. 831, bien con el 1732. n.º 1 —en sede de mandato— por desaparición de la base fiduciaria del negocio.

De lo dicho se desprende que la aceptación del cargo ha de ser *post mortem*; en vida no tendría sentido, dada la revocabilidad de la comisión. Por tanto se aplicarán analógicamente las reglas correspondientes

al albaceazgo y subsidiariamente las del mandato, por lo que cabe la aceptación tácita.

V. FUNCIONES DEL CONTADOR-PARTIDOR

Las funciones del contador-partidor pueden resumirse en una expresión bien gráfica: contar y partir. El Código habla de "simple facultad". Enseguida veremos que es dudoso que se trate de una facultad y que, desde luego no es tan simple. Ni el contador-partidor tiene un derecho ni una facultad, aunque su decisión prevalezca frente a los coherederos; más bien asuma una obligación o, mejor todavía, ingresa en un cargo semipúblico que se desenvuelve en un complejo haz de facultades y funciones, cualificadas todas ellas por su finalidad última. De aquí se deduce por qué no es tan simple esta actuación; por ello hay que entender la expresión legal como sinónimo de concreta o de única.

Este haz de facultades y funciones sí es delegable lo que no implica delegación del cargo en la medida en que el titular asume el resultado como realizado por él. Así es posible articular relaciones de mandato o arrendamiento de servicios profesionales, aunque siempre con este carácter auxiliar y subordinado.

Concretamos ahora cuáles son estas funciones.

Doctrina y jurisprudencia han delineado un elenco de actividades, indubitadamente particionales unas, y de discutible y discutible carácter particional otras.

Las primeras incluyen todos los grandes hitos del proceso liquidador: inventario —tanto de activo como del pasivo—, avalúo la liquidación propiamente dicha —deducción de pasivo y activo—, fijación de haberes, división o formación de lotes y adjudicación.

Pero a estos pasos fundamentales se imponen como previas o se insertan como complementarias otra amplia gama de funciones cuya naturaleza estrictamente particional es al menos dudosa.

Saltando etapas del razonamiento para no perdernos en disquisiciones que alargarían la exposición podemos fijar la siguiente lista de funciones consideradas también como propias del contador-partidor, e incluidas en su ámbito normal de desenvolvimiento:

— La liquidación de la sociedad de gananciales, con el cónyuge superviviente, criterio mantenido por la jurisprudencia, a pesar de que es considerado poco correcto por Lacruz y Sancho; lo admite expresamente el Derecho navarro (Ley 340 de la *Compilación*).

— La interpretación del testamento. Una de sus funciones más peculiares, según expresa la Resolución de 28-4-1945, para la que no necesita autorización expresa. Incluso puede —había dicho antes la Resolución de 30-3-1910— corregir lo mal hecho.

— Elegir la cosa con que cubrir la mejora. Es opinión de Vallet.

— Fijar las reservas: Resolución de 14-4-1969.

— Pagar deudas, levantar cargas y hasta fundar obras pías. Otra vez la Resolución de 28-4-1945.

— Pagar los legados: Resolución de 27-2-1982.

— Colacionar. La colación es calificada como “acto particional” por la Resolución de 9-3-1927.

— Calificar el derecho de acrecer, problema evidentemente interpretativo que emana de tal facultad más genérica.

— Adjudicar cosas indivisibles: Resolución de 6-4-1962.

— Calcular las legítimas como presupuesto de la fijación de haberes.

— Pagar la legítima en dinero, con una particularidad: la que dimana de la nueva redacción del art. 841. Según ella el contador-partidor designado o tradicional puede hacerlo siempre que cuente con autorización expresa del testador. Sin embargo, el contador-partidor dativo tiene tal facultad por directa concesión legal a tenor de lo que dispone el párrafo 2º del mencionado precepto. Salvo que se entienda que la autorización del testador deba sustituirse por la unánime de los coherederos, lo que parece muy forzado y poco viable, el contador-partidor dativo aparece privilegiado por la Ley con una importante facultad que no se incluye en el conjunto de la variante clásica.

Por el contrario quedan excluidas las siguientes actividades:

— La conmutación del usufructo vitalicio. Según Gullón, y es opi-

nión que parece correcta, se precisa la autorización de los coherederos.

— Calificar la preterición, función que va más allá de la pura interpretación del testamento para constituir un acto de verdadera aplicación del Derecho.

— Adjudicar bienes en pago de deudas. La Resolución de 20-9-1982 califica este acto como enajenación puesto que los bienes no van destinados a los inmediatamente llamados al caudal.

— En general, la administración de la herencia, aunque haya actos liquidatorios —por tanto, permitidos— encuadrables dentro de un concepto amplio de administración.

Entiendo, sin embargo, que tiene más interés práctico el estudio de los criterios inspiradores de las soluciones posibles que la concreta enumeración de facultades incluidas o excluidas dentro de la actividad del contador-partidor. Y estos criterios pueden extraerse de las distintas voluntades que confluyen en el proceso de partición.

Estas son, la del causante, la del contador-partidor y la de los coherederos.

La autonomía de la voluntad del causante es la Ley soberana que regula la sucesión hasta su culminación. A lo largo de ese proceso prevalece sobre cualquier otra fuente jurídica que no sea el Derecho imperativo. En consecuencia el causante puede encomendar al partidor las funciones que quiera y como bien le parezca, incluso las excluidas si lo hace indubitadamente. No por esto se altera la naturaleza del comisionado, ni se convierte en albacea. Así, por ejemplo, puede fijar plazo para aceptar el encargo y señalar desde cuándo debe empezar a contarse; así también puede conferir la facultad de administrar al partidor, o la de partir al administrador. No hay más límite que el citado antes de la culminación del proceso.

Consecuentemente el contador-partidor se encuentra siempre subordinado al causante. Debe acatar su voluntad, interpretarla para averiguarla, pero no soslayarla, ni muchos menos transgredirla. Así la extralimitación supone la impugnabilidad del acto. Pero, dentro de este marco y del formado por el Derecho imperativo su autonomía también es plena y prevalece sobre la de los coherederos en caso de oposición, si bien es posible la integración con ella. Tal fue el supuesto de la Resolución de 14-8-1959 en que se acordó considerar al preterido como heredero.

ro y la partición se llevó a cabo sobre este supuesto. El poder del contador-partidor, pleno en un primer momento, va como difuminándose a medida que se aproxima el instante final.

Justo lo contrario ocurre en el caso de los coherederos. El ámbito de su volumen va aumentando a lo largo del proceso y, si en un principio, estaba sometido al del causante y al del contador-partidor, al final es pleno.

Por eso pueden aprobar lo impugnado, confirmando y ratificar lo extralimitado. Por eso también se ha planteado el tema de si esa soberanía, a la que la jurisprudencia considera prevalente incluso al testamento —Sentencia de 18-1-1964—, lo es también respecto a la gestión del partidor.

En otras palabras, ¿pueden los coherederos excluirle antes o después de su actuación? El Fuero Nuevo de Navarra responde afirmativamente a la cuestión (Ley 344). Pero en el ámbito del Código civil la solución es menos clara. Autores de prestigio hay que han optado también por la afirmativa. Conviene, sin embargo, matizar como lo hace García García. La exclusión del partidor es posible si su nombramiento se hizo bajo cláusula de no estorbar u otra similar. No lo es cuando hay prohibición expresa del testador, si concurren menores a la partición o si el encargo contiene una encomienda de atribuciones por encima del interés de los coherederos. Parece que en tales casos una demanda del partidor podría prosperar. Sin embargo es más dudosa su efectividad aunque fuese acogida la petición.

Las fórmulas privadas de recomposición de sus intereses que el principio de autonomía pone en manos de unos coherederos puestos de acuerdo serían infinitas. Con lo que, *de facto*, la exclusión del contador-partidor aparece como posible en todo caso.

VI. REALIZACION Y EFECTOS DE LA PARTICION

1. La realización de la partición y su eventual aprobación

Siendo la partición por comisario una partición privada el acto de realizarla es también un acto privado. Incluso cuando interviene un contador-partidor dativo cuya actividad precisa de una ulterior aprobación. Se trata, pues de un acto incompleto *per se*, pero esta aprobación

puede también ser privada si proviene de la totalidad de los coherederos. La judicial es, en consecuencia, subsidiaria y no me parece que con este carácter pueda desnaturalizar publicándolo, el carácter privado del acto.

Es también la partición un acto unilateral en todo caso, incluso cuando los contadores-partidores sean varios, solidarios o mancomunados. Así lo expresa con razón la Sentencia de 11-4-1976 porque, como es evidente, la actuación de esa pluralidad de partidores no implica contraposición de intereses, sino que es unidireccional.

En este punto concreto de realización de la partición aparece por segunda vez en el precepto que estamos analizando un inciso de Derecho necesario que, como indica la Sentencia de 11-4-1967, supone una excepción al paralelismo existente entre la partición por el causante y la hecha por el partidor. Se trata de la citación para inventario de coherederos, acreedores y legatarios que impone el párrafo 3º del art. 1057, cuando alguno de los primeros sea menor de edad o esté sujeto a tutela. Que este requisito es insoslayable lo demuestran las consecuencias de su infracción que enseguida veremos y lo justifica su propia *ratio*: la garantía de los menores.

Tal requisito se desdobra en dos momentos. El primero consiste en la previa citación que se hará, como expresa la Sentencia de 23-12-1976 con buen criterio, a todos los interesados, incluso a los coherederos mayores de edad y a los representantes legales de los que no lo sean. No se requiere para realizarla una forma específica; bastará que sea auténtica. Y tampoco es precisa la asistencia de los citados al acto de inventario; el precepto obliga sólo a citar.

El segundo momento es el inventario. Este pasa, de ser un eslabón lógico del proceso particional, a convertirse en requisito, aunque su mayor peculiaridad estriba en la intervención que se da en el mismo a todos los interesados.

El inventario es una operación privada, incluso si el partidor es dativo. Tampoco es necesario seguir una forma especial; a falta de normas serán los usos los que indicarán como debe practicarse.

El incumplimiento del requisito que estamos analizando produce, según la Sentencia de 23-12-1976, no la nulidad, sino la anulabilidad de la partición, declaración ésta bien expresiva del régimen a seguir en cuanto a la impugnación y plazos para ejercitarla. La legitimación corresponde

a los interesados no citados o a cualquiera de ellos si el inventario no llegó a realizarse.

Por lo demás, las restantes operaciones particionales se acomodan al esquema típico, sobradamente conocido y ya descrito. El plazo para concluir la partición se fijará por analogía con el del albaceazgo en defecto de señalamiento por el testador o el juez y, por esta misma razón —art. 906— será prorrogable por el testador o los coherederos. El tema del plazo plantea el problema de la eficacia de la partición realizada fuera de plazo. La resolución de 30-1-1911 sostuvo la validez de la misma si era aprobada por los coherederos; se trataba, pues, de una mera anualidad. Sin embargo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30-10-1970 se inclina, quizá un tanto exageradamente, por la nulidad radical. Esto supone, no ya imponer una variación de criterio a la Dirección General sino también la obligación de sus funcionarios —también Notarios y Registradores— de apreciarla de oficio. Pero la Sentencia de 25-2-1980 reafirma el más saludable criterio de la Dirección General: la anulabilidad es más respetuosa con la autonomía de los coherederos, responde mejor al principio *favor partitionis* y permite la impugnación durante cuatro años. Tiempo más que suficiente para llevarla a cabo por quien se crea perjudicado por el sólo hecho de haberse realizado fuera de plazo.

La forma del cuaderno particional es en principio libre; las reglas formales son precisas sólo para que alcance la plenitud de su eficacia, sobre todo registral, a través de la protocolización.

Cuestión de más enjundia jurídica y mayor especificidad que las que acaban de exponerse es la de la aprobación de la partición.

Cuando el contador-partidor ha sido designado por el causante, tal aprobación no es necesaria ni siquiera cuando hay menores interesados. Esto naturalmente no quiere decir que toda partición por principio esté bien hecha, sino que la defensa de los eventuales perjudicados se orienta hacia la impugnación y no hacia la simple negativa a prestar su aprobación. Ellos es coherente con el carácter de acto completo per se que ostenta el particional y con su prevalencia hasta tanto los Tribunales no se pronuncien al respecto, extremo éste que veremos a continuación. Es sin embargo, frecuente que los coherederos autoricen con su firma el cuaderno particional. Esto puede significar una de dos cosas. O que, en primer lugar, se trate de una partición conjunta de partidor y coherederos, figura sin regular pero que, al no estar prohibida, aparece como legítima a la luz del principio de autonomía; o que, en segundo lugar, la interven-

ción de los coherederos se produzca con otros significados. En este último supuesto la firma de los coherederos puede no tener una finalidad estrictamente particional sino orientarse a otros objetivos, *vg.* aceptar la herencia *ex art.* 1000 o dar conformidad a la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero también puede tener fines particionales. Sin embargo, en los supuestos normales esta intervención meramente formal de los coherederos es tal como acabo de decir, completamente innecesaria. Ni siquiera priva al acto de su carácter unilateral según ha declarado la Resolución de 6-3-1930. Es en los supuestos patológicos donde la intervención adquiere un mayor relieve. En tal caso implica, bien la confirmación de una partición impugnada, es decir, la válida renuncia a la facultad de impugnar, bien la ratificación de una partición extralimitada.

Distinto es el supuesto del contador-partidor dativo, cuya actuación precisa la aprobación judicial salvo confirmación expresa de todos los coherederos y legatarios. La expresión "confirmación" resulta equívoca —¿sería anulable sin ella la partición bien hecha?— y más parece remitir a los llamados negocios de asentimiento para dotar a la actuación del partidor dativo de la plenitud de su eficacia material. Se justifica así que coherederos y legatarios autoricen con su firma el cuaderno particional: se cumple con ello un requisito legal. Por su parte, la aprobación judicial también plantea algunos problemas. Evidentemente el Juez tiene facultades de control, pero ha de usarlas con prudente arbitrio. No puede demorar la aprobación indefinidamente, ni denegarla si la partición es correcta; en ambos casos incurriría en responsabilidad. Debe, por el contrario, denegar la aprobación de la partición lesiva o que infrinja la ley. En este caso y ante el silencio legal, parece lo más lógico la concesión de un nuevo plazo o, incluso, el nombramiento de otro contador-partidor. Pero también puede ocurrir que el Juez apruebe una partición mal hecha. Esto, en mi opinión, ni subsana, ni convalida. Entiendo que las vías ordinarias de impugnación siempre han de quedar abiertas por sus cauces normales. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad del Juez quien, al menos como indicio de la incorrección, contaba con el dato previo de la falta de unanimidad en la confirmación por parte de herederos y legatarios. Hay que advertir sin embargo que las lagunas en este punto son grandes y han de constituir, sin duda, otras tantas fuentes de problemas prácticos y procesales: por ejemplo, ¿ante quién se impugna? ¿ante el mismo Juez que aprobó? ¿Cómo se recurre ante la denegación infundada? Tal vez el proceso incidental, a que tan aficionado parece el legislador de la reforma, pudiera resolver estas dudas.

De todas formas, siempre será conveniente una disposición expresa.

2. Efectos de la partición realizada

Los efectos de la partición realizada por contador-partidor son los generales y propios de toda partición. El principio *favor partitionis* brilla con especial fulgor pues, a virtud de ese paralelismo afirmado respecto a la partición por el causante, las Sentencias de 25-4-1963, 17-6-1963 y 4-11-1967 han declarado que hay que estar y pasar por ella mientras no lesione la legítima.

Tan tajante afirmación no es del todo exacta y el propio Tribunal Supremo se ha encargado de matizarla. Así, en primer lugar, y al igual que las demás clases de partición, la realizada por contador puede ser rectificadas, complementada —incluso fuera de plazo si el contador se reservó tal facultad— y, por supuesto impugnada.

Respecto a este punto habría que distinguir aquellas causas de impugnación comunes con las restantes clases de partición y las específicas de la partición por contador-partidor. La Sentencia de 31-5-1980, recopilando la jurisprudencia anterior, traza un excelente esquema de los motivos de nulidad que sólo dan lugar a aquella por la “carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto (...) la falta de algún elemento esencial” o la ilegalidad.

Se trata en suma de llenar el molde abstracto de la teoría general del negocio jurídico con los concretos supuestos aplicables a la partición. Referidos al partidor hay que entresacar de los supuestos citados en la S. su falta absoluta de consentimiento y la liquidación por sí solo de la sociedad de gananciales. Las Sentencias de 2-11-1957, 13-10-1960, 25-11-1965 y 17-1-1975 también admiten causas de impugnación procedentes de la teoría del negocio jurídico y comunes a toda clase de particiones.

Sin embargo hay más supuestos específicos: la ineptitud del contador —minoría, incapacidad, cualidad de heredero— hace nula la partición. Su realización fuera del plazo o prórroga, la hace anulable, meramente. Por esto el vicio puede subsanarse.

Junto a ello la partición por contador-partidor plantea asimismo problemas específicos en relación a las causas genéricas.

Un ejemplo de esto lo tenemos al abordar el tema de la rescisión. El art. 1073 remite al 1291, pero es evidente que los números 1 y 2 de éste no son aplicables en ningún caso a la partición realizada por contador-

partidor designado por el causante. Podría aplicarse a la hecha por contador-partidor dativo si la confirmación del representante fuese lesiva, sin perjuicio de la responsabilidad de éste, pero el ámbito del precepto resulta verdaderamente escaso frente al cauce que ofrece el art. 1074.

Ahora bien, el primer problema que plantea éste es su aplicabilidad a la partición realizada por comisario. La razón es que ésta, según hemos visto, se considera por la jurisprudencia en buena medida análoga a la del causante que sólo está sometida a los límites impuestos por el art. 1075: lesión de la legítima o constancia de ser otra la voluntad del testador. Así lo han declarado las Sentencias ya citadas de 25-4-1963, 17-6-1963 y 11-4-1967. No obstante, el Tribunal Supremo no se ha planteado mayores problemas a la hora de rescindir esta modalidad de partición: así las Sentencias de 7-12-1965, 25-2-1980 ó 31-5-1980. El criterio parece correcto porque se basa en la alteración de la proporcionalidad querida por el testador, lo que sin duda supone una extralimitación del ámbito del encargo. Es más, la última de las Sentencias citadas considera también meramente rescindible la partición realizada con lesión en la legítima, aunque sea inferior al *quantum* legal.

Es obvio que el Tribunal Supremo ha optado, con acierto, por una ineficacia de grado menor en aplicación del principio *favor partitionis*.

Nada impide la extensión de esta solución al caso de partición realizada por un contador-partidor dativo. En esta hipótesis entiendo que la confirmación por los coherederos exigida por el Código enerva la impugnabilidad; pero a falta de esta confirmación, y aunque sea aprobada judicialmente la partición; será rescindible por lesión *ex art. 1074* del Código, cuando concurra el *quantum* lesivo que el precepto señala.

VII. EXTINCION DEL ENCARGO

Como en tantas otras cuestiones, nada dice el Código civil sobre la extinción del cargo de contador-partidor. Bueno será adoptar, para resolver este punto, una posición metodológica distinta. Recordemos en efecto, que nos encontramos en la sede sistemática de la partición de la que la realizada por comisario es sólo una de sus variantes. La partición culmina con la entrega a cada coheredero de un cuerpo cierto de bienes equivalentes a su cuota primitiva. Y en este punto es donde debe ya dejar de hablarse de partición.

Trasladando lo antedicho nuevamente al eje de la exposición, es decir, al comisario, no supone reconocer que el cumplimiento del encargo implica la extinción del mismo, puesto que se trata de una encomienda con una finalidad particular y muy concreta. Podría decirse que se trata de un último y atípico efecto de la realización de la partición. En él se contiene, además una importante nota diferencial del comisario con el cargo de albacea. Ya ha quedado apuntada anteriormente.

Se trata de la rendición de cuentas, implícita en toda partición correctamente realizada y firme. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.

Por lo demás, y ante la ausencia de normas específicas, serán aplicables por analogía las causas de extinción previstas para el albaceazgo en el art. 910 del Código civil.

VIII. *RECAPITULACION*

Como habrá podido apreciarse, la investigación realizada se ha vertebrado en torno a cuatro pilares fundamentales: la llamada fiducia sucesoria, en primer lugar y ocupando un lugar prevalente; en segundo, el criterio de la profesionalidad, que considero como el más conveniente para albergar en lo sucesivo la figura del contador-partidor; en tercer lugar, el principio de autonomía de la voluntad, estudiado desde su triple fuente de proyección —causante, contador-partidor y coherederos— integrado además por los mecanismos analógicos e interpretativos; y en cuarto, ese mínimo contenido imperativo del Derecho sucesorio —capacidad, forma y legítimas— que dibuja las líneas de cerramiento que la fuerza configuradora de los particulares no puede traspasar.

Tal vez sorprende ver la heterogeneidad de los ingredientes. Pero entiendo que es evidente la voluntad del legislador de potenciar la figura estudiada para evitar largos y costosos litigios. Por ello, pese a su disparidad, creo que la conjunción de estos elementos puede constituir un hilo conductor del estudio de esta institución dotándola de nuevas perspectivas y posibilidades.

BARTOLOME DOMENGE AMER, El derecho de sobreedificación y subedificación, Adalid, Palma de Mallorca, 1983, 245 págs.

“Querido amigo,

Me han pedido que escriba algunas páginas sobre sus obras con ocasión del estreno de su Octava Sinfonía... Sus obras de mi época, y la tarea de reconocer y comprender la naturaleza inteligible de su creador, tal como me la reproducen, se me facilita sin duda por mi conocimiento de su carácter y por nuestras relaciones personales. Estas circunstancias, ¿me autorizan a hablar de sus obras no sólo como hombre agradecido sino también como hombre competente? ¿Las ventajas de una intimidad momentánea y de lazos personales con el compositor no son más bien un inconveniente? ¿No es necesaria una cierta distancia para formar una opinión ecuánime y ponderada?...” (De una carta de Bruno Walter a Gustav Mahler —compositor a quien un político de moda pretende habernos presentado—, escrita en 1910).

Mi relación con el profesor Domenge se remonta a unos diez años atrás, cuando Jaime Ferrer, Joan Verger y Miguel Miravet me sugirieron colaborar en la recién estrenada Facultad de Derecho de Palma. Conocí a Tomeu Domenge no en las clases de Derecho Civil, como sería lógico pensar, sino formando parte de aquel minúsculo y extraordinario grupo de nueve alumnos de la primera promoción, con quienes reflexioné sobre las fundamentales instituciones de Derecho Internacional Privado. Allí estaban dos personas con aptitud y vocación: Isabel Tapia y Tomeu Domenge. La primera se perdió para el Derecho Civil, en un descuido mío imperdonable; el segundo, en cambio, se incorporó como profesor de Derecho Civil de cuarto curso (Derechos Reales y Derecho Hipotecario), compartiendo conmigo la poca gratificante labor de inculcar y exigir al alumnado unos conocimientos indispensables para su futuro profesional.

El Profesor Domenge ha alcanzado la máxima titulación universitaria posible, mediante la lectura y defensa de su Tesis Doctoral que constituye el libro objeto de la presente reseña. La Tesis obtuvo la calificación de sobresaliente “cum laude”, después de una apasionada —aunque poco apasionante— deliberación de los miembros del Tribunal.

Siento un cierto orgullo en este momento, y me parece lícito proclamarlo. Porque pienso que algunas de las muchas cosas que sabe Domenge (entre las que no es poco importante un fuerte sentido crítico) se las he enseñado yo. Orgullo explicable, por otra parte, por la consideración fundamental de que nadie envejece impunemente.

El libro responde a una composición típicamente académica, y consta de ocho Capítulos relativos a: Planteamiento General; Derecho Comparado; Régimen Jurídico; Concepto y Naturaleza jurídica; Constitución del derecho; Contenido de derechos y obligaciones; Ejercicio del derecho; y Extinción. Todos ellos precedidos de un Prólogo firmado por el Director de la Tesis, Excmo. Sr. D. Francisco de Asís Sancho Rebullida, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Navarra, en el que el profundo jurista aragonés destila su generosidad de siempre, generosidad ya indisimulable a estas alturas, y que explica unas palabras de Díez Picazo a Pepe Blascos y a mí, el año pasado, en mi casa: "Es imposible no amar a Paco Sancho: nadie le conoce enemigos".

Si la estructura de la obra es tradicional, no puede decirse lo mismo de su orientación metodológica. En efecto, el autor no sigue un criterio metodológico único: frente a posturas asumidas en base a criterios que recuerdan la vieja escuela de la "exégesis" (en concreto, su visión de la relación entre el derecho de sobreelevación y la propiedad horizontal), la pobreza normativa del instituto le fuerza a abandonar este método para acudir a la vía sistemática (el conjunto de valoraciones derivadas de la consideración de derecho real en cosa ajena que Domenge atribuye al derecho de sobreelevación), sin pasar por alto otros más modernos criterios de indagación, como el teleológico. Semejante actitud —cuyos inconvenientes son paladinos— podrá gustar o no gustar, podrá estarse o no de acuerdo con ella; pero en el presente caso resulta inevitable, por lo menos si se quiere abarcar el amplísimo abanico de problemas que aborda el autor y que, a mi juicio, constituye uno de los aspectos más atractivos de la obra.

El primer Capítulo tiene por objeto situar la materia estudiada en sus contornos precisos, tanto jurídicos (la propiedad liberal y la moderna "función social"), como sociológicos (la problemática de la vivienda y la "intrusión" de la normativa urbanística con sus importantes repercusiones). Contiene asimismo un interesante análisis sobre el carácter dispositivo o de "ius cogens" de los principios que presiden la accesión, y termina con las indispensables referencias históricas y con una aproximación conceptual de la institución meditada.

El segundo Capítulo contiene la inevitable —en una tesis doctoral— referencia al Derecho comparado, con un análisis de los sistemas italiano, francés y portugués.

El Capítulo tercero analiza la normativa existente sobre la materia (fundamentalmente, los artículos 350 y 396 del Código Civil, el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario, y el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal), para concluir afirmando que "al tratarse de una figura en fase de configuración, no

ha merecido todavía la suficiente contemplación legislativa, siendo objeto, únicamente, de breves menciones en textos normativos heterogéneos". Ante esta situación, el autor opta por la vía analógica (mostrándose partidario de aplicar los principios que rigen el derecho de superficie y la propiedad horizontal) y, sobre todo, por la potenciación del principio de autonomía de la voluntad en la configuración de un derecho que, no obstante su actual intensa difusión —y de ello puedo dar fe como Registrador—, adolece de una regulación legal inexplicablemente coja.

El Capítulo cuarto se abre con la exposición del tema terminológico (derecho de vuelo, de levante, de sobreelevación), para abordar seguidamente el problema del concepto a través una óptica descriptiva, sistema muy empleado por autores como Roca Sastre, en el que se desintegran morfológicamente los distintos elementos de una definición; completándose con la exposición de sus caracteres y de la —también inevitable— meditación sobre la naturaleza jurídica del derecho de levante, que incluye un análisis sobre el carácter constitutivo o simplemente declarativo de su inscripción.

El Capítulo quinto se orienta al estudio de la constitución del derecho. Tanto en este Capítulo como en los siguientes, sin olvidar el anterior, es impresionante la cantidad de problemas que examina el doctor Domenge. Piénsese, por ejemplo, en el de la constitución por usucapión, partiendo del carácter "inmaterial" del derecho de levante y/o subedificación, o considerando el apoyo del Registro a través de la presunción posesoria del artículo 38-2º de la Ley Hipotecaria, en relación con el 35 de la misma; piénsese en sus reflexiones sobre la constitución de derechos de sobreelevación o subedificación sucesivos, para los cuales postula el mecanismo de la condición y su explicación a través de la todavía hoy discutida propiedad de volúmenes; en su exhaustivo examen de la figura del concedente, cuando su propiedad está gravada, bien con un usufructo, una superficie, una enfiteusis, un "dret d'alou", un censo reservativo, etc; en el objeto sobre que recae el derecho, según el edificio esté construido, en construcción o simplemente proyectado; piénsese, en fin, en las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho, cuando el edificio se halle hipotecado... y se comprenderá el interés que despierta la lectura de este Capítulo.

El Capítulo sexto, muy breve, se destina al desarrollo sumario del contenido de derechos y obligaciones. En él merecen destacarse la cuestión sobre el derecho a intervenir en las Juntas de los propietarios, así como la relativa a la existencia de retracto en caso de transmisión del derecho; sin que las demás —derecho a realizar la construcción, posibilidad de constituir gravámenes sobre el derecho, pago de la contraprestación, etc.— ofrezcan novedades dignas de ser destacadas.

El Capítulo séptimo enfoca la búsqueda de soluciones a los problemas derivados del ejercicio del derecho y sus límites, así como la duración de aquel. Un problema interesante es el relativo a la prescripción del derecho y su relación con la figura de la caducidad, problema que viene prejuzgado, como es obvio, por

la previa asunción de postura respecto a su naturaleza jurídica (¿derecho real?, ¿derecho de modificación jurídica?).

Por último, el Capítulo octavo contiene la doctrina sobre las causas genéricas (consolidación, renuncia, expropiación, término, etc.) y específicas (edificación total del volumen concedido, ¿viabilidad de la redención?), así como los efectos de dicha extinción.

En el apartado final, se contienen las Conclusiones de la tesis doctoral, como resumen y compendio de la postura mantenida por el autor a lo largo de su libro.

La bibliografía consultada y aportada por el autor como material de trabajo me parece literalmente total.

Tomando prestado un símil de un querido compañero (Tomás de Zumalacarrégui, "Relección y autocrítica de una tesis doctoral") después de medir el cuádruple cociente Esfuerzo/Resultado (Claridad en la exposición, amenidad en la forma, rigor en las conclusiones y, sobre todo, utilidad para el lector), no puedo menos de recomendar la lectura de este libro, de lo cual me aventuro a pronosticar el provecho.

La obra ha sido publicada bajo el patrocinio del Ilustre Colegio Notarial de Baleares. Me parece de absoluta justicia enfatizar que este "colectivo" (como se estila decir hoy) ha tenido una importante participación en la puesta en marcha y funcionamiento de la Facultad de Derecho. Y ello, no solamente a través de sus aportaciones económicas —últimamente selectivas, con muy buen criterio, orientadas a la promoción de los estudios sobre Derecho Privado—, sino fundamentalmente aportando la presencia y la entrega de tiempo de algunos de sus mejores hombres: Mateo Oliver, Juan Verger, Jaime Ferrer, Antonio López —Cerón, Teodoro Sánchez— Huert, Víctor Alonso —Cuevillas, Eduardo Martínez— Piñeiro, Luís Pareja, Juan Alvarez —Sala y supongo que me dejo alguno, han dedicado muchas horas de su vida a la Facultad. Si el agradecimiento es una cosa de bien nacidos, quiero, como profesor, dar mi modesto pero sentido testimonio de admiración y respeto a tan prestigioso Cuerpo de juristas.

Juan Vidal Perelló

MANUEL ATIENZA RODRIGUEZ, Marx y los Derechos Humanos. Editorial Mezquita, Madrid, 1983, 280 págs.

La conexión entre dos de las más importantes y extendidas ideologías de nuestro tiempo, *derechos humanos* y *marxismo*, examinada en la obra marxiana, constituye el objeto fundamental del libro que comentamos. Su autor, desde

la previa asunción de postura respecto a su naturaleza jurídica (¿derecho real?, ¿derecho de modificación jurídica?).

Por último, el Capítulo octavo contiene la doctrina sobre las causas genéricas (consolidación, renuncia, expropiación, término, etc.) y específicas (edificación total del volumen concedido, ¿viabilidad de la redención?), así como los efectos de dicha extinción.

En el apartado final, se contienen las Conclusiones de la tesis doctoral, como resumen y compendio de la postura mantenida por el autor a lo largo de su libro.

La bibliografía consultada y aportada por el autor como material de trabajo me parece literalmente total.

Tomando prestado un símil de un querido compañero (Tomás de Zumalacarre, "Relección y autocrítica de una tesis doctoral") después de medir el cuádruple cociente Esfuerzo/Resultado (Claridad en la exposición, amenidad en la forma, rigor en las conclusiones y, sobre todo, utilidad para el lector), no puedo menos de recomendar la lectura de este libro, de lo cual me aventuro a pronosticar el provecho.

La obra ha sido publicada bajo el patrocinio del Ilustre Colegio Notarial de Baleares. Me parece de absoluta justicia enfatizar que este "colectivo" (como se estila decir hoy) ha tenido una importante participación en la puesta en marcha y funcionamiento de la Facultad de Derecho. Y ello, no solamente a través de sus aportaciones económicas —últimamente selectivas, con muy buen criterio, orientadas a la promoción de los estudios sobre Derecho Privado—, sino fundamentalmente aportando la presencia y la entrega de tiempo de algunos de sus mejores hombres: Mateo Oliver, Juan Verger, Jaime Ferrer, Antonio López —Cerón, Teodoro Sánchez— Huert, Víctor Alonso —Cuevillas, Eduardo Martínez— Piñero, Luís Pareja, Juan Alvarez —Sala y supongo que me dejo alguno, han dedicado muchas horas de su vida a la Facultad. Si el agradecimiento es una cosa de bien nacidos, quiero, como profesor, dar mi modesto pero sentido testimonio de admiración y respeto a tan prestigioso Cuerpo de juristas.

Juan Vidal Perelló

MANUEL ATIENZA RODRIGUEZ, Marx y los Derechos Humanos. Editorial Mezquita, Madrid, 1983, 280 págs.

La conexión entre dos de las más importantes y extendidas ideologías de nuestro tiempo, *derechos humanos* y *marxismo*, examinada en la obra marxiana, constituye el objeto fundamental del libro que comentamos. Su autor, desde

su formación iusfilosófica, decide recorrer un difícil itinerario a través de la extensa y compleja obra de un clásico de indudable vigencia, para recoger y criticar muestras de su actitud hacia lo que hoy conocemos por derechos humanos. A tal fin, el libro se divide en cinco partes en las que se traza el esquema histórico básico para comprender la trayectoria intelectual de Marx acerca de estas cuestiones.

Como pone de relieve Atienza, si en los primeros escritos, publicados hasta 1843, el joven Marx asume posiciones clara y radicalmente liberales con la defensa contundente de algunas libertades, más adelante, con obras como *Crítica de la filosofía del derecho público de Hegel* y *La cuestión judía*, demuestra inequívocamente una actitud negativa hacia los derechos humanos, que llega a considerar incluso como aspectos destacados de la alienación del hombre.

En *La ideología alemana* o en el propio *Manifiesto*, la postura de Marx es calificada por Atienza de ambigua: Por un lado, Marx otorga importancia práctica a la conquista de ciertos derechos por el proletariado; por otro, parece reducirlos a la categoría de medios y no de fines, concediéndoles, en consecuencia, un valor político o instrumental.

Sin que pueda decirse que desaparezca esa ambigüedad, el autor de *Crítica del Programa de Gotha* considera desde una posición más positiva y constructiva el logro de las libertades y derechos fundamentales, circunstancia que no puede desligarse del abandono de la tesis de la extinción del Estado y el Derecho.

Es una constante en Marx la sospecha frente a los valores establecidos, no en vano el libro de Atienza se inicia con la siguiente cita: "*Mi lema: De omnibus dubitandum*". Y, efectivamente, parece que Marx dudó de todo, incluso de sus propias tesis, y supo poner de relieve lo enmascarador de los planteamientos liberales de la época. Libertad, igualdad, seguridad o propiedad privada no son, leyendo a Marx, otra cosa que *verdades eternas* que ocultan lacerantes conflictos sociales. Sin embargo, en determinados instantes, Marx posterga su aniquiladora crítica para apoyar las *libertades burguesas*, porque sabe *científicamente* que la llegada del *socialismo* es inevitable y el logro de las mismas puede precipitar el cambio. La conquista de los derechos humanos no pertenece, en la visión marxiana, al mundo de la ética, sino al de la oportunidad o al de la política. Existe —nos dice Atienza— una evidente incompatibilidad entre la ideología de los derechos humanos y los esquemas del pensamiento comunista, en el que no tienen razón de ser el Estado y el Derecho, así como tampoco *derechos* para los *explotadores*. En definitiva, a Marx, para quien nada de lo humano le es ajeno, le interesa emitir un *mensaje moral* y llevar a la luz la insuficiencia y superficialidad de las libertades propugnadas desde el púlpito del Estado burgués. Y esa es una gran aportación para el futuro.

No puede soslayarse aquí que el autor de *Marx y los derechos humanos* ha analizado con rigor el alcance de la crítica marxiana a los derechos humanos, situándola con precisión en las coordenadas históricas y políticas en que se pro-

dujo, dato que se presenta como definitivo para una correcta comprensión de la obra de Marx; también es mérito de Atienza haber puesto de manifiesto la inadecuación de algunos conceptos que son tenidos por *sagrados* entre el marxismo militante, como ocurre, por poner un ejemplo, con el de *dictadura del proletariado*.

A lo largo del libro que comentamos, y como dice el propio autor, pueden encontrarse razones para no ser marxista y muchas más para no ser antimarxista. Pero, fundamentalmente, pueden encontrarse razones para pensar que la profundización en los derechos humanos, su efectividad y realización mucho más allá de las puras declaraciones, no puede desembocar más que en un cambio progresivo, cuyas características han de confundirse con las del modelo social propugnado por el *socialismo democrático*.

Luis J. Segura

VICTOR Y ANTONIO REINA, Lecciones de Derecho Eclesiástico Español. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983, 407 págs.

Es bien sabido que desde hace unos años, coincidiendo prácticamente con el declive del régimen franquista y la restauración de la monarquía en España, en un buen número de cátedras de Derecho canónico de nuestras universidades se ha introducido, en feliz hora y con acierto, el estudio del derecho eclesiástico o derecho del Estado sobre el factor religioso. Con ello se ha intentado salir al paso, a nivel teórico y de investigación, de una realidad ya actual: la de un Estado no confesional en relación con la Iglesia Católica y demás Confesiones.

Para el tratamiento jurídico de una situación nueva y de un sistema de relaciones Iglesia-Estado, tan distinto del que rigió en otras épocas —especialmente del que inspiró el nacional-catolicismo—, los estudiosos no han contado con la adecuada bibliografía propia. Asimismo los tratados y manuales tampoco han estado al alcance fácil de los alumnos de la asignatura. De ahí el mérito de las *Lecciones de Derecho Eclesiástico Español*, de los Catedráticos Drs. Víctor y Antonio Reina, no sólo por lo oportunas, llenando el indicado vacío de publicaciones, sino también y principalmente por la claridad de la exposición, sin menoscabo de la precisión y rigor de los conceptos, y por la profundidad de contenido que no ha impedido la extensión a cuestiones coyunturales, y en que se refleja el enfoque, la fina observación, la personal visión, en ocasiones, de unos auténticos maestros.

La obra abarca una parte dedicada a las formas históricas de las relaciones Iglesia-Estado, a la formación histórica del concepto de Derecho eclesiástico del Estado y a las nuevas perspectivas del mismo en la sociedad pluralista. En una segunda parte se contemplan los antecedentes históricos contemporáneos del De-

dujo, dato que se presenta como definitivo para una correcta comprensión de la obra de Marx; también es mérito de Atienza haber puesto de manifiesto la inadecuación de algunos conceptos que son tenidos por *sagrados* entre el marxismo militante, como ocurre, por poner un ejemplo, con el de *dictadura del proletariado*.

A lo largo del libro que comentamos, y como dice el propio autor, pueden encontrarse razones para no ser marxista y muchas más para no ser antimarxista. Pero, fundamentalmente, pueden encontrarse razones para pensar que la profundización en los derechos humanos, su efectividad y realización mucho más allá de las puras declaraciones, no puede desembocar más que en un cambio progresivo, cuyas características han de confundirse con las del modelo social propugnado por el *socialismo democrático*.

Luis J. Segura

VICTOR Y ANTONIO REINA, *Lecciones de Derecho Eclesiástico Español*. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983, 407 págs.

Es bien sabido que desde hace unos años, coincidiendo prácticamente con el declive del régimen franquista y la restauración de la monarquía en España, en un buen número de cátedras de Derecho canónico de nuestras universidades se ha introducido, en feliz hora y con acierto, el estudio del derecho eclesiástico o derecho del Estado sobre el factor religioso. Con ello se ha intentado salir al paso, a nivel teórico y de investigación, de una realidad ya actual: la de un Estado no confesional en relación con la Iglesia Católica y demás Confesiones.

Para el tratamiento jurídico de una situación nueva y de un sistema de relaciones Iglesia-Estado, tan distinto del que rigió en otras épocas —especialmente del que inspiró el nacional-catolicismo—, los estudiosos no han contado con la adecuada bibliografía propia. Asimismo los tratados y manuales tampoco han estado al alcance fácil de los alumnos de la asignatura. De ahí el mérito de las *Lecciones de Derecho Eclesiástico Español*, de los Catedráticos Drs. Víctor y Antonio Reina, no sólo por lo oportunas, llenando el indicado vacío de publicaciones, sino también y principalmente por la claridad de la exposición, sin menoscabo de la precisión y rigor de los conceptos, y por la profundidad de contenido que no ha impedido la extensión a cuestiones coyunturales, y en que se refleja el enfoque, la fina observación, la personal visión, en ocasiones, de unos auténticos maestros.

La obra abarca una parte dedicada a las formas históricas de las relaciones Iglesia-Estado, a la formación histórica del concepto de Derecho eclesiástico del Estado y a las nuevas perspectivas del mismo en la sociedad pluralista. En una segunda parte se contemplan los antecedentes históricos contemporáneos del De-

recho eclesiástico español y su situación actual partiendo de la Constitución y al filo del desarrollo legislativo de los principios constitucionales, siguiéndole un estudio de las fuentes y de los principios informadores. Se tratan, por último, capítulos tan importantes como el de la personalidad civil de los entes eclesiásticos, el régimen económico de las confesiones, televisión pública y factor religioso, objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y proyectos de desarrollo legislativo postconstitucional.

Estamos, pues, ante unas *Lecciones* útiles como las que más no sólo para estudiantes universitarios sino también para cuantos desean tener un conocimiento cabal, amplio y puntual de las relaciones Iglesia-Estado, aquí y ahora.

Antonio Pérez Ramos

RELACION DE LIBROS RECIBIDOS

- AGRO, LAVAGNA, SCOCA, VITUCCI, *La Costituzione italiana. Annotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, UTET, Torino, 1979, 2249 págs.
- AZNAR GIL, F. R., *El nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, Ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1983, 443 págs.
- BOIX REIG, COBO DEL ROSAL y otros, *El Derecho Penal del Estado democrático*, Tomo II de los "Comentarios a la legislación penal", EDESA Madrid, 1983, 532 págs.
- CARBONELL MATEU, J. L., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, EDESA, Madrid, 1982, 205 págs.
- CARMONA SALGADO, C., *La circunstancia atenuante de arrebatu u obcecación*, Ed. Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Granada, 1983, 139 págs.
- Código de Derecho Canónico*, Edición bilingüe, Ed. BAC, Madrid, 1983, 794 págs.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., y otros, *Estudios sobre el desarrollo de la Constitución*, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1982, págs.
- GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L., *La contratación local*, Ed. El Consultor, Madrid, 1982, 742 págs.
- GONZALEZ PEREZ, J., y TOLEDO JAUDENES, J., *Comentarios al Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, 740 págs.
- MILLAN GARRIDO, A., *El delito de deserción militar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, 185 págs.
- PERULLES BASSAS, J. J., y SANTALO SORS, F. J., *Impuestos directos e indirectos*, 1983, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, 1321 págs.

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

72. **Sanción administrativa. Juego.** Derechos fundamentales. Recurso extemporáneo. El acto impugnado no tiene contenido sancionador. *Sentencia de 3 de agosto de 1982.*
73. **Sanción administrativa. Juego.** El acto impugnado no tiene contenido sancionador. *Sentencia de 3 de agosto de 1982.*
74. **Sanción administrativa. Juego.** Orden de cierre de un Bingo. Denegación de la licencia correspondiente. *Sentencia de 13 de agosto de 1982.*
75. **Sanción administrativa. Juego.** Caducidad licencia de Bingo. El acto ejecutivo no tiene carácter sancionador. *Sentencia de 21 de agosto de 1982.*
76. **Contrabando.** Precintaje y aprehensión de un camión. No hay lesión del derecho de propiedad. El Tribunal Provincial de contrabando no forma parte del orden jurisdiccional. *Sentencia de 24 de agosto de 1982.*
77. **Permiso o autorización de residencia y trabajo para extranjero.** Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso porque hay acto administrativo. Infracción de los artículos 19,35 y 13-1 de la constitución. *Sentencia de 9 de septiembre de 1982.*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada, con la colaboración de J. L. Segura Ginard, por los Profs. B. Colom Pastor y M^a L. Ramis Rebassa en lo que se refiere a las sentencias en materia administrativa, por el Prof. F. Medina Roses en lo que se refiere a las sentencias en materia de Derecho financiero y tributario, y por el Prof. M. García Fernández en lo que se refiere a las sentencias relativas a Derecho laboral.

78. **Protección de la legalidad urbanística.** Suspensión. La demolición debe fundarse en una comprobada infracción urbanística. *Sentencia de 13 de septiembre de 1982**.
79. **Licencia de obras.** Carácteres específicos. Sometimiento de la actividad de edificación al requisito de previa licencia. Esta autoriza el ejercicio de un derecho preexistente. Cualquier condicionamiento del dominio tiene que estar previsto en el Ordenamiento. *Sentencia de 14 de septiembre de 1982.**
80. **Responsabilidad patrimonial de la Administración Local.** Actuación administrativa en el ejercicio de su función organizadora de fiestas. Resultado dañoso. Relación de causa a efecto. No ha transcurrido el plazo de prescripción de un año. Solo cuando el daño se hace patente en toda su magnitud puede ser ejercitado el derecho a la indemnización. *Sentencia de 16 de septiembre de 1982.*
81. **Plan parcial.** La aprobación inicial es un acto de trámite pero si este impide la continuación del procedimiento es impugnabile. Decisión denegatoria reglada. Adecuación a los preceptos correspondientes de la Ley del Suelo y a las determinaciones del Plan General de Ordenación Municipal. Vigencia de los Planes. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1982.*
82. **Inadmisibilidad del recurso.** Reposición de una reposición. El defecto en la indicación de los recursos procedentes no puede perjudicar al particular. **Catalogación de un bien como monumento histórico artístico.** La autorización de la Comisión del Patrimonio no sustituye a la licencia municipal de obras. **La licencia de obras es un acto reglado.** *Sentencia de 18 de septiembre de 1982.*
83. **Responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento del servicio público.** **Silencio negativo.** Plazo para interponer el Recurso Contencioso Administrativo. **Ni audiencia del interesado ni notificación de las resoluciones.** Cantidad reclamada desorbitada. Faltan probar algunas partidas y no procede conceder partida por afección. *Sentencia de 22 de septiembre de 1982*.*
84. **Expropiación forzosa.** Justiprecio de una finca sita en la Ronda de Ibiza. **Inadmisibilidad.** Lesión en más de una sexta parte del precio. Momento en que deben tasarse los bienes. Indemnización por zona edificable junto a la carretera. No procede la indemnización

- de daños y perjuicios derivados del justiprecio. *Sentencia de 27 de septiembre de 1982.*
85. **Solicitud de licencia de obras.** Proyecto de Facultativo presentado con denegación de visado colegial ante el Ayuntamiento de Marratxi. Suspensión de obras. **Audiencia de los interesados.** *Sentencia de 27 de septiembre de 1982.*
86. **Expediente instruido para la revisión de tarifas de agua.** Referido a Cas Català, Illetas y Portals Nous, y a la empresa "X". Liquidación girada en base a este a otra empresa que opera en otros lugares. Improcedencia. *Sentencia de 28 de septiembre de 1982.*
87. **Funcionarios.** Jubilación por haber cumplido 70 años. **No procede la inadmisibilidad del recurso.** No es acto trámite. **Juicio positivo sobre la constitucionalidad del art. 38.1 del Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local.** Distinción entre funcionario y obrero. La igualdad no implica que todos los casos tengan que tener un tratamiento legal igual. *Sentencia de dos de octubre de 1982.*
88. **Sanciones administrativas.** El poder sancionador debe regirse por los mismos principios del orden penal clásico. Tipicidad. Legalidad. Las infracciones administrativas están reservadas a la Ley. Regulación de Derechos y Libertades. **Cuestión de constitucionalidad. Potestad reglamentaria del Gobierno.** *Sentencia de 5 de octubre de 1982.*
89. **Tasa de equivalencia.** Sujeto pasivo. *Sentencia de 6 de octubre de 1982.*
90. **Licencia urbanística.** Subrogación por la comisión provincial de urbanismo. Suspensión posterior de la licencia por el Alcalde improcedente. Omisión de trámites que no producen indefensión. *Sentencia de 11 de octubre de 1982*.*
91. **Sanción.** Arbitrariedad de la Administración. Técnicas propias del Derecho Penal. Inaplicabilidad de la analogía. Principio de tipicidad. *Sentencia de 13 de octubre de 1982*.*
92. **Expropiación forzosa.** Concesión administrativa sobre bien demanial. Recurso contra el justiprecio. *Sentencia de 14 de octubre de 1982.*

93. **Licencia de obras.** Inadmisibilidad del recurso por ser la concesión de la misma ajustada a Derecho. Las licencias no otorgan ningún derecho. *Sentencia de 15 de octubre de 1982.*
94. **Extranjero.** Proceso regulado por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Lesión en el derecho a la libertad de residencia. Conceptos jurídicos indeterminados y poderes discrecionales. *Sentencia de 15 de octubre de 1982.*
95. **Arbitro de plus valía.** Procede la obligación de contribuir en cada período decenal y como tasa de equivalencia. *Sentencia de 19 de octubre de 1982.*
96. **Sanción.** La Administración debe imponer las sanciones taxativamente fijadas para los hechos que resulten probados. Los principios jurídicos del Derecho Penal han de ser aplicados al Derecho Administrativo sancionador. No a la interpretación extensiva o analógica. Reserva de ley. *Sentencia de 19 de octubre de 1982.*
97. **Contribución territorial urbana.** Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Exenciones. Bienes propiedad del Estado. Requisitos para gozar de exención. Afectación al servicio público. No producción de renta. *Sentencia de 20 de octubre de 1982*.*
98. **Funcionarios.** Retención de haberes por huelga. Principios Generales del Derecho que se hallen en armonía con el Texto Constitucional. **Enriquecimiento injusto. Procedimiento sancionador inexistente. Equivalencia servicio-retribución.** Falta de expediente. No hay sanción. **Relación reglamentaria.** Reducción de los emolumentos en proporción a la labor realizada. Principio Favor libertatis. *Sentencia de 21 de octubre de 1982.*
99. **Contribución territorial urbana.** Hecho imponible. Base imponible. Deducciones de la base imponible. Carácter rogado. Reserva de Ley. *Sentencia de 25 de octubre de 1982*.*
100. **Funcionarios.** Retención de haberes por inactividad en el desempeño de sus funciones. A falta de disposiciones legales entran en juego los Principios Generales del Derecho. Equivalencia servicio-retribución. No es sanción. Reducción de los emolumentos en proporción a la labor no realizada. *Sentencia de 25 de octubre de 1982.*
101. **Inadmisibilidad parcial del recurso por falta de acto administrativo**

- expreso o presunto.** Carácter revisor de la Jurisdicción Contenciosa administrativa. **Ordenes de ejecución.** Congruencia entre los medios y los fines. La motivación no es la señalada en el art. 181 de la Ley del Suelo. Desviación de poder. *Sentencia de 27 de octubre de 1982.*
102. **Expropiación forzosa.** Nueva carretera. Autopista Poniente. Superficie expropiada. Valoración del terreno. No hay necesidad de trasladar la estación de servicio a nivel de la calzada. *Sentencia de 29 de octubre de 1982.*
103. **Expropiación forzosa.** No procede minusvalorar los solares en función de la inedificabilidad derivada de su destino vial. Tasación con arreglo al valor comercial. El uso de los terrenos deberá ajustarse estrictamente al plan vigente. Los acuerdos del jurado han de merecer crédito preferente salvo que se demuestre que tales acuerdos incurren en infracciones legales, error, manifiesta inadecuación o desajustada apreciación de los elementos o factores intervinientes. *Sentencia de 3 de noviembre de 1982.*
104. **Suelo no urbanizable.** Segregación que no puede dar lugar a la constitución de núcleo de población. Sometida a la legislación agraria. Núcleo de población corresponde a edificaciones características de las zonas urbanas. *Sentencia de 3 de noviembre de 1982.*
105. **Inadmisibilidad del recurso por extemporáneo.** *Sentencia de 4 de noviembre de 1982.*
106. **Registro municipal de solares.** Vicios que no determinan la nulidad del procedimiento. Los dictámenes técnicos gozan de la presunción de "favor actis". *Sentencia de 6 de noviembre de 1982.*
107. **Ordenes de ejecución.** Forma de intervención en la actividad de los administrados. No existe la motivación prevista en el precepto legal que la autoriza. Desviación de poder. *Sentencia de 9 de noviembre de 1982.*
108. **Funcionarios. Cuerpo Municipal de Bomberos.** Oposición. Convocatoria consentida equivalente a convocatoria inatacable. La nulidad absoluta tiene carácter excepcional: no basta la existencia de vicios anecdóticos. *Sentencia de 9 de noviembre de 1982.*
109. **Suspensión de acuerdos de las corporaciones locales.** Comisión Per-

manente. Nulidad de las actuaciones por extemporáneas. *Sentencia de 10 de noviembre de 1982.*

110. **Funcionarios. Retención de haberes por huelga.** Aplicación de los principios generales del Derecho. Reducción de los emolumentos en proporción a la labor realizada durante la huelga. *Sentencia de 11 de noviembre de 1982.*
111. **Orden de ejecución. Demolición de obras.** Antiformalismo en la demanda. Principio iura novit curia. El Ayuntamiento ha de atenerse siempre a la ordenación urbanística vigente. *Sentencia de 12 de noviembre de 1982.*
112. **Actividad industrial. Traspaso.** Denegación de la correspondiente autorización por no cumplirse los requisitos exigidos. Principio de competencia. *Sentencia de 15 de noviembre de 1982.*
113. **Orden de ejecución. Demolición de obras.** Inadmisibilidad del recurso. **Falta de legitimación.** *Sentencia de 16 de noviembre de 1982.*
114. **Orden de ejecución. Retirada de letrero luminoso.** La falta de audiencia no produce forzosamente indefensión. No se admite la prescripción de la infracción urbanística por ser cuestión nueva en el expediente. Actividad reglada. *Sentencia de 17 de noviembre de 1982.*
115. **Contribución territorial urbana.** Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Exenciones. Bienes propiedad del Estado. Requisitos para gozar de la exención. Afectación al servicio público. No producción de renta. *Sentencia de 18 de noviembre de 1982.*
116. **Licencia de obras.** Pavimentación. **Obras ordinarias** que no desarrollan integralmente un plan. No es exigible el trámite de información pública. *Sentencia de 20 de noviembre de 1982.*
117. **Funcionarios. Retención de haberes por huelga.** Aplicación de los principios generales del Derecho en armonía con la Constitución. Interpretación restrictiva de las limitaciones a los derechos fundamentales. Durante la huelga la recurrente acudió al trabajo y debe percibir parte de los emolumentos. *Sentencia de 23 de noviembre de 1982.*

118. **Funcionarios.** Retención de haberes por huelga en la que no participó el actor. *Sentencia de 25 de noviembre de 1982.*
119. **Plan parcial.** Denegación de la aprobación provisional. Actividad reglada de la Administración. Art. 130 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico. No se aprecia responsabilidad por retraso. *Sentencia de 29 de noviembre de 1982.*
120. **Licencia de obras.** Defecto formal en el modo de proponer la demanda. Los informes oficiales gozan de la presunción de veracidad. *Sentencia de 29 de noviembre de 1982.*
121. **Adhesión al proceso autonómico.** Ayuntamiento de San Antonio Abad. El Ayuntamiento ha de examinar los presupuestos del cese de uno de sus concejales. **Autonomía municipal.** *Sentencia de 30 de noviembre de 1982*.*
122. **Denegación de licencia de obras.** Tramitación independiente de las diferentes autorizaciones. **Condición de solar.** El principio de igualdad no puede amparar infracciones del ordenamiento urbanístico vigente. Interpretación de los usos permitidos. *Sentencia de 30 de noviembre de 1982.*
123. **Servidumbre de paso de corriente eléctrica.** Instalación de línea de alta tensión. Expropiación forzosa. Principio de igualdad. Razones de tipo urbanístico. *Sentencia de 2 de diciembre de 1982.*
124. **Funcionarios.** Retención de haberes por huelga. *Sentencia de 4 de diciembre de 1982.*
125. **Sanción. Vigilantes jurados de seguridad.** Exigencia del correspondiente título. Principio pro actione en caso de duda sobre la fecha de notificación. *Sentencia de 6 de diciembre de 1982.*
126. **Silencio negativo. Recepción definitiva de urbanización.** Escritura pública. Debe haber petición inicial de tal recepción. *Sentencia de 7 de diciembre de 1982.*
127. **Sanción. Tribunal incompetente.** *Sentencia de 7 de diciembre de 1982.*
128. **Contribución Territorial Urbana.** Competencia de los Tribunales Económico-Administrativos. C.A.M.P.S.A. no goza de exenciones

ni de bonificaciones. Jerarquía normativa. Concepto de renta. *Sentencia de 10 de diciembre de 1982.*

129. **Entidades urbanísticas colaboradoras.** Sus actos no son actos administrativos. Integración de los propietarios. *Sentencia de 13 de diciembre de 1982.*
130. **Profesores de E.G.B.** Traslado por incompatibilidad con el vecindario. Legalmente no es sanción. La incompatibilidad ha de ser manifiesta. *Sentencia de 14 de diciembre de 1982.*
131. **Funcionarios.** Retención de haberes por huelga en la que no participó el actor. *Sentencia de 14 de diciembre de 1982.*
132. **Funcionarios.** Veterinario Director del Matadero Municipal de Palma. Legitimación del Ayuntamiento por tener interés directo. **Discrecionalidad administrativa.** No se aprecia desviación de poder. *Sentencia de 20 de diciembre de 1982*.*
133. **Sanción.** Funcionarios de correos y telecomunicaciones. No hay confusión entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad. Las sanciones administrativas pueden ser revisadas por el Tribunal. Consideración de circunstancias subjetivas y objetivas. *Sentencia de 21 de diciembre de 1982.*
134. **Suspensión de obras.** Orden de adecuar el proyecto de construcción a normativa aún no vigente y diferente a la que sirvió de base a la concesión de la licencia. Infracción manifiesta de ley. *Sentencia de 21 de diciembre de 1982.*
135. **Funcionarios.** Retención de haberes por huelga. *Sentencia de 22 de diciembre de 1982.*
136. **Funcionarios.** Índice de proporcionalidad a efectos retributivos. *Sentencia de 24 de diciembre de 1982.*
137. **Funcionarios. Concurso restringido.** Convocatoria consentida equivalente a convocatoria inatacable. Valoración de méritos. *Sentencia de 27 de diciembre de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

78

78. PROTECCION DE LA LEGALIDAD URBANISTICA. Suspensión. La demolición debe fundarse en una comprobada infracción urbanística. *Sentencia de 13 de septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el procedimiento para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística establecido en los artículos 184 y 185 de la Ley del Suelo, modificado el último de ellos en su punto 1 por el Real Decreto Ley 16/1981 de 16 de Octubre (artículo 9), tiene dos fases claramente diferenciadas en dichos preceptos: la de suspensión y la de demolición, no solo en cuanto a sus momentos o plazos, separados por el transcurso de dos meses, sino también en su fundamento y naturaleza jurídica, pues mientras el primero se configura por su causa, que es la mera iniciación de obras sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas, como acto provisional y de control preventivo público al ejercicio de ciertas actividades, aún cuando sean manifestación de derechos civiles, lo mismo que la licencia, al ser mera consecuencia de su ausencia o infracción de sus condiciones, el segundo, la demolición, se configura como acto definitivo al deber fundarse en una *comprobada* infracción urbanística que impide el otorgamiento de la licencia legitimadora solicitada, o en el transcurso del plazo otorgado para solicitarla, sin que la infracción pueda ser subsanada por el transcurso del plazo de prescripción de cuatro años, establecido en el artículo 184, en su modificación por el artículo 9 del Real Decreto 16/1981; por lo que del examen de los puntos de hecho indubitados reseñados en el anterior considerando, aparece evidente que si bien el acto de suspensión decretado por el Alcalde es ajustado a tales preceptos, aún cuando las obras en realización se redujeran al embaldosado de la terraza, puesto que aún éste, separado de los que forzosamente le precedieron (su estructuración, pilares y forjados), está comprendido entre los sujetos a previa licencia en el artículo 178 de la Ley del Suelo y 1º, punto 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de Junio de 1978 (Real Decreto 2187/78), en cuanto que modifica el aspecto exterior del edificio, por el contrario, el acto u orden de demolición recurrido, exigía haber verificado previamente si todo lo que se ordenaba demoler es contrario a la ordenación aplicable y legalidad vigente, tal como sugirieron los servicios técnicos municipales, tanto de Inspección, como jurídicos (folios 20 y 22 del expediente) y haber comprobado así (como se ha hecho en el presente proceso jurisdiccional)

que las obras ejecutadas sin licencia se referían solo al embaldosado de la terraza, mientras que su estructuración en forjado, pilares y jacenas, aunque también se haya realizado sin licencia, es anterior a 1967, es decir, anterior en más de los cuatro años necesarios según la legislación vigente y mucho más según la anterior redacción de la Ley del Suelo, para su legitimación por prescripción, a la calificación como zona verde de su entorno en 1973,

por lo que a los primarios actos de construcción de la terraza en sí, no le es aplicable la imprescriptibilidad establecida en el artículo 188 de la Ley del Suelo.

CONSIDERANDO: Que por todas las expresadas razones, procede anular parcialmente los actos administrativos recurridos, dejando reducido su mandato de demolición a las obras de embaldosado de la terraza, sin que, por otra parte, existan motivos para hacer declaración expresa sobre costas.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. A. G. F. contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 13 de Noviembre de 1980 ordenando demolición de obras realizadas en el Restaurante-Bar sito en la cima de la montaña Na Burguesa de Génova y de 15 de Julio de 1981 que denegó la reposición del anterior, debemos declararlos y los declaramos parcialmente contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos también en parte, dejando reducido su mandato de demolición a las obras realizadas de embaldosado de la terraza existente en dicho Restaurante, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

79

79. LICENCIA DE OBRAS. Carácteres específicos. Sometimiento de la actividad de edificación al requisito de previa licencia. Esta autoriza el ejercicio de un derecho preexistente. Cualquier condicionamiento del dominio tiene que estar previsto en el Ordenamiento. *Sentencia de 14 de septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que aunque por ser sobradamente conocido pudiera parecer innecesario, sin embargo, para una mayor claridad y comprensión de los razonamientos que sigan, conviene sentar como punto de partida que les sirva de base, el que la intervención administrativa en la edificación y uso del suelo a que se refiere el Capítulo II del Título IV de la Ley del Suelo y el Título I del Reglamento de Disciplina Urbanística promulgado por Real Decreto 2187/1978 de 23 de Junio, que se extiende, tanto a la actividad urbanística de los particulares, como a la actividad de los órganos del Estado o Entidades de Derecho público que administran bienes estatales (artículo 7.1 del Reglamento citado en relación con el artículo 1º de la Ley del Patrimonio del Estado promulgada por Decreto 1022/64 de 15 de Abril), se lleva a cabo, principalmente, mediante el acto administrativo municipal de sometimiento a previa licencia que regulan los artículos 178 y 179 de la Ley del Suelo y 1 al 7 del Reglamento citado, en concordancia con el artículo 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955; acto éste, que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial, desde las sentencias más antiguas, como las de 11 de Marzo de 1959, 15 de Noviembre de 1961 y 7 de Octubre de 1964, hasta las más modernas de 26 de Septiembre y 7 de Octubre de 1980, se configura con arreglo a los siguientes

caracteres específicos: a) el que los Ayuntamientos, como integrantes de la Administración pública, ostentan evidentemente la potestad de someter el ejercicio de aquellas actividades de edificación y uso derivadas del derecho de propiedad demanial o privada, al requisito de la previa licencia, con la finalidad de armonizar el disfrute del derecho, con las exigencias que impone el interés general urbanístico; b) que sin embargo, la licencia no concede ni otorga ningún derecho, pues lo único que realiza el acto administrativo municipal con esta potestad, es autorizar el ejercicio de un derecho ya existente, una vez asegurando que la forma de este disfrute es acorde con las disposiciones de carácter general que de alguna manera limitan, condicionan o pautan un ejercicio, pues en palabras del artículo 76 de la Ley del Suelo, las facultades del derecho de propiedad, se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley o, en virtud de la misma por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios; y c) que por ello, cualquier condicionamiento del dominio y en consecuencia del "ius edificandi", tiene que estar recogido en disposiciones legales o reglamentarias o planificadoras de carácter general, previamente establecidas por los órganos competentes y mediante el procedimiento establecido en cada caso, de tal manera, que el condicionamiento o la limitación afecte, no a un supuesto singular, dependiente de la discrecionalidad administrativa, sino a la generalidad de supuestos análogos.

CONSIDERANDO: Que examinado el acto administrativo impugnado en el presente recurso, de denegación de la licencia de obras de reforma y ampliación del edificio de la Aduana de Mahón, a la luz de aquellas premisas necesarias para su legalidad, hay que concluir con su falta de adecuación a las mismas y por consiguiente, con su desconformidad con el Ordenamiento Jurídico, ya que la negativa se funda en una errónea interpretación de las normas urbanísticas y de planeamiento que integran el Plan General de Ordenación Urbana de Mahón, aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo con fecha 30 de Junio de 1976, unidas a los autos; pues, en efecto, tanto del expediente, como de la prueba practicada en el proceso jurisdiccional, se evidencia que el proyecto para el que se pide la licencia cumple con las condiciones exigidas en aquella ordenación y en la Ley del Suelo, tanto en lo que se refiere a su altura, ocupación y retranqueos, como a sus condiciones de ambiente y estética, ya que en lo que se refiere a la primera condición, la altura, aparece incuestionable, tal como estima el Arquitecto en el Dictamen Pericial obrante en los autos y resulta de las hojas 4 A y 7 A del referido Plan, así como también del propio informe de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento que sirvió de base al acuerdo impugnado, que el solar en cuestión "se halla ubicado en zona calificada como "Casco Antiguo", folio 44 del expediente, en cuyos edificios es de aplicar, en este aspecto, el artículo 90 de las Normas Urbanísticas del Plan, que señalan 14 metros de altura total del edificio, 12 metros de altura reguladora de fachada y 5 plantas correspondientes a sótanos, bajos y tres pisos, al no poder aplicarse el régimen preferencial establecido en el primer párrafo de dicho artículo al edificio en cuestión, por estar situado aislado en un tramo de calle (comprendido entre dos transversales), donde no existen "edificios construidos con anterioridad a la vigencia de las presentes normas"; en lo que se refiere al porcentaje de ocupación, coeficiente de edificabilidad neta máxima y retranqueo (artículos 89 y 91), por cuanto la actual ocupación que no se modifica en el proyecto, es inferior al coeficiente del 60% permitido, al tener el solar 1.675 metros; el coeficiente de edificabilidad neta máxima y aprovechamiento es también notoriamente inferior al permitido por la misma causa de gran superficie del solar y en cuanto al retranqueo, al respetarse el existente por no modificarse la actual ocupación del edificio; de la misma forma que cumple con lo previsto en el artículo 94, 9.2.3. de las citadas ordenanzas en cuanto a la estética, ya que la obra de reforma para nueva adaptación o ampliación, al no modificar la fachada existente, "conserva y respeta todos los elementos arquitectónicos que caracterizan al edificio".

CONSIDERANDO: Que por tales evidentes razones, resultaría incomprensible la denegación de la licencia solicitada, si no se acudiera a una motivación, ya insinuada en el informe de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento al folio 53 del expediente, con las palabras de que la intención del planificador es atribuir carácter de singularidad al actual edificio de la Aduana" y que la contestación a la demanda (Hecho 4º C), ha interpretado con la insólita afirmación de que solo el edificio está calificado como casco antiguo y el solar restante queda excluido de esta calificación; insinuación y alegación que olvidan que

los propios servicios técnicos del Ayuntamiento, califican el solar, tal como aparece en los planos 4 A y 7 A, como incluido en la zona de casco antiguo y que las referidas ordenanzas, si hubieran querido sustraer el edificio de la Aduana de la reglamentación general, lo habrían hecho objeto de planeamiento especial en cumplimiento del artículo 18.1 de la Ley del Suelo, por lo que al no haberse hecho así, no puede el acto administrativo impugnado establecer un condicionamiento del "ius edificandi" del Estado, no recogido en disposición general urbanística, previamente establecida, al socaire de que obedece "a la intención del planificador", pues ello supone una arbitrariedad administrativa en materia reglada —como ya se dijo en el primer considerando— que vulnera el Ordenamiento Jurídico.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas.

FALLAMOS: Que estimando en todas sus partes el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Mahón de 20 de Enero de 1981, denegatorio de licencia de obras solicitada para la reforma del Edificio de la Aduana de Mahón y contra el acto presunto de desestimación de su reposición, debemos declarar y declaramos tales actos contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos, ordenando la concesión de la licencia referida, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso.

(Ponente: Ingacio Infante Merlo)

83

83. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION POR FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PUBLICO. SILENCIO NEGATIVO. Plazo para interponer el Recurso Contencioso Administrativo. **NI AUDIENCIA DEL INTERESADO NI NOTIFICACION DE LAS RESOLUCIONES.** Cantidad reclamada desorbitada. Falta probar algunas partidas y no procede conceder partida por afección. *Sentencia de 22 de septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la institucionalización de la responsabilidad patrimonial de la Administración pasa en nuestro ordenamiento jurídico desde su imputación a través de la culpa extracontractual de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y la definida para los entes locales en los artículos 405 y 406 de la Ley de Régimen Local, hasta la objetivización de dicha responsabilidad a través de la aplicación del mecanismo normal o anormal del servicio público, que para la Administración estatal prevé el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y en general para toda la gama de administraciones, estatal, local o institucional, los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, según los que da lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que la Ley se refiere, siempre que sean consecuencia del

funcionamiento normal o anormal del servicio público y en todo caso el daño sea efectivo, evaluado económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; principio recogido solemnemente en el artículo 106.2 de la Constitución, que establece que los particulares, en los términos establecidos en la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y en criterio recogido en el Decreto resolutorio de cuestión de competencia de 7 de septiembre de 1960, que acepta la doctrina de que con la expresión funcionamiento del servicio público se ha querido referir el legislador a la gestión administrativa en general, y en reiterada doctrina jurisprudencial (así en la sentencia de 14 de octubre de 1969 y las que en ella se citan), que sientan la doctrina de que no se exige que el hecho causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo, siendo suficiente que los acontecimientos determinantes sean propios del Derecho Administrativo y derivados de la gestión del órgano que reúna esa condición, cuando en el desarrollo de su actividad actúe además investido de la prerrogativa o atributo de poder.

CONSIDERANDO: Que la anormal, unilateral y arbitraria actuación de la Alcaldía y el daño efectivo causado por ella, tal como se deduce de lo expuesto, basta para declarar la responsabilidad de la Administración; pero, con ánimo de agotar la materia, las razones de fondo esgrimidas para justificar la retirada de las bicicletas no son convincentes, pues, como expone el Abogado del Estado al abstenerse de intervenir en el proceso al amparo del artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción, "la conducta desenvuelta por la Corporación Municipal, al hacer depender del criterio de propietarios de edificios colindantes con la vía pública" —que, por otra parte, no consta en autos— "la utilización de espacios de ésta para aparcamientos de bicicletas pertenecientes al Sr. M. no es digna de protección"; pero es que, en la contestación a la demanda, se hace alusión al embargo de las bicicletas llevado a cabo por la Recaudación de Tributos del Estado (zona de Manacor) "lo que imposibilitaba la devolución de las mismas", y se acompaña un oficio de dicha Recaudación en el que consta que efectivamente fueron embargadas el 2 de abril de 1980, embargo que fue levantado el 10 de agosto de 1980; y de la comparación de este oficio con el contenido del expediente se observan profundas contradicciones: la comparecencia del Guardia Municipal Don G. M. B. manifestando el hecho del embargo es de 5 de noviembre de 1979 y dice que ha sido nombrado depositario de las bicicletas, mientras que en el escrito que se acompaña con el de contestación se hace referencia como depositario a Don C. E. V. y la fecha del embargo es, como queda expresado, diferente; por todo lo cual es indudable que ello no exime de responsabilidad a la Administración, que retuvo las bicicletas mucho más tiempo, y que el período de retención por deudas tributarias debe, naturalmente, ser descontado para cuantificar los daños y perjuicios; en definitiva las bicicletas fueron retiradas los días 18, 19 y 26 de agosto de 1979 y devueltas el 17 de septiembre de 1980, tiempo del que hay que descontar los dos días en que las tuvo en su poder, según se expone en el ordinal 5º del primer considerando de esta resolución, y el período en que estuvieron embargadas, o sea, del 2 de abril al 10 de agosto de 1980, como se acredita documentalmente al folio 41, prueba que debe prevalecer sobre la citada comparecencia del Guardia Municipal que consta en el expediente, no sólo por el predominio que debe concederse a la prueba documental y por la extraña forma de hacer constar un embargo que constituye una simple declaración verbal, sino también porque el Recaudador de la zona de Manacor sólo hace constar la existencia de un embargo y el propio recurrente expone que le ha sido cancelado en instancia con registro de entrada de 5 de septiembre de 1980.

CONSIDERANDO: Que la cantidad reclamada —2.240.490 pesetas— se estima como desorbitada, teniendo en cuenta: en manera alguna puede estimarse que el nivel de alquiler de las bicicletas sea el mismo durante todo el año, pues si bien la cantidad señalada por el actor es aceptable para la llamada temporada alta, no puede serlo para el resto del año, en que el turismo se reduce de forma espectacular; han de verificarse los descuentos del tiempo que constan en el considerando anterior; no se han acreditado en absoluto los pagos realizados a un supuesto mecánico; debe rechazarse la cantidad solicitada por "Intereses capital y otros daños" pues para los primeros ya se hace una petición específica en el Suplido y de concederse se cobrarían dos veces, y respecto a los daños por su total indefinición y falta de prueba; también se estima que no resultan totalmente probados los

daños causados durante la retención de los vehículos, y su importe —18.000 pesetas—, pues el recibo presentado (folio 16) no ha sido ratificado y tiene fecha de 17 de septiembre de 1980, cuando el testigo Don J. M. D. afirma (folio 68) que el 22 de los mismos mes y año compró al Sr. M. 25 bicicletas por 41.500 pesetas; no procede conceder las 106.690 que se piden por "Afección", no existente en procedimientos como el presente; por todo lo cual, estima la Sala que debe concederse la cantidad de 500.000 pesetas más los intereses legales de la misma.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado Don J. A. T. en nombre de Don J. M. C., contra la desestimación por silencio administrativo de las peticiones formuladas al AYUNTAMIENTO DE SANTANYI mediante escritos presentados los días 20 y 21 de agosto de 1979 y 31 de octubre del mismo año solicitando la devolución de unas bicicletas retiradas por la Policía Municipal y el abono de daños y perjuicios, debemos declarar y declaramos la nulidad del expediente instruido por el Ayuntamiento de Santanyi "Referente a Licencias para Alquiler de Bicicletas a Don J. M. C., así como el derecho de éste a ser indemnizado de los daños y perjuicios causados por dicho Ayuntamiento en cuantía de 500.000 pesetas, más los intereses legales de dicha suma, condenando al repetido Ayuntamiento al pago de la cantidad citada y sus intereses; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

90

90. LICENCIA URBANISTICA. SUBROGACION POR LA COMISION PROVINCIAL DE URBANISMO. Suspensión posterior de la licencia por el Alcalde improcedente. Omisión de trámites que no producen indefensión. *Sentencia de 11 de octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión a resolver en el presente proceso especial, tramitado conforme al artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, se concreta en determinar si procede levantar la suspensión acordada o, por el contrario, acordar la anulación, por infracción urbanística manifiesta y grave, de las licencias otorgadas por la Sección Insular de Menorca de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares, adscrita al ámbito del Consell General Interinsular, Conselleria D'Ordenació del Territori, el 21 de enero de 1981 a Don P. S. S. para la construcción de un Edificio Plurifamiliar en las calles Josefa Rossinyol/Anselmo Pujol de Ciudadela, y el 19 de febrero de 1982 a Doña O. V. C. y Doña C. M. G. para la construcción de Dos Locales en Planta Baja en la calle referida Josefa Rossinyol de la misma ciudad.

CONSIDERANDO: Que el Decreto de la Alcaldía se basa para ordenar la suspensión de los efectos de las licencias concedidas en el artículo 186.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Decreto de 9 de abril

de 1976: "El Alcalde dispondrá la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y consiguientemente la paralización inmediata de las obras iniciadas a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave"; pero es evidente que la *competencia para acordar la suspensión corresponde al Alcalde del Ayuntamiento del que procede la licencia u orden de ejecución*, en manera alguna cuando éstas provengan, como en el supuesto que se contempla, de un órgano extraño a la Administración Municipal, que, como dice el propio Decreto suspensivo, otorgó las licencias *por subrogación*; y ello, en primer lugar, porque al haber perdido el Ayuntamiento de Ciudadela la competencia que inicialmente tenía para la incoación, tramitación y resolución de los expedientes por referirse éstos a solicitudes de licencia para la ejecución de obras, por no haber resuelto sobre dichas solicitudes dentro del plazo en que debía haberlo hecho, por haberse producido ante la Comisión Provincial de Urbanismo la denuncia de la mora municipal (prevista en el número 7º del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), por haberse ya subrogado dicha Comisión en la competencia que, en principio, correspondía al Ayuntamiento, y por ser doctrina jurisprudencial reiterada y sobradamente conocida la que enseña que en estos casos cesa la competencia municipal para que sea ejercida por las Comisiones Provinciales de Urbanismo (sentencia, entre otras muchas, de 1 de julio de 1975), es evidente que tan incompetente es la Corporación para adoptar acuerdos sobre la materia como la del Alcalde para suspender acuerdos de aquéllas, que, como queda expresado, por el propio mecanismo de la subrogación devienen competentes; por otra parte, el ente preautonómico, a cuyo órgano rector y, concretamente, a su Consellería d'Ordenació del Territori está adscrita la Comisión Provincial de Urbanismo, es una Corporación Territorial al que en absoluto le atañe la concepción de Corporación Local, por lo que no le será de aplicación la legislación que regula los entes locales; y esta imposible equiparación por vía analógica entre Comunidad autónoma o preautonómica y las Corporaciones Locales, como se evidencia por estar ambas configuradas en distintos Capítulos del Título VIII de la Constitución, pone una vez más de relieve la imposibilidad de que el Alcalde interfiera la actuación de un órgano ajeno a la Administración Municipal.

CONSIDERANDO: Que el artículo 118.2 de la Ley de esta Jurisdicción preceptúa que "recibido el traslado de suspensión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo requerirá a la Corporación Local que dictó el acto para que, en el plazo de 10 días, remita el expediente administrativo y alegue lo que estime procedente en defensa del mismo..."; y en el presente caso, con evidente error, se cumple lo anterior en virtud de providencia de 15 de junio del presente año, con olvido de que los acuerdos suspendidos no fueron adoptados por la Corporación Local de Ciudadela sino, como queda expuesto, por la Sección Insular de Menorca de la Comisión Provincial de Urbanismo, a quién, por ende, debió pedirse el expediente y las alegaciones referidos; ahora bien, el efecto anulatorio de la omisión de trámites ha de quedar subordinado a que sea motivador de indefensión, supuesto imprescindible para la factibilidad de toda declaración de nulidad de actividades, como se deduce del número 3 del artículo 91 y del 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y si se tiene en cuenta la índole del asunto y el desarrollo del proceso se llega a la conclusión de que el cumplimiento del trámite omitido no conduciría a más posibilidades de defensa del acto suspendido, por cuanto se acoge la excepción de incompetencia del Alcalde para suspenderlo, y ello de acuerdo con el informe del Abogado del Estado, que la basó, precisamente, en esa incompetencia; es decir, reponer las actuaciones al momento anterior al de la providencia citada, previa la nulidad de lo actuado desde ésta, con el fin de dar cumplimiento al trámite omitido, supondría una actividad inútil, en contra del principio de economía procesal, al no conducir más que a la repetición de todo lo actuado.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, procede levantar la suspensión; 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 en el procedimiento especial número 72 de 1982, seguido de acuerdo con los trámites establecidos en el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, debemos declarar y declaramos que el Decreto del Alcalde de Ciudadela (Menorca) de 1 de junio de 1982 no es conforme a Derecho en cuanto suspende los adoptados por la Sección Insular de

Menorca de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares en 21 de enero de 1981 y 19 de febrero de 1982 otorgando licencias a Don P. S. S. para la construcción de un Edificio Plurifamiliar en las calles Josefa Rossinyol/Anselmo Pujol de Ciudadela, y a Doña O. V. C. y Doña C. M. G. para la construcción de Dos Locales en Planta Baja en la referida calle Josefa Rossinyol de la misma ciudad, por lo que procede levantar las referidas suspensiones; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

91

91. SANCION. Arbitrariedad de la Administración. Técnicas propias del Derecho Penal. Inaplicabilidad de la analogía. Principio de tipicidad. *Sentencia de 13 de octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente al afinamiento de los criterios 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 probeccariano, tal situación, apoyada en la ausencia de una regulación legal de estas materias generales y en la sumariedad de los preceptos legales que atribuyen poderes sancionadores a la Administración, ha sido corregida últimamente por una resuelta doctrina jurisprudencial, que cuenta con justicia entre las mejores reacciones de nuestro contencioso-administrativo; esta doctrina jurisprudencial ha establecido que esta vasta ausencia en la legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de interpretarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario; la justificación de esta importantísima toma de posesión luce con toda claridad en las sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972, de las que arranca esta doctrina, que ratifican sin vacilación otras sentencias más recientes; así, la sentencia de 2 de marzo de 1972 advierte que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y

descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuibles al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta; declaraciones generales que la sentencia de 25 de marzo de 1972 precisa, dando sentido a una jurisprudencia anterior dispersa, en los siguientes términos: si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte, y de la imputabilidad por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva o analógica o 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 analógicos, 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 amplíen 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 repachable, 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 rasoero 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 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 la Administración en el ámbito sancionador sólo puede legitimarse como una actuación auxiliar de la judicial estrictamente tal, ordenada al servicio pragmático de éste 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 pueden 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 ad-

ministrativas 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 alcance 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 cuales son las acciones u omisiones prohibidas bajo intimación de sanción es una delimitación sustancial de la libertad física y 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 en 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 de 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 a la sociedad recurrente se hallan previstas en los artículos 32.4, 33.4 a) y 57.1 y 2 del Reglamento de Casinos de Juego aprobado por Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979, que se remite para la imposición de las multas al artículo 10, apartado 2, letra a), del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, el cual complementa lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977.

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 estiman 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 aplicar 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 su 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 Ministerio 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 aquéllas; 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* —en otros apartados del mismo se autoriza al Ministerio de la Gobernación— para dictar las disposiciones complementarias que sean precisas, y el Reglamento de Casinos de Juego *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 las resoluciones recurridas no se ajustan 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 Don J. L. N. R., en nombre de CASINO X. S. A., contra la resolución del Gobernador Civil de Baleares de 16 de enero de 1981 y contra la del Ministerio del Interior de 3 de octubre del mismo año, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la primera, en virtud de las que se impone a la entidad recurrente una multa de 250.000 pesetas por infracciones del Reglamento de Casinos de Juego, debemos declarar y declaramos que las resoluciones recurridas no son conformes a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

97. CONTRIBUCION TERRITORIAL URBANA. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Exenciones. Bienes propiedad del Estado. Requisitos para gozar de exención. Afectación al servicio público. No producción de renta. *Sentencia de 20 de octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en el presente proceso contencioso administrativo, en el que por la demandante Tabacalera, S.A., se impugna, como contrario al Ordenamiento Jurídico, la resolución del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 30 de septiembre de 1981 que puso término a procedimiento administrativo de aquel carácter, confirmando la obligación de pago por parte de la recurrente, de liquidación que le fue girada como Tributo local, concepto de Contribución Urbana, ejercicio 1980 e importe de 77.742 pesetas, correspondiente a la finca sita en calle Goethe n° 27 de Palma, propiedad del Estado Español, tanto el acto administrativo impugnado, como la demandada Administración General del Estado, se oponen a la pretensión del recurrente actuada en aquel procedimiento y en este proceso jurisdiccional de que se declare la exención del impuesto de la finca, con carácter permanente, al amparo del artículo 8.2. del Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana (Decreto n° 1251/66 de 12 de Mayo reformado por el artículo quinto del Real Decreto-Ley 11/1979 de 20 de Julio, sobre medidas urgentes de la financiación de las Corporaciones Locales), en base a los siguientes argumentos que, a su entender, impiden la aplicación de la exención: a) la falta de competencia del Tribunal Económico-Administrativo para resolver la materia de exenciones de la Contribución territorial; b) que la finca gravada con el impuesto no ha perdido su naturaleza de bien patrimonial del Estado, por no determinar régimen de demanialidad, la adscripción al Monopolio de Tabacos; y c) que en todo caso, el carácter de bien patrimonial, viene determinado por actos propios de Tabacalera, S.A.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta a la primera causa de oposición a la exención pretendida, es evidente su falta de fundamento que obliga a su rechazo, pues si bien es cierto que la Orden de 31 de Mayo de 1965 que reguló el procedimiento para la concesión de exenciones y bonificaciones, encomendó a las Delegaciones de Hacienda, con arreglo a sus respectivas competencias territoriales, la resolución de todos los expedientes de exención, bonificación y desgravación por las Contribuciones Territoriales (artículo 1°), salvo los casos especiales encomendados a la Dirección General de Impuestos Directos (artículo 2°), no es menos cierto el que la atribución a determinados Organos de la Administración Activa o de gestión de competencia para resolver aquellos expedientes que, como todos, pueden iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada (artículo 67 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), no impide, sino que complementa, la competencia de los órganos encargados de la revisión de aquellos actos de la Administración activa en la vía propiamente administrativa, entre los que cobran especial importancia en materia tributaria, los llamados Tribunales Económico-Administrativos, que tienen como competencia propia la tramitación y revisión de "todas las cuestiones que ofrezcan el expediente de gestión y el de reclamación ante el Organo inferior, hayan o no sido planteadas por los interesados", tal como establece claramente el artículo 17-1 del Texto articulado de Procedimiento Económico-Administrativo aprobado por Decreto Legislativo 2795/1980 de 12 de Diciembre; y pretender lo contrario, como ha insinuado el acto impugnado en este recurso jurisdiccional y alegado la representación jurídica de la Administración General del Estado al contestar a la demanda, dando prevalencia a una Orden Ministerial sobre lo dispuesto en un Decreto, supondría la vulneración del principio fundamental de la je-

rarquía normativa consagrado ya por el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de Julio de 1957 y ahora, con carácter insoslayable, por el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen del segundo motivo de oposición a la exención pretendida por Tabacalera, S.A., es preciso recordar, en primer lugar, que los artículos 1º del Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de Abril de 1964, así como el 1º del Reglamento dictado para su aplicación en la misma fecha, siguiendo la fundamental clasificación de los bienes según las personas a que pertenezcan, de los artículos 338 y siguientes del Código Civil, definen los que constituyen el Patrimonio del Estado, por exclusión de los demaniales, como aquellos que, siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos; disponiendo también en su artículo 113 y su concordante 214 del Reglamento de Hacienda, la afectación de los bienes integrantes del Patrimonio del Estado al uso general o a los servicios públicos, que se hará por Orden expresa, de todas las circunstancias que concurran; y preciso sentar, en segundo lugar, que el artículo 8.2 del Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana (Decreto 1.251/1966 de 12 de Mayo) establece que, *sin consideración a la personalidad del titular*, estarán exentos con carácter permanente, los bienes de naturaleza urbana "de servicio público, siempre que no produzcan renta", mientras que los bienes propiedad del Estado Español, no incluidos entre los declarados exentos por razón de su objeto, tenían en virtud de su artículo 11 una reducción de un 95% de su base imponible, si bien esta reducción ha sido derogada por el artículo quinto del Real Decreto-Ley citado 11/1979 de 20 de Julio que, sin embargo, no ha derogado aquella exención; así como también, en tercer lugar, que la finca cuya exención tributaria se discute consta inscrita en el Registro de la Propiedad "a favor del Estado y adscrita a la Renta de Tabacos".

CONSIDERANDO: Que por consiguiente, dadas tales premisas es evidente que dicha finca urbana, de igual modo que la tomada en consideración en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Septiembre de 1978, citada por el recurrente, que fue confirmada, al aceptar su doctrina, por la posterior de 3 de Noviembre de 1979, ha de ser considerada objetivamente, como afecta a un servicio público, pues como dice aquella sentencia, la Administración, para el logro de los distintos intereses públicos económicos y la prestación de los correspondientes servicios, puede acudir y de hecho acude a una variada gama de formas organizativas, entre las cuales se encuentran las empresas mixtas en las que la Administración participa en concepto de socio y además comparte la dirección y gestión empresarial, bien porque a ello tenga derecho en función del capital aportado, bien porque se le haya reconocido esa co-gestión en los estatutos o de otra forma jurídica; circunstancias que imprimen a la empresa carácter público, constituyendo su genuina representación, aquellas que monopolizan servicios públicos, concebidas como arrendatarias de los mismos, siendo su vida jurídica regulada por una normativa específica, como sucede en el supuesto que nos ocupa, con la Ley 10/1971 de 30 de Marzo, sobre gestión del Monopolio de Tabacos y su concreción en el Contrato entre el Estado y Tabacalera, S.A. aprobado por Decreto de 18 de Junio de 1971, que nos marca la pauta y camino para concretar la naturaleza de la actividad desarrollada por Tabacalera, S.A. y en consecuencia la función de los bienes adscritos a la misma, como "un servicio público patrimonializado, cuya gestión continuará encomendada a la Empresa Tabacalera, S.A. continuadora de la Compañía Arrendataria de Tabacos, S.A., en colaboración con el Estado, de acuerdo con la Ley de Bases de 18 de Marzo de 1944, bajo la directa fiscalización del mismo y subordinación a los intereses de la economía nacional" (cláusula Primera, 2) del Contrato citado).

CONSIDERANDO: Que no es óbice a esta conclusión de que los bienes inmuebles adscritos a la explotación del Monopolio, están afectos a un servicio público a efectos impositivos, el que la Ley del Patrimonio del Estado establezca, como se ha dicho, que compete al Ministerio de Hacienda la afectación de los bienes integrantes del Patrimonio del Estado a los servicios públicos, ya que no solo esta afectación se hizo por el propio Ministerio al adquirir los bienes con este destino de adscripción a la "renta de Tabacos", tal como consta en el Registro de la Propiedad y después fue confirmada por el Decreto que aprobó el contrato, sino que aún cuando se estimara que no consta expresamente así, co-

mo exige la Ley y Reglamento del Patrimonio estatal y quiere deducir el acto impugnado de la cláusula XIII 1), c) del contrato que emplea las palabras "bienes patrimoniales del Estado, adscritos al Monopolio de Tabacos", la tendencia jurisprudencial expresada en Sentencias como las de 30 de Abril de 1971, 28 de Junio de 1975 y 8 de Noviembre de 1978, es la de articular la exención de contribución territorial, por la razón de ser del bien al servicio público, sobre la base fáctica de la *real función de servicio público que cumple el bien*, es decir, no en razón del procedimiento formal de afectación, sino por la función perseguida por el ente público al adquirirlos.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede ser tomada en consideración la oposición a la exención fundada en que su petición va en contra de los actos propios del recurrente al pagar en años anteriores la contribución con la reducción —actualmente derogada— del 95%, puesto que dicha tesis contraviene claramente la doctrina jurisprudencial de esta Jurisdicción sobre la aplicación del principio "venire contra factum proprium non valet", que exige que se trate de actuaciones eficaces y vinculantes, realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, que defina inalterablemente la situación de su autor con proyección definitiva indubitada, y que además obedezcan a una determinación espontánea y voluntaria de quien las realiza (S. de 26 de Septiembre de 1981, recogiendo la doctrina anterior de las de 23 de Junio de 1971, 24 de Noviembre de 1973 y 26 de Diciembre de 1978, entre otras muchas); condiciones que no pueden predicarse respecto al hecho de abonar liquidaciones de contribución con el 95% de reducción, aunque se tuviera derecho a la totalidad de reducción o exención.

CONSIDERANDO: Que sin embargo, hay que estimar conforme al Ordenamiento Jurídico el acto impugnado por otra razón no alegada en la contestación a la demanda, pues la exención que se pretende de la contribución territorial urbana, exige, además de que estén afectos a un servicio público, la condición de que no produzcan renta (artículo 8.2 del Texto Refundido citado), que la demandante pretende soslayar argumentando que no paga merced o precio y que los beneficios del Estado en la explotación del Monopolio a través de la empresa en la que tiene acciones, no constituyen mas que una garantía de reversión de los bienes del Estado que se ha de operar en su día, olvidando que al configurarse la gestión del Monopolio de Tabacos como empresa mixta, entre una Sociedad Mercantil Anónima y el Estado, los beneficios de dicha empresa los percibe el Estado a través de la sociedad que detrae previamente su comisión de gestión, diferente según las distintas labores (cláusula VI del Contrato) con ingreso mensual en el tesoro de los rendimientos netos (cláusula XVI), lo que indudablemente constituye renta en el criterio jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal (Sentencias, entre otras, de 7 de Junio y 11 de Diciembre de 1978 y 7 de Abril de 1979, entre otras) que interpreta la palabra renta a efectos de exención, no en el sentido estricto de canon o alquiler que a través de un contrato pueda proporcionar la cesión del uso de ciertos bienes, sino en su sentido gramatical y propio, como también usual que autoriza el artículo 23-2 de la Ley General Tributaria de 28 de Diciembre de 1963, como obtención de algún beneficio o ingreso producido por los bienes y que por este motivo impide la concesión de la exención, con independencia de que los bienes impliquen una ganancia o renta positiva en la cuenta general de su administración, ya que entenderlo de otra forma iría contra la norma interpretativa del artículo 24.1 de la misma Ley General Tributaria, que impone, como dice la sentencia del T.S. de 20 de Noviembre de 1980, la interpretación y aplicación de las exenciones de modo estricto; sin que tampoco sea obstáculo a esta conclusión el que el artículo 8.2 del Texto Refundido de la Contribución Urbana, al exigir para la exención que los bienes no produzcan renta, añada "no considerándose a estos efectos como tal las tasas y tarifas de derecho público", pues si bien es cierto que con arreglo a esta disposición no pueden considerarse renta los beneficios que obtenga el Estado, a través de tabacalera, de la venta de efectos timbrados que también realiza, aunque no en exclusiva, no ocurre así con los beneficios obtenidos del tabaco, nacional o de importación y con los derivados del papel de fumar, ya que éstos no pueden ser considerados como Tasas o Tarifas de derecho público, sino como precios de venta al público y así los denominan las Ordenes Ministeriales de Hacienda que los fijan, como ocurre, por ejemplo con la de 20 de Mayo de 1980, en su párrafo primero.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar méritos para hacer expresa declaración,

sobre las costas causadas en este proceso.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TABACALERA, S.A., contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 30 de Septiembre de 1981, sobre liquidación de contribución urbana, ejercicio de 1980, correspondiente a la finca de calle Goethe n° 27 de Palma, debemos declarar y declaramos tal resolución conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia la confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en este proceso.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

99

99. CONTRIBUCION TERRITORIAL URBANA. Hecho imponible. Base imponible. Deduciones de la base imponible. Carácter rogado. Reserva de Ley. *Sentencia de 25 de octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en el presente proceso contencioso-administrativo en el que por la demandante C., S. A., se recurre, como contrario al Ordenamiento Jurídico, el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 30 de Mayo de 1981, por el que se desestimó su impugnación en vía de revisión administrativa, de las liquidaciones E.7.163-R y E.7.164-C correspondientes a los períodos comprendidos entre el 1° de Enero de 1976 y el 30 de Junio de 1977, la primera y entre el 1° de Julio de 1977 y el 31 de Diciembre de 1978, la segunda, de la Contribución Urbana de Edificio sito en la calle Andrea Doria n° 8 de esta Ciudad, fundó el sujeto pasivo del impuesto la reclamación contra tales liquidaciones en el hecho, no discutido en el expediente administrativo revisor, ni en este proceso jurisdiccional en el que si ha sido objeto de prueba, es que, después de haber sido dado de alta el edificio en la Contribución Urbana en Diciembre de 1973, hubo de ser reformado por problemas técnicos, para lo cual fue necesario el desalojo total del mismo durante el período que abarca desde el 23 de Enero de 1976 al 28 de Agosto de 1978, a partir de cuya fecha volvió a ser ocupado.

CONSIDERADO: Que siendo la llamada Contribución Territorial Urbana un impuesto a cuenta de los generales sobre la renta total de las personas físicas o de las sociedades y demás entidades jurídicas, que recae sobre el importe de las que anualmente producen o son susceptibles de producir los bienes calificados tributariamente de naturaleza urbana (artículo 1°.1 del Texto Refundido de esta Contribución promulgado por Decreto 1.251/1966 de 12 de Mayo), cuando este bien no es susceptible de producir renta o la produce con disminución apreciable, por un hecho constatado, aunque sea temporal, y por tanto, deja de realizarse el hecho imponible, en todo o en parte, es lógico que durante el período en que dure esta situación, deje de devengarse el impuesto o se devengue con la reducción correspondiente y por ello el artículo 12-2 del Texto Refundido, en el que pretendió ampararse el recurrente al impugnar las liquidaciones, establece que en los edificios que se reformen, aunque sea parcialmente, si la obra exige que todo el tiempo permanezca deshabitado, se reducirá su base imponible, durante todo el tiempo de la reforma, en la cantidad precisa para que la base liquidable no exceda de la que corresponda a su suelo y, durante un año después, al de la base liquidable con que figuraban antes de la obra.

CONSIDERANDO: Que contra la reclamación basada en precepto tan claro opone la Administración, en primer lugar, que las exenciones tributarias no se otorgan "ope legis", sino que deben ser instadas conforme determina la legislación vigente y solo procede reclamar en vía revisora, contra la expresa declaración de la autoridad económica competente para dictar acuerdo en materia de los beneficios pretendidos; y contra tal alegación hay que sentar que si bien el artículo 27 del Texto Refundido citado, establece la obligación de los sujetos pasivos de esta contribución de declarar cualquier alteración sustancial de orden físico o de carácter económico o jurídico que se produzcan en el suelo o en las construcciones y que la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de Mayo de 1965, encomienda a las Delegaciones y Subdelegaciones de Hacienda, con arreglo a su respectiva competencia territorial, la resolución de todos los expedientes de exención, bonificación y desgravación por las Contribuciones territoriales, Rústica y Urbana (artículo 1º), lo cierto es que en el presente caso el sujeto pasivo declaró ante la Administración tributaria la alteración sustancial de orden físico y económico que afectó temporalmente al bien gravado con la Contribución, mediante el recurso de reposición contra estas liquidaciones objeto del recurso y contra otras, que interpuso en la Delegación de Hacienda de Baleares (folios 86 al 89 del expediente), como también es evidente que la competencia del Delegado de Hacienda para conocer, como órgano de la Administración activa o de gestión, de los expedientes de exención, bonificación y desgravación, no impide, sino que complementa, la competencia de los Tribunales Provinciales Económico-Administrativos, para entender de la reclamación deducida en relación a la negativa de la Administración gestora del impuesto, de reducirlo temporalmente en razón de obras de reforma, puesto que siendo aquellos órganos de revisión en vía administrativa competentes para conocer las cuestiones de hecho y de derecho en relación con la materia impositiva (artículo primero, a) del Decreto Legislativo 2795/1980 de 12 de Diciembre, sobre procedimiento económico-administrativo), también lo son para conocer de las reclamaciones de reducción, exención o bonificación, pues "la reclamación económica administrativa atribuye al órgano competencia para decidir en cualquier instancia, la *revisión de todas las cuestiones* que ofrezcan el expediente de gestión y el de reclamación ante el órgano inferior" (artículo 17 de Decreto Legislativo).

CONSIDERANDO: Que también opone la Administración a la petición de reducción de la base impositiva durante el tiempo de las obras instada por el sujeto pasivo, la caducidad de tal derecho por el transcurso de treinta días naturales contados a partir de la terminación de las obras con base a la Instrucción para la realización de Trabajos de Catastro de la Riqueza Urbana, publicada por Real Orden de 28 de Agosto de 1920, como también en el Decreto de 7 de Diciembre de 1945, sobre procedimiento para conceder la exención de un año en los edificios de nueva planta o reformados, y en la Orden de 26 de Junio de 1965, sobre declaraciones a presentar por la Contribución Territorial Urbana (artículo 3º a); y sobre esta alegación, sin perjuicio de la validez de tales disposiciones en lo que se refiere a normas procedimentales, modelos de instancias, etc., lo que es evidente es que los plazos para presentar las declaraciones correspondientes a que se regieren tales normas de rango inferior a la Ley, de manera alguna pueden estimarse como plazos de caducidad de los derechos a las reducciones, exenciones o modificaciones, pues esta materia está sujeta a la reserva legal que impone el principio de legalidad consagrado por el artículo 9.3 de la Constitución y el entender las disposiciones en el sentido pretendido por la administración, las sujetaría a la Disposición Derogatoria del texto Refundido de la contribución territorial que, en párrafo segundo, declara derogados "todos los preceptos relativos a dicha Contribución que, sin tener rango de Ley, se refieran a materias que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 10 de la Ley General Tributaria, deban ser regulados por medio de Ley", puesto que este precepto establece la reserva legal de "que se regularán, en todo caso por Ley:... d) los plazos de prescripción o caducidad y su modificación".

CONSIDERANDO: Que de todo lo expuesto, resulta procedente la anulación del acto recurrido jurisdiccionalmente, para que en relación a las liquidaciones que fueron impugnadas, se reduzca su base imponible, durante todo el tiempo de la reforma, con efectividad en el ejercicio siguiente a aquel en que tuvo lugar su comienzo, tal como determina al artículo 27 del Texto Refundido, in fine, en la cantidad precisa para que la base liquidable no exceda de la que corresponda a su suelo y durante un año después, al de la base liquidable con que figuraba el inmueble gravado antes de la reforma; sin que, por otra

parte, existan méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares que confirmó las liquidaciones números E. 007163 R y E. 007164 C. giradas, ambas, por el período comprendido entre el 1 de Enero de 1976 y el 31 de Diciembre de 1978, debemos declarar y declaramos dicho acuerdo contrario al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia lo anulamos, ordenando que se practiquen nuevas liquidaciones por tal período, reduciendo su base imponible durante todo el tiempo de la reforma que terminó el 28 de Agosto de 1978 y con efectividad en el ejercicio siguiente a aquel en que tuvo lugar su comienzo el día 23 de Enero de 1976, en la cantidad precisa para que la base liquidable no exceda de la que corresponde a su suelo y durante un año después, al de la base liquidable con que figuraba el inmueble gravado antes de la reforma; sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

(Ponente: Ignacio Infante Merlo)

121

121. ADHESION AL PROCESO AUTONOMICO. Ayuntamiento de San Antonio Abad. El Ayuntamiento ha de examinar los presupuestos del cese de uno de sus concejales. **AUTONOMIA MUNICIPAL.** *Sentencia de 30 de noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que Don A.C.P. y Don J. C. P., Don J. C. T., Concejales del Ayuntamiento de San Antonio Abad (Isla de Ibiza), Baleares, y Don M. M. B., también Concejal de dicho Ayuntamiento desde el 19 de abril de 1979 hasta el día 5 de noviembre de 1981, interponen recurso contencioso-administrativo "contra los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de San Antonio Abad, de la isla de Ibiza y de esta provincia de Baleares, los días 22 de octubre de 1981 y 5 y 6 de noviembre del mismo año", sobre adhesión al inicio del proceso autonómico, solicitando en la oportuna demanda "que se declaren nulos, anulen o revoquen y dejen sin efecto, por no ser conformes a Derecho, las sesiones plenarias extraordinarias celebradas en dichas fechas y todos los acuerdos adoptados en las mismas".

CONSIDERANDO: Que según reiterada jurisprudencia, cuya notoriedad excusa de su cita pormenorizada, 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—, como se infiere del artículo 1º de la Ley Jurisdiccional y de las normas del Capítulo 1º del Título 3º, especialmente de su artículo 37, de la misma; pues bien, la sesión extraordinaria celebrada por el Ayuntamiento Pleno el 22 de octubre de 1981 tenía como único punto del orden del día la "Aprobación por el Pleno de la iniciación, tal como acordó el Consell General Interinsular, del proceso autonómico para la Islas Baleares, de acuerdo con el artículo 143 de la Constitución", y en la misma los asistentes se limitaron a manifestar su intención de voto, sin que se realizase, en contra de lo que se pretende por los hoy recurrentes, votación alguna, como es fácilmente deducible de los

términos empleados por los intervinientes: "UCD de San Antonio dará el voto afirmativo...", "seremos los primeros en decir sí", "el Grup Independent votará no", "mi voto será el del pueblo, no", después de lo cual, y a petición de un Concejal, "el Alcalde Presidente manifiesta que el asunto objeto de la presente sesión queda sobre la Mesa, y que da por terminada la sesión", con lo que obró con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 201 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, que establece que los asuntos quedarán sobre la Mesa a petición de cualquier Concejal, a menos que el Alcalde los declare de urgencia; por todo lo que, es clara la conclusión de que no se adoptó ningún acuerdo en relación con el punto a tratar y que de ello se deriva inexcusablemente la inadmisibilidad de recurso de conformidad con lo que expresa el apartado c) del artículo 82 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

CONSIDERANDO: Que la sesión extraordinaria celebrada por el Ayuntamiento Pleno el 5 de noviembre de 1981 tenía como único punto del Orden del día el "Enterado de la notificación de expulsión del PSOE referente al Concejal Don M. M. B."; y en esta sesión, después de diversas intervenciones, no se adoptó acuerdo alguno, por lo que resulta de aplicación lo expuesto anteriormente, con la consecuencia de que no se produjo el cese del Concejal a que se refiere la comunicación del Partido Socialista Obrero Español, a la que se dió lectura en la sesión aludida; pero es que, aunque se entendiera que la Corporación quedó enterada de la expulsión, aunque nada se acuerde en este sentido, entiende la Sala que, desde luego, en el caso previsto en el artículo 11.7 de la Ley de 17 de julio de 1978, sobre Elecciones en las Corporaciones Locales, o sea, en el supuesto de pérdida de la representación política que sirvió de base para la elección, compete al Ayuntamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución, que garantiza la autonomía de los Municipios, adoptar la decisión correspondiente, y que esta causa de cese no opera automáticamente, sino que constituye un presupuesto de hecho de la decisión municipal, naturalmente reglada, que debe tener en cuenta la existencia o no de las circunstancias previstas en el referido precepto; por lo que, comunicada la baja al Ayuntamiento, éste tiene atribuciones para calificarla y tomar la oportuna decisión; y así lo entendió la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 25 de mayo de 1979, sobre criterios de interpretación de la normativa vigente en materia de funcionamiento de las Corporaciones Locales, que en su número 4, párrafo último, dice que "tanto las causas de incapacidad, incompatibilidad y pérdida del cargo... deberán resolverse por el Pleno de las Corporaciones respectivas", y ello sin desconocer que la Resolución de 17 de enero de 1980 de la misma Dirección General, sobre funcionamiento de Corporaciones Locales en casos de pérdida del cargo de Concejal, entiende que "la resolución del Pleno Corporativo consiste en la adopción de un simple acuerdo de quedar enterado y de petición a la Junta Electoral de Zona del nombre del siguiente candidato en la lista que corresponda", la cual, por lo dicho anteriormente, no se estima acertada, porque no puede negarse al Ayuntamiento la facultad de examinar si la documentación remitida íntegra o no el supuesto de hecho del citado artículo 11.7, si se ha acreditado que la baja ha sido o no acordada por el partido que dice remitirla, de determinar si el Concejal dado de baja en aquéi figuraba o no en su candidatura y cualesquiera otras cuestiones que se susciten; aunque, sin embargo, ha de hacerse constar que esta última resolución exige en todo caso "la adopción de un acuerdo", que, ha de reiterarse, no existió en la sesión de 5 de noviembre de 1981, y que sólo en hipótesis se ha admitido; y la tesis que se mantiene es la sostenida por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 1982, que enseña que "por ser la Corporación quien legalmente ha de acordar el cese —por cualquier causa y fuera del ámbito temporal de un proceso electoral— de uno de sus miembros, viene investida de los poderes o facultades precisos para determinar la existencia o validez de la causa que predetermine el cese, no siendo correcta en Derecho la tesis —por lo que se refiere a la causa de baja aquí contemplada— de que la Administración es un instrumento mecánico de ejecución a través de la fórmula simplista de darse por enterada de la comunicación y de oficiar a la Junta electoral competente para que facilite las credenciales a los sustitutos; frente a tal razonar debe proclamarse la plenitud de atribuciones con todas las competencias razonables y deducibles de una tal afirmación, en relación con los principios o criterios legales que informan la autonomía y competencia municipal, el régimen jurídico de los actos y resoluciones administrativos (artículos 140 de la Constitución, artículo 5 del Real-Decreto

561/79, artículo 11.7 de la Ley de 17 de julio de 1978, artículos 43 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo) y la inexcusable obligación del respeto al principio de legalidad y subsiguiente rechazo o interdicción de la arbitrariedad"; por lo que "ante la comunicación de un partido político a una Corporación local dando cuenta de la pérdida de la condición de miembro del mismo de una persona que ostenta un cargo electivo municipal, el órgano plenario competente no es un mero órgano ejecutor, ya que el Ayuntamiento o Corporación local es precisamente quien ha de acordar —con plenitud de atribución y responsabilidad— el cese de sus miembros, y en este sentido y a tal efecto ha de valorar o calificar el título o acto predeterminante del cese del Concejal o vocal de la Corporación en ejercicio, pero sin inmiscuirse en la competencia o en el control de la legalidad del acto o acuerdo de un partido político sobre la baja o expulsión del concejal-afiliado (tema ajeno al derecho administrativo en sentido propio y de posible residencia ante la jurisdicción ordinaria); sin embargo, sí está obligado a calificar o examinar si se dan los requisitos-presupuestos esenciales (formalidades extrínsecas) que aparentemente legitiman la decisión interesada, pues al menos deben quedar acreditados que la decisión de expulsión o baja del partido fué adoptada por el órgano competente, a través del procedimiento establecido y mediante decisión motivada, no bastando una mera comunicación, ya que de ser así la Corporación, al acordar el cese, carece de datos suficientes para incorporarlo a su acto, que, como se ha dicho, no es de mera ejecución sino, al contrario, un acto principal y definitivo y que al afectar a los derechos de una persona ha de ser motivado".

CONSIDERANDO: Que la sesión extraordinaria celebrada por el Ayuntamiento Pleno el día 6 de noviembre de 1981 tenía como único punto del Orden del Día la "Aprobación por el Pleno, si procede, de la iniciación, tal como acordó el Consell General Interinsular, del proceso autonómico para las Islas Baleares, de acuerdo con el artículo 143 de la Constitución"; haciéndose constar en el acta de la misma que "no asiste Don M. M. B., ya que fue sacado de la Casa Consistorial antes de abrirse la sesión, por considerar el Sr. Alcalde que como ha sido expulsado de su partido (PSOE), ya no ostenta la condición de Concejal"; y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en cuanto a que el referido Sr. M. no había perdido su condición de Concejal, resulta evidente la nulidad del acuerdo adoptado —aprobación de la iniciación del proceso autonómico— al haberle privado de su derecho a asistir al acto e incurrirse, por tanto, en la causa de nulidad prevista en el apartado c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, subsidiariamente aplicable en el ámbito de la Administración Local, o sea, el haberse prescindido de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, en este caso un defecto de composición que lo desfigura realmente, haciendo imposible que la integración de la voluntad de la Corporación pueda considerarse como voluntad distinta e independiente de la de sus miembros.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto a los inexistentes acuerdos adoptados los días 22 de octubre y 5 de noviembre de 1981 y la nulidad del que se produjo en la sesión de 6 de noviembre del mismo año; 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 en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don J. L. N. R., en nombre de DON A. C. P., DON M. M. B., DON J. C. P. y DON J. C. T. contra los acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de San Antonio Abad (Isla de Ibiza), provincia de Baleares, los días 22 de octubre de 1981 y 5 y 6 de noviembre del mismo año, sobre adhesión al inicio del proceso autonómico, debemos declarar y declaramos: 1º) La inadmisibilidad del recurso respecto a los inexistentes acuerdos adoptados los citados días de 22 de octubre y 5 de noviembre de 1981; y 2º) La nulidad, por no ajustarse a Derecho, del acuerdo adoptado en la sesión de 6 de noviembre del mismo año, por el que se aprobó la iniciación del proceso autonómico para las Islas Baleares; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

132. FUNCIONARIOS. Veterinario Director del Matadero Municipal de Palma. Legitimación del Ayuntamiento por tener interés directo. **DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.** No se aprecia desviación de poder. *Sentencia de 20 de diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la impugnación formulada por la representación de Don L. M. P. P. contra la resolución del Secretario de Estado para la Sanidad de 29 de Junio de 1981, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la de la Dirección General de Salud Pública de 18 de Junio de 1980, por la que se deja sin efecto el nombramiento del recurrente como Veterinario Director del Matadero Municipal; impugnación realizada igualmente por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, si bien contra la desestimación presunta de dicho recurso de alzada, más tarde expresa, como queda indicado.

CONSIDERANDO: Que, por obvias razones de carácter procesal, procede estudiar en primer lugar la alegada excepción de falta de legitimación activa, al amparo del artículo 82 b), en relación con el 28, de la Ley de esta Jurisdicción, con base en la carencia por parte del Ayuntamiento de "interés directo", para demandar la declaración de no ser conforme a Derecho, y, en su caso, la anulación del acto impugnado, como exige el apartado 1 a) del precepto, últimamente citado; pero en la interpretación de éste la jurisprudencia ha realizado una delicada labor, porque dando un amplio sentido a la frase "interés directo", consigue acercarse al ideal expresado en el Preámbulo de aquella Ley de conceder eficaz garantía a todas las situaciones jurídicas y alcanzar el logro de la Justicia, huyendo de formulismos rituarios, bastando que la resolución que se postula sea capaz de proveer la declaración judicial de una situación jurídica que favorezca de algún modo al reclamante, aunque carezca del apoyo de un precepto legal concreto y declarativo de un derecho propio (sentencia de 3 de Junio de 1961 y 30 de Septiembre de 1967 y 9 de Octubre de 1967), pues el derecho a demandar no depende de la naturaleza económica o de cualquier otra índole del interés, ya que la Ley no distingue la clase de éste por su naturaleza, exigiendo únicamente la conexión directa con el acuerdo administrativo que se impugna (sentencia de 3 de marzo de 1967); y así, en materia de funcionarios, la sentencia de 4 de Junio de 1963 expresa que no puede ponerse en duda el legítimo interés de una Corporación Municipal en ser asistida de Secretario probo y leal y de impugnar la resolución de un órgano de la Administración Central que, al no valorar debidamente la gravedad de los actos cometidos por el Secretario de dicha corporación, le fuerza e impone la continuación en sus funciones; lo que aplicado al caso de autos implica que el Ayuntamiento tiene interés en que se mantenga en el cargo —supuesto de hecho contrario al de la anterior cita Jurisprudencial, pero idéntico en cuanto al concepto de interés directo— a la persona que propuso a la Jefatura de Sanidad y que ésta nombró en virtud de resolución de 24 de Diciembre de 1977 para ejercer el mismo y que, por ello, consideraba más apta; por lo que, debe rechazarse la expresada excepción.

CONSIDERANDO: Que las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1972 y 4 de Diciembre de 1974 establecen que el artículo 63.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de Febrero de 1964, la cual, según su artículo 2.3, tiene carácter supletorio respecto a todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los demás funcionarios, cualquiera que sea la clase de estos y la Entidad administrativa a la que presten sus servicios, no concede la inamovilidad en el puesto de trabajo, sino tan sólo en la

residencia, y siempre que el servicio lo consienta, pues el derecho al cargo no implica la adscripción a un puesto de trabajo determinado, como resulta de todos los preceptos de la Ley citada, especialmente del artículo 55, que dispone que se haga por el Subsecretario o el Jefe de los Servicios provinciales correspondientes, el 58 al ordenar que las convocatorias no tendrán que determinar necesariamente el puesto de trabajo, y el artículo 5 del Decreto 1.106/66, de 28 de Abril, que abunda en tal regulación y establece en el 4 que los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser removidos libremente por la Autoridad que les designó.

CONSIDERANDO: Que, en lo que respecta a los Veterinarios Titulares, que integran, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 13 de Agosto de 1971, un Cuerpo Especial de Funcionarios Técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local, tienen, entre otras, según el artículo 50.2.1º del Decreto de 27 de Noviembre de 1953, la función de dirigir el Matadero Municipal y efectuar en él los servicios sanitarios, siendo de destacar que cuando en un mismo Municipio existan varias plazas de cualesquiera de los Cuerpos Generales, todas serán de la misma categoría administrativa y tendrán igual retribución mínima inicial (artículo 76 de la disposición anteriormente citada), es decir, que la dirección del Matadero no constituye una categoría administrativa, sino un puesto funcional, lo que igualmente se deduce del artículo 118 del Reglamento de Mataderos de 26 de Noviembre de 1976, que expresa que "los Servicios Veterinarios Oficiales de los establecimientos regulados por la presente disposición serán desempeñados por Veterinarios del Cuerpo de Titulares... Uno de ellos desempeñará el cargo de Director Técnico Sanitario", sin que para el nombramiento se exija concurso, oposición u otra forma de selección, ni se tenga en absoluto en cuenta circunstancias de méritos o antigüedad, nombramiento que el artículo siguiente refiere solamente al número de Veterinarios Oficiales que se asignen a cada Matadero y que corresponde a las Direcciones Generales de Sanidad y de la Producción Agraria y, además, a la Dirección General de Administración Local cuando se trate de Mataderos propiedad de Ayuntamientos en régimen de excepción; por lo que cabe concluir que el Director, como cargo de confianza, es elegido libre y discrecionalmente por la Administración General del Estado, sin clase alguna de condicionamientos legales, salvo el de que el puesto recaiga en un Veterinario perteneciente al Cuerpo de Titulares; y, como lógica consecuencia, que su cese cae igualmente en el campo de lo discrecional, excluido, por tanto, del control jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que las facultades discrecionales de la Administración, miradas actualmente como uno de los peligros del Estado de Derecho, son, sin embargo, una exigencia de la potestad de administrar, que no puede ser sometida al sólo imperio de las normas, como en los casos, y el de autos puede ser ejemplo, en que la confianza es decisiva para el ejercicio de ciertos cargos, con entrada en juego de la plena libertad para el nombramiento y el cese; porque en este supuesto, ni acudiendo a la técnica correctora de los llamados conceptos jurídicos indeterminados —configurados como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una solución justa única en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, a diferencia de los poderes discrecionales, caracterizados por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración según su propia iniciativa, por no estar comprendida en la norma la solución concreta— puede someterse el acto al control judicial ante la carencia de éstos en la norma, que no utiliza conceptos de experiencia o de valor, sino, como se ha expuesto, sólo exige pertenecer a un Cuerpo determinado, sin más, lo que impide cualquier tipo de valoración sobre el elegido y los no designados, ya que resultan indiferentes las condiciones personales y profesionales de todos ellos; control, por lo tanto, igualmente imposible en el caso de cese, que no depende de la actividad del nombramiento y sí, únicamente, de la apreciación subjetiva de la Administración.

CONSIDERANDO: Que, aparte de que la desviación de poder no se compagina con la actividad discrecional, dada la posibilidad legal de hacer lo que realmente se hizo, como expone el Abogado del Estado, es obvio que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1979, la desviación de poder sólo podrá ser de aplicación cuando no apareciera como motivo de enjuiciamiento preferente al quebrantamiento Jurídico, ya

que si aquellos preceptos se infrigen, el remedio primordial utilizable es el recurso jurisdiccional para que el Tribunal correspondiente corrija la violación legal o el agravio inferido, y es claro que no puede, por tanto, aplicarse tal tesis desde el momento en que el recurrente la basa en pretendidas infracciones legales, concretamente, las relativas al procedimiento pertinente para las declaraciones de lesividad; además su apreciación obliga a una extrema prudencia al estimar el acto dictado, ya que por el carácter íntimo y espiritual de la desviación de poder no es siempre fácil la prueba, y ha de deducirse de actos comprobados de los que pueda desprenderse la intencionalidad torcida o desviada hasta formar una convicción indubitada en el Juzgador (sentencia de 31 de Enero de 1.968), que en este caso no se ha formado al basarse en que el cese fue motivado por defender el recurrente la postura de los Servicios Municipales contra la Administración Central al surgir discrepancia de criterios sobre la aplicación del Reglamento Sanitario de Mataderos, por lo que la Administración, en lugar de acudir a los Reglamentos disciplinarios, "única vía legal", decretó la anulación del acto de nombramiento, lo que constituye una escasa apoyatura para estimar la desviación, máxime teniendo en cuenta que en virtud del principio de legalidad de los actos administrativos, como presunción *juris tantum* de que la Administración actúa de buena fe y con arreglo a Derecho, no pueden oponerse meras conjeturas o sospechas, sino que hay que acreditar con seguridad el apartamiento del órgano del cauce jurídico, ético y moral que está obligado a seguir, y evitando el fácil error de desorbitar su extensión hasta confundirla con la concurrencia de cualquier infracción sustancial del Ordenamiento Jurídico observable, mediante la gratuita invocación teleológica del propósito consagrado en la norma (sentencias de 9 de Noviembre de 1964 y 6 de Noviembre de 1973); pero aunque se entendiera, como otra fórmula de control judicial de la discrecionalidad, que al no ser los poderes administrativos abstractos, utilizables para cualquier finalidad, sino funcionales, otorgados por las normas en vista de un fin específico: la promoción del interés público, no sería posible en el caso que se contemple estimar que dados los innegables méritos del recurrente satisfacen aquella mejor que si fuera designado otro de los Veterinarios Titulares; en primer lugar, porque no hay constancia de los merecimientos de los demás funcionarios, y, en segundo término, porque no hay relación —y la vida política diaria proporciona abundantes ejemplos en este sentido— entre condiciones profesionales y culturales y dotes de dirección o mando, por lo que la apreciación de éstas por el Tribunal supondría sustituir el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio.

CONSIDERANDO: Que en estos supuestos de discrecionalidad carece de importancia el que por la Administración, desde luego invocando aquella como base de las resoluciones —dice: "fue nombrado discrecionalmente", "fue tomada discrecionalmente... tolerándose en tanto no fuera cubierta la plaza..."—, "el cargo se ostentará mediante procedimiento reglado"—, se añada —en la dictada por la Dirección General, no en la de la Secretaría de Estado— que se infringió el artículo 119 del citado Decreto de 26 de Noviembre de 1976 en cuanto regula los nombramientos, lo que en manera alguna desvirtúa el fondo del problema, es decir, la discrecionalidad de la designación y, por ende, de la destitución.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede la desestimación de los recursos; sin que se observe la existencia de los motivos que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M. S. R., en nombre de Don L. M. P. P., contra la resolución del Secretario de Estado para la Sanidad de 29 de Junio de 1981, que desestima el recurso de alzada formulado contra la de la Dirección General de Salud Pública de 18 de Junio de 1980 por la que se deja sin efecto el nombramiento del recurrente como Veterinario Director del Matadero Municipal de Palma, y el interpuesto por el Ayuntamiento de esta ciudad, representado por el también Procurador D. A. N. y de M., contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado contra la misma resolución de 18 de junio de 1980, debemos declarar y declaramos que tales resoluciones impugnadas se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

C. ÍNDICE ANALÍTICO

- Actividad industrial
 Traspaso, 112
 Adhesión al proceso autonómico, 121
 Arbitrio de plus valía, 95
 Audiencia del interesado, 83, 85, 114
 Autonomía municipal, 121
- Bienes**
 Catalogación de un bien como monumento histórico-artístico, 82
 Demaniales, 92
- Condición de solar, 122
 Contribución Territorial Urbana, 97, 99, 115, 128
 Cuestión de constitucionalidad, 88
- Defecto en la indicación de los recursos procedentes, 82
 Dictámenes técnicos, 106
 Discrecionalidad administrativa, 132, 133
- Entidades urbanísticas colaboradoras, 129
 Expropiación forzosa, 84, 92, 102, 103, 123
- Funcionarios**
 Cuerpo municipal de bomberos, 108
 En general, 87, 137
- Índice de proporcionalidad, 136
 Profesores de E.G.B., 130
 Relación reglamentaria, 98
 Retención de haberes por huelgas, 98, 100, 110, 117, 118, 124, 131, 135
 Veterinarios, 132
- Igualdad, 87
 Inadmisibilidad del recurso
 No procede, 77, 82, 87
 Procede, 101, 105
 Informes, 106, 120
- Juicio positivo sobre la constitucionalidad, 87
- Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la Persona, 77, 94
 Libertad de residencia, 94
 Licencia de obras
 Carácter reglado, 82, 93
 Características, 79
 Denegación, 122
 Proyecto técnico con visado colegial denegado, 85
 Proyecto de obras ordinarias, 116
 Subrogación en su otorgamiento, 90
 Suspensión, 90
- Notificaciones, 83

Ordenes de ejecución, 101, 107, 111, 113, 114

Permiso de residencia y trabajo de extranjeros, 77

Plan Parcial

Aprobación provisional, 119

Tramitación, 81

Potestad reglamentaria

Del gobierno, 88

Protección de la legalidad urbanística

Demolición, 78, 111, 113

Suspensión de obras, 78, 85, 134

Recepción definitiva de urbanización, 126

Recurso Contencioso-Administrativo

Plazo para interponerlo, 83

Registro municipal de solares, 106

Responsabilidad patrimonial de la Administración

Administración Local, 80

Funcionamiento servicio público, 83

Plazo de un año, 80

Retraso de la Administración, 119

Revisión de tarifas, 86

Sanciones administrativas, 88, 91, 96, 125, 127, 133

Servidumbre de paso de corriente eléctrica, 123

Silencio negativo, 83, 126

Suelo no urbanizable

Segregación, 104

Suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales, 109

Tasa de equivalencia

Sujeto pasivo, 89

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

168. **Arrendamiento de obra.** Precio cierto: lo es el determinado pericialmente en el proceso. Falta legitimación activa: inexistencia. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1982.*
169. **Contrato de Seguro.** Robo de bienes no amparados por la póliza: interpretación de la misma. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1982.*
170. **Comunidad de Bienes:** inexistencia por haber procedido los causantes de los litigantes a la división en documento privado. Valor de los mismos frente a terceros. Su fecha, justificación de su certeza a través del conjunto de las pruebas. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1982.*
171. **Separación matrimonial.** Carácter retroactivo de la Ley 30/81, de 7 de Julio. Alcoholismo: constituye causa de separación aunque el afectado no sea peligroso. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1982*.*
172. **Separación matrimonial.** Infidelidad conyugal y separación de hecho que hace imposible tal causa legal de separación. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1982.*
173. **Reclamación de cantidad:** acción ordinaria y no cambiaria. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982.*
174. **Falta de legitimación activa:** improsperabilidad de esta excepción cuando quien la opone tiene reconocida la personalidad de colitigante: implica reconocimiento la admisión de mutuos suministros y pagos. Acción declarativa cambiaria: prescripción: en el supues-

(1) La presentación y selección de esta sección han sido realizadas por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, J. Ferrer Marcel, con la colaboración de los Profs. C. Gutiérrez González e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal.

to de estas acciones no juega el término del art. 950 del C. de Co. Aportación de documentos: carácter absoluto del art. 506 de la LEC. (Ver, en sentido contrario, la S. 147/82). *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982**.

175. **Sociedad civil irregular.** Disolución de la misma: régimen jurídico aplicable (el de la comunidad de bienes). Finalidad y alcance de la disolución: no la constituye el reparto de parte del haber social. Rendición de cuentas. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1982**.
176. **Honorarios de letrado.** Prescripción: inexistencia. Iguala por asesoramiento de entidad. Trabajos de carácter extraordinario en beneficio de aquélla, unos, y del demandado, otros, reclamados a este último en su totalidad. Estimación parcial de la demanda. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982**.
177. **Responsabilidad por construcción defectuosa.** Imposible imputación concreta de los vicios denunciados: condena solidaria. Fundamento de la responsabilidad del promotor. Concepto de ruina. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982**.
178. **Ejecutivo cambiario.** Acción ejercitada por el endosatario contra el aceptante. Oposición basada en no ser exigible la cantidad por mora del librador en el cumplimiento del contrato subyacente. Desestimación del motivo de nulidad. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1982**.
179. **Arquitectos.** Naturaleza jurídica de las relaciones Arquitecto-cliente. Hoja de encargo: no es expresión de un contrato ni supone su nacimiento, pues se trata de una obligación administrativo-colegial a cargo del técnico. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1982.*
180. **Operaciones particionales.** Impugnación de los valores asignados por el Contador-partidor dirimente. Fijación previa por los interesados de los derechos legitimarios y pago de éstos por la impugnante, con renuncia a futuras reclamaciones: el convenio es vinculante. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1982.*
181. **Ejecutivo cambiario.** Inexigibilidad de la deuda por no haberse otorgado escritura pública de determinado solar: desestimación del motivo de nulidad por nacer la letra ejecutada y la indicada obligación de convenciones distintas. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1982**.

182. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Venta de inmuebles e impago del precio: no obsta a la resolución ni la titulación posterior de la finca a favor del vendedor, ni el que no aparezca como titular registral, ni la falta de otorgamiento de escritura de obra nueva. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1982**.
183. **Indemnización de daños y perjuicios.** Desplome de un edificio como consecuencia de obras en solar vecino: es aplicable el art. 1902 y no el 1909 del C.c. Culpa extracontractual y solidaria: doctrina del T.S. y desestimación de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario. Prescripción: inexistencia. La culpa extracontractual en la reciente doctrina del T.S. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1982**.
184. **Acción reivindicatoria.** Desestimación de la demanda por no corresponder el dominio de lo reivindicado al actor. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1982.*
185. **Tercería de dominio.** Documento privado protocolizado antes del embargo por la Hacienda Pública: es título suficiente. Alegada simulación de tal documento y presupuestos en que se apoya. Estimación de la tercería. *Sentencia de 2 de Octubre de 1982**.
186. **Congruencia.** Concepto, fundamento y manifestaciones de la misma. Es incongruente una sentencia que estima culpa contractual cuando se ha accionado por extracontractual. Doctrina del T.S. Prescripción: inicio del cómputo en supuesto de lesiones: doctrina del T.S.: interrupción por conciliación. Documentos no esenciales: presentación. *Sentencia de 4 de Octubre de 1982**.
187. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre. Calificación del contrato: es local y no almacén. *Sentencia de 4 de Octubre de 1982.*
188. **Ejecutivo cambiario.** Nulidad del juicio por iliquidez. Contrato de obra parcialmente cumplido por el ejecutante: análisis de la prueba y estimación de la oposición. *Sentencia de 6 de Octubre de 1982**.
189. **Domicilio.** A efectos personales de emplazamiento. *Sentencia de 6 de Octubre de 1982.*
190. **Compraventa mercantil.** Interpretación del contrato: es compraventa y no depósito. Compensación parcial. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*

191. **Reclamación de cantidad.** Relaciones mercantiles: importancia de la buena fe: doctrina del T.S. Prueba: testigos dependientes del actor: eficacia probatoria. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*
192. **Ejecutivo cambiario.** Legitimación activa: requisitos. Legitimación pasiva: la tiene el aceptante que alega haber suscrito la cambial en nombre de un tercero cuyas circunstancias no constan en la letra. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*
193. **Testamento.** Nulidad por falta de capacidad mental de la testadora: presunción de capacidad: doctrina del T.S. Arteriosclerosis senil: examen y valoración de las pruebas: validez del testamento. Nulidad por vicios del consentimiento: carga de la prueba que debe desvirtuar la presunción de que se contrató libremente. Cosa juzgada: requisitos: inexistencia. Donación: nulidad por vicios del consentimiento: caducidad de la acción. Y por inoficiosidad: no genera la nulidad sino la reducción. Derecho balear: aplicación subsidiaria del común. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982*.*
194. **Concurso de acreedores.** Incidente sobre improcedencia del procedimiento y subsiguiente declaración de quiebra. Planteamiento del mismo con anterioridad a los momentos a que se refiere el art. 1171 de la LEC: no implica caducidad pues, dice así la Sentencia, la misma se refiere "al planteamiento de la oposición una vez hayan transcurrido los tres días siguientes a las citaciones dichas". **Actos propios.** No constituye conducta vinculante la actuación del actor incidental en la posterior junta para nombramiento de Síndicos. Condición de comerciante del quebrado: improcedencia del juicio de concurso. Declaración teniendo por instada la quiebra al efecto de que el concursado (quebrado ya) tenga oportunidad de hacer oposición. *Sentencia de 11 de Octubre de 1982*.*
195. **Ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos oponible como excepción o motivo de nulidad pero sólo cuando el ejecutante sea verdadero tercero sin intervención en el subyacente. Alegación de contrato irregularmente cumplido: improcedencia de la excepción: doctrina del T.S. *Sentencia de 13 de Octubre de 1982*.*
196. **Recurso de apelación.** Cuestiones nuevas: desestimación del recurso. Temeridad. *Sentencia de 13 de Octubre de 1982.*
197. **Acción reivindicatoria.** Falta de título ocupacional de una vivienda: estimación de la demanda y reintegración posesoria a los acto-

res. *Sentencia de 13 de Octubre de 1982.*

198. **Reclamación de cantidad.** Relaciones mercantiles que se infieren de la remesa de mercancías al demandado y de su aceptación por éste. *Sentencia de 13 de Octubre de 1982*.*
199. **Incompetencia de jurisdicción.** No la supone la cláusula preliminar de arbitraje prevista en el contrato “por no haberse formalizado voluntariamente”. Fianza en contrato de arrendamiento urbano cuya devolución se interesa en reconvención: procede la compensación hasta la cantidad concurrente demandada por el actor principal. *Sentencia de 14 de Octubre de 1982*.*
200. **Daños y perjuicios.** Por culpa extracontractual en accidente de tráfico. Prescripción de la acción: se inicia a partir del auto por el que se fija la cantidad máxima reclamable y se interrumpe con la demanda, aún no acompañada de conciliación. *Sentencia de 15 de Octubre de 1982.*
201. **Reclamación de cantidad.** Importe de beneficios producidos por una sociedad irregular disuelta. *Sentencia de 15 de Octubre de 1982.*
202. **Prueba.** Su apreciación. *Sentencia de 18 de Octubre de 1982.*
203. **Contrato irregularmente cumplido o “exceptio non rite adimpleti contractus”.** No es alegable cuando lo mal hecho tiene escasa entidad, según el T.S. Dictamen pericial que indica tal escasa entidad. Estimación, no obstante, de la “exceptio” y reducción del precio en casi un cincuenta por ciento. *Sentencia de 19 de Octubre de 1982.*
204. **Separación matrimonial.** Pensión. Análisis de la prueba. *Sentencia de 19 de Octubre de 1982.*
205. **Contrato irregularmente cumplido o “exceptio non rite adimpleti contractus”.** Obras de reparación que exceden de la cantidad reclamada; reducción del precio en un treinta y tres por ciento. *Sentencia de 20 de Octubre de 1982*.*
206. **Tercería de dominio.** Compra en escritura pública anterior al embargo. Identificación de los bienes: no obsta a ella diferencias de detalle en la descripción. *Sentencia de 21 de Octubre de 1982.*
207. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cesión o traspaso: lo im-

plica la continuación del negocio por una hermana de la arrendataria incapacitada para el trabajo por invalidez absoluta. *Sentencia de 21 de Octubre de 1982**.

208. **Divorcio.** Pensión: circunstancias y presupuestos a tener en cuenta para su cuantificación. Convenio previo entre los cónyuges: persistencia en lo esencial de las mismas condiciones y situación personal de los interesados. Tal convenio, celebrado en 1973, tiene "fuerza de ley". Mantenimiento de la pensión entonces pactada. *Sentencia de 26 de Octubre de 1982**.
209. **Partición de herencia.** División particular llevada a cabo por los herederos y posterior posesión de los bienes adjudicados a cada uno de ellos por tiempo superior a treinta años, a título de dueño, quieta y pacíficamente. La sentencia, si bien establece que cada uno de los herederos devino propietario de la finca que le fue adjudicada, confirma la apelada que ordena la práctica de las correspondientes operaciones particionales respecto de una de las fincas objeto de división privada y prescripción adquisitiva. *Sentencia de 26 de Octubre de 1982**.
210. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del contrato por: 1) obras in consentidas, 2) pérdida o destrucción del objeto arrendado. No implica lo primero la separación del desconchado de una habitación, ni el riego asfáltico de la cubierta. Estimación de la segunda causa que no exige la previa declaración de ruina. Doctrina del T.S. *Sentencia de 27 de Octubre de 1982**.
211. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por traspaso. *Sentencia de 28 de Octubre de 1982.*
212. **Manifestaciones tácitas de voluntad.** Reclamación de cuotas por asociación de vecinos. Interpretación de los estatutos. Actuación de los demandados como si fueran socios. Procedencia de la demanda pese a no haber sido admitidos formalmente como tales los interpelados. *Sentencia de 29 de Octubre de 1982.*
213. **Rendición de cuentas.** *Sentencia de 30 de Octubre de 1982.*
214. **Juicio ejecutivo de tráfico.** La extensión y cobertura viene determinada por la Ley y no por el título. Excepción de pluspetición: estimación de la misma. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982**.

215. **Daños y perjuicios.** Transporte terrestre. Obligación del conductor de realizar la descarga o velar se haga correctamente. Doctrina general del T.S. sobre la culpa contractual: estimación de la demanda. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982.*
216. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de pago: si es total, sólo puede probarse con la tenencia de la letra; si es parcial, debe acreditarse en la misma letra. Inadmisión de la excepción dada la naturaleza sumaria del proceso. Excepción de compensación: su rechazo al no constar que la deuda del actor sea líquida, vencida y exigible. **Forma de proponer excepciones:** en el cuerpo de hechos, no bastando hacerlo en fundamentos de derecho y suplico. Nulidad de la obligación: no puede referirse al contrato subyacente. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982*.*
217. **Arrendamientos urbanos.** Traspaso de local de negocios sin cumplir los requisitos legales. Valoración de la prueba. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982.*
218. **Separación matrimonial.** Atribución del uso de la vivienda común: principio de mayor necesidad. Auxilio económico: no ha lugar en cuanto a la esposa por no estar incluido en el concepto del art. 93 del C.c. Alimentos y patria potestad. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982.*
219. **Tercería de dominio.** Prueba del dominio del tercerista con anterioridad a la traba. Valor de las presunciones: anterior arrendamiento del que se infiere la propiedad. Aportación de documentos: momento procesal: los arts. 504 y ss. de la Lec son de rigurosa observancia (S. 147/82 quiebra esta doctrina tradicional). *Sentencia de 6 de Noviembre de 1982*.*
220. **Arrendamiento de obra.** Reclamación de cantidad. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1982.*
221. **Divorcio.** Cese efectivo de la convivencia: no es óbice a la disolución del vínculo por esta causa la reanudación temporal. Patria potestad: supuestos para su privación. Vivienda ganancial. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1982.*
222. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Presunción de responsabilidad: extremos que han de ser probados para desvirtuarla. Culpa exclusiva de

la víctima: no hay atendida la actuación del causante (circulación nocturna en vía que permitía maniobras de fortuna). *Sentencia de 9 de Noviembre de 1982.*

223. **Separación Matrimonial.** Cuantía de la pensión: valoración de la prueba. Sentencia de 9 de Noviembre de 1982.
224. **Ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia de remate. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982.*
225. **Ejecutivo cambiario.** Letra librada a cargo de una entidad y demanda dirigida contra la persona física aceptante: desestimación del correspondiente motivo de oposición por actuar el demandado "como cabeza visible" (sic. en la sentencia) de la entidad librada. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982*.*
226. **Ejecutivo cambiario.** Falta de consignación en la letra del domicilio del librado: se estima suficiente la indicación de una cuenta corriente sin especificar la sucursal de la entidad bancaria: atenuación del rigor cambiario por tratarse de un requisito establecido a favor del librador: razones extracambiarías que determinan el rechazo de la oposición: carácter secundario de este requisito formal. Pago parcial anticipado: falta de prueba. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982*.*
227. **Arrendamientos urbanos.** Cierre por transformación del local de negocio en almacén: consentimiento tácito: inexistencia. Diferencias entre consentimiento y conocimiento: no implica lo primero la demora en el ejercicio de la acción resolutoria. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982*.*
228. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre: procede esta causa cuando el cierre supone abandono, no cuando la falta de apertura obedece a realización de obras de adaptación del local. Valoración de la prueba y desestimación de la demanda. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982*.*
229. **Ejecutivo cambiario.** Falta de consignación de las siglas "S.A.", complementarias del nombre social del tomador ejecutante. Falta de provisión de fondos: inoponibilidad de esta excepción. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1982*.*
230. **Juicio ejecutivo.** Póliza de crédito. Intereses: hasta el cierre de la

- cuenta, deben pagarse los pactados en la póliza; los posteriores, al tipo legal. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1982.*
231. **Ejecutivo cambiario.** Pago: sólo se puede probar mediante la tenencia del efecto por quien lo alega. Pago parcial: ha de constar en el mismo efecto. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1982*.*
232. **Retracto arrendaticio rústico.** Adjudicación de la finca a cambio de servir y atender a la adjudicante, anterior a la vigencia de la nueva LAR. Derecho aplicable: retroactividad relativa del vigente. Carácter personalísimo de las obligaciones asumidas por el adjudicatario: improcedencia del retracto. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1982*.*
233. **Arrendamientos urbanos.** Calificación del contrato de arrendamiento de local: valoración de la prueba. **Arrendamiento de industria:** notas que lo configuran y diferencian del de local. **Fotocopias:** en general, son ineficaces a efectos probatorios. **Subarriendo.** Existencia del mismo que se infiere del alta de Licencia Fiscal del tercero y de su condición de empresario del ramo. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1982*.*
234. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Peatón alcanzado al cruzar un paso de peatones con el semáforo en rojo. Desestimación de la excepción. Pluspetición: hecho ocurrido antes de entrar en vigor el Dr. 1653/80, de 4 de Julio y pensión asistencial fijada con arreglo al mismo. Estimación de esta excepción. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1982*.*
235. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de contrato deficientemente cumplido, opuesta por vía de falta de provisión de fondos: su inoponibilidad en este tipo de procedimientos. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1982.*
236. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del contrato por traspaso: no es indiciario del mismo el rótulo existente en el establecimiento: desestimación de la demanda. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1982.*
237. **Reclamación de cantidad.** Importe de prestaciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud contra la Mutualidad General Deportiva. Estudio del art. 97 de la Ley General de la Seguridad Social. Falta de legitimación activa al no darse los supuestos contempla-

dos por el precepto. Enriquecimiento injusto: inexistencia. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1982.*

238. **Reclamación de cantidad.** Importe del precio de unas obras. Inoperancia de un documento de la demanda señalando un saldo inferior al reclamado. Estimación de la demanda. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1982.*
239. **Arrendamientos rústicos.** Resolución del contrato por abandono de la explotación y por expiración del plazo contractual y sus prórrogas. Inconurrencia de la primera causa. Análisis de la prueba. Finalización del término: determinación previa de si el arrendatario es cultivador personal y directo, lo que ha de ser objeto de interpretación amplia: se infiere que lo es del aprovechamiento propiamente agrícola al resultar probado que lo es del ganadero (principal, según el contrato). Improcedencia de esta causa resolutoria. Normativa aplicable. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1982*.*
240. **Reclamación de cantidad.** Trabajos de carpintería defectuosamente realizados. Derecho del comitente bien a una reparación específica, si así se postula, bien a una disminución del precio. Supuestos en que cabe la acción resolutoria. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1982.*
241. **Insalud.** Reclamación de gastos de asistencia sanitaria a la Cia. aseguradora según el Convenio de 30 de Oct. 1974. Finalidad de tal convenio e intrascendencia de responsabilidad de la asegurada. Naturaleza jurídica del mismo: contrato normativo: consecuencias y alcance. Notificación prevenida en el Protocolo Adicional a destiempo y persona distinta de la indicada: principio de la buena fe contractual. Silencio y manifestación tácita de la voluntad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1982*.*
242. **Incongruencia.** Inexistencia de declaraciones complementarias del fallo. Temeridad procesal manifestada por el uso del recurso de apelación en lugar de usar el de aclaración. *Sentencia de 27 DE Noviembre de 1982*.*
243. **Arrendamiento de obra.** Reclamación de cantidad. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982.*
244. **Reclamación de cantidad.** *Sentencia de Noviembre de 1982.*

245. **Patria potestad.** Suspensión. Hechos acaecidos antes de la Ley 11/81, de 13 de Mayo. Legislación aplicable. Principio general de irretroactividad. Mayor benignidad del C.c. en su anterior redacción. Aplicación de su primitiva normativa. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1982.*
246. **Acción de petición de legítima.** Su pago en bienes de la herencia constituida por una sola finca. El lote que correspondería a cada legitimario sería inferior a la parcela mínima permitida por la legislación urbanística. Actuación conjunta de cuatro legitimarias en concepto de demandantes y manifestación de que agrupaban para en su día las porciones correspondientes para formar una sola parcela: es suficiente para superar aquel obstáculo urbanístico. La Sentencia entiende que no se trata de agrupar parcelas, sino cuotas alícuotas indivisas de la finca. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1982.*
247. **Costas.** Imposición. Mala fe. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1982.*
248. **Daños y perjuicios.** Reclamación de cantidad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982.*
249. **Contrato de corretaje.** Agente de la propiedad inmobiliaria. Reclamación de la comisión a persona no comitente. Desestimación de la demanda: doctrina del T.S. Aranceles colegiales: su inoperancia frente a la regulación del contrato por el C.c. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1982*.*
250. **Contratos.** Calificación. Es sociedad civil: prueba de presunciones. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1982.*
251. **Reclamación de cantidad.** *Sentencia de 9 de Diciembre de 1982.*
252. **Tercería de dominio.** Reivindicación de un bien mueble. Identificación: no se alcanza con la mera marca, sino conforme a lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Valoración de la prueba de la que resulta la identificación pese a aquella incompleta descripción. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1982*.*
253. **Divorcio.** Alimentos y pensión indemnizatoria. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1982.*
254. **Perjuicios o molestias.** Diferencias. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1982.*

255. **Daños y perjuicios.** Contrato de obra. Error de planificación sufrido por el Arquitecto cuya subsanación origina retardo en la entrega. Aumento, en el interim, de los costos. Datos y elementos a tener en cuenta: estimación parcial de la demanda. Contratos de obra del Estado: legislación. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1982**.
256. **Arrendamiento de industria.** Bar: facultades contractuales del arrendatario de cambiar el destino. Cambio a cafetería. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982.*
257. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por falta de pago. Desahucio anterior enervado por la consignación de las rentas contractuales. Cosa juzgada. No se puede basar la demanda en la ineffectividad de los aumentos previstos en la cláusula de estabilización al no haberse solicitado éstos en el primer pleito. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982.*
258. **Responsabilidad extracontractual.** Comportamiento correcto del asegurado, conductor de vehículo a motor, aunque no con una diligencia excepcionalísima —lo que no está probado ni dejado de probar—, lo cual origina una responsabilidad en la entidad aseguradora y en el que éstas encuentran su razón de ser. Condena en costas al apelante por temeridad en la apelación. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982.*
259. **Servidumbre de luces y vistas.** Las distancias a que se refiere el art. 582 del C.c. únicamente juegan en supuesto de contigüidad de predios: camino o paso que separa los fundos: calificación jurídica como no perteneciente a ninguno de los litigantes. Inexistencia de contigüidad. Desestimación de la demanda. Doctrina del T.S. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1982.*
260. **Reclamación de cantidad.** Pacto de división material de finca. Acuerdo relativo al pago de las obras. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1982.*
261. **Ejecutivo Cambiario.** Confirmación de la sentencia de instancia. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1982.*
262. **Culpa extracontractual.** Concepto de culpa o negligencia: reciente doctrina del T.S. Presunción de existencia desvirtuada por la prueba a cargo del presunto responsable. Rotura de un cable telefónico subterráneo: la existencia de una arqueta próxima revela su exis-

- tencia. Estimación de la demanda. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982**.
263. **Indemnización de daños y perjuicios.** Humedades producidas por la deficiente conexión de una tubería. Estimación de la demanda. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*
264. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por subarriendo. Litis consorcio pasivo necesario: inexistencia al no ser preciso demandar al subarrendatario. Percepción de las rentas y ejercicio de la acción resolutoria: no suponen conductas contradictorias. Existencia de subarriendo: prueba. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982**.
265. **Sociedades anónimas.** Impugnación de acuerdos. Defectos en la convocatoria. Presidente del Consejo de Administración no accionista. Inexistencia de plazo legal entre la convocatoria y la celebración, no reunión, en el plazo exigido, de la Junta General Ordinaria. Estimación de la demanda. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1982.*
266. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo. Existencia no probada de un documento que lo autoriza. Estimación de la demanda. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1982.*
267. **Culpa extracontractual.** Accidente de circulación seguido de muerte. Presunción de culpa en contra del causante salvo casos de fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero extraño. Concurrencia de culpas. Compatibilidad entre las percepciones derivadas del seguro obligatorio y la indemnización postulada. Amenoración de la misma como consecuencia de aquella concurrencia. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1982**.
268. **Separación matrimonial.** Infracción del deber de ayuda mutua: larga convalecencia de la esposa durante la cual no recibió ayuda marital ni moral del marido. Pensión: presupuestos: a) desequilibrio económico b) empeoramiento en la situación anterior del matrimonio. Atención a las circunstancias del art. 97 del C.c. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1982**.
269. **Adopción.** Demanda en petición de su extinción. Alegación de que el consentimiento del padre del adoptado estaba viciado por tener suspendido el derecho de guarda y educación por el T. Tutelar de Menores: desestimación de este motivo al conservar el padre la patria potestad. Otros motivos en que la demanda se basa; avanzada

edad de la adoptante, residencia en despoblado, mala salud, convivencia con un hombre separado de hecho (no ofende los sentimientos operantes en esta población): no constituyen los motivos graves a que se refiere el art. 177 del C.c. Circunstancias de hecho probadas por la adoptante demandada. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1982.* *

270. **Seguro.** Contrato. Reclamación por el asegurado a la compañía aseguradora. Falta de personalidad: implica su reconocimiento extrajudicial la carta de ésta o aquel alegando la no cobertura de los hechos por la póliza. Pervivencia del contrato pese a su novación por la uniforme impuesta por el Ministerio de Hacienda. Condiciones generales y condiciones particulares: se aplican las primera en defecto de designación de las segundas. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1982.*
271. **Seguro.** Contrato. Interpretación de la póliza: objetiva, teniendo en cuenta la mayor reciprocidad de intereses, su finalidad objetiva y la buena fe. Notificación al asegurador: se entiende cumplida al poner el hecho en conocimiento del Delegado de la Compañía. **Daños y perjuicios** producidos a la asegurada al tener que suplir las obligaciones de la aseguradora: falta de prueba de los mismos. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982**.
272. **Contratos, nulidad.** Compraventa: vendedor que padece artereosclerosis senil probada por la declaración del médico de cabecera. Nulidad del contrato. **Simulación de la venta.** Datos de la que se infiere. **Donación encubierta.** Falta de aceptación que obsta a la misma. **Donación remuneratoria.** Inexistencia y doctrina del T.S. liberalizándola de formalismos. *Sentencia de 27 de Diciembre de 1982**.
273. **Tercería de dominio.** Justificación del dominio sobre los bienes embargados: adquisición de los mismos por el tercerista y figurados después en el inventario de un contrato de arrendamiento de industria celebrado entre el ejecutado y una sociedad ajena al proceso: desestimación de la demanda. *Sentencia de 29 de Diciembre de 1982.*
274. **Indemnización de daños y perjuicios.** Accidente de circulación: demanda del perjudicado contra la compañía aseguradora del accidente: determinación de la acción ejercitada: es la dimanante de la normativa sobre el seguro obligatorio. Determinación de la indemnización: supuesto igual al contemplado en la S. nº 234/82, de 17 de Noviembre. *Sentencia de 29 de Diciembre de 1982.*

275. **Tercería de dominio.** Falta de legitimación activa. Vehículo adquirido por la demandante con posterioridad a su embargo por la Hacienda y ulterior transmisión a un tercero. Mantenimiento del embargo administrativo. *Sentencia de 29 de Diciembre de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

171

171. SEPARACION MATRIMONIAL. Carácter retroactivo de la Ley 30/81, de 7 de Julio. Alcoholismo: constituye causa de separación aunque el afectado no sea peligroso. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en la que se decreta la separación matrimonial de los hoy litigantes, es impugnada por los siguientes motivos: 1º) Por no tener efecto retroactivo la Ley número 30 de 1981, de 7 de Julio, cuya normativa se ha aplicado a la presente litis, que se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada reforma legislativa. 2º) por no haberse acreditado en autos el alcoholismo del hoy apelante, y 3º) y en todo caso, por no ser en ningún momento y estado, peligrosa la conducta del esposo, ahora recurrente.

CONSIDERANDO: Que, no solo por cuanto la citada Ley de 7 de Julio de 1981, al dar nueva redacción al Título IV del Libro I del Código Civil, llevó a cabo la necesaria adaptación de la normativa civil matrimonial a la Constitución de 1978 y concretamente a su artículo 32.1 —reforma legislativa ya anunciada en el apartado 2 del mismo artículo constitucional—, sino por cuanto al proclamar la disposición adicional 2ª, en su apartado segundo, de la repetida ley de 1981, 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 les reconocen los capítulos VI, VII y VIII del Título IV del Libro I del Código Civil”, se reconoce expresamente efecto retroactivo, en lo referente a la nulidad, separación y disolución del matrimonio, a la nueva normativa, como tiene declarado esta Sala en sus sentencias números 226 y 227 de 1981, de 9 y 10 de Diciembre, respectivamente, entre otras, por lo que el primer motivo de impugnación no puede prosperar.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener la segunda causa impugnatoria, ya que de la apreciación en conjunto de la prueba practicada, en la que hay que resaltar especialmente el dictamen pericial, emitido por un médico forense designado en diligencia para mejor proveer, informe facultativo que declara expresamente que el hoy apelante-demandado es “un alcohólico crónico con episodios de borracheras patológicas, las cuales se caracterizan por una aparición brusca de reacciones en corto circuito con una gran carga agresiva al ingerir alcohol aunque sea en pequeñas dosis” (folio 50, se reputa acreditado el alcoholismo de dicho cónyuge; sin que pueda aceptarse la tesis de la parte recurrente, de que el alcoholismo, como causa específica de separación matrimonial, al ser nueva en nuestro derecho positivo —4ª del artículo 82 del Código Civi—, ya que fue declarada como tal por la Ley número 30 de 1981, ha producido indefensión en ella, parte

demandada, pues tal elemento fáctico se expresó, con toda claridad y con diversos detalles y precisiones, en la demanda inicial como uno de los dos hechos básicos de la separación material que se postulaba, invocando al efecto la causa prevista en el anterior artículo 105-2º del Código Civil, —malos tratamientos de obra e injurias graves—, y, de la misma manera que la parte actora desarrolló una positiva actividad probatoria —testigos, confesión y pericial— para demostrar la certeza de tal hecho, la parte demandada, hoy apelante, bien pudo haber hecho otro tanto para acreditar lo contrario, ya que no se le negó en ningún momento procesal el ejercicio de sus legítimos derechos para que pudiera demostrar que no padece alcoholismo, que bien podía calificarse como “injurias graves” para el otro cónyuge, dada la amplia interpretación judicial que ultimamente se sustentaba respecto a tal causa de separación matrimonial, antes de la vigencia de la supradicha ley de 7 de Julio de 1981, que estimaba como tal injuria, toda actuación conyugal que implicase gran agravio y ultraje de obra al respecto y protección recíprocos que los cónyuges deben dispensarse, según estatuye el vigente artículo 57 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que el último motivo de apelación, de que aún admitiendo que la Ley n° 30 de 1981 tenga efecto retroactivo y que el demandado sea un alcohólico, procede revocar el fallo dictado, por no ser el hoy recurrente-demandado un alcohólico peligroso, no puede prosperar, por cuanto la ley no exige para el alcoholismo, para ser configurado causa de separación matrimonial, como tampoco para la toxicomanía o las perturbaciones mentales, que conlleven aparejada peligrosidad, sino que el interés del otro cónyuge o de la familia exijan la suspensión de la convivencia (n° 4 del mencionado artículo 82), interés conyugal que se estima existente en el presente caso, amén que el alcoholismo del apelante se caracteriza, según el referido dictámen pericial, “por una aparición brusca de reacciones en corto circuito con una gran carga agresiva” (folio 50).

CONSIDERANDO: Que al desestimarse todos los motivos de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, procede la confirmación de ésta.

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 M. J. F. N., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiséis de Enero de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta aizada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

174

174. FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA: improsperabilidad de esta excepción cuando quien la opone tiene reconocida la personalidad de colitigante: implica reconocimiento la admisión de mutuos suministros y pagos. Acción declarativa cambiaria: prescripción: en el supuesto de estas acciones no juega el término del art. 950 del C. de Co. Aporta-

ción de documentos: carácter absoluto del art. 506 de la LEC. (Ver, en sentido contrario, la S. 147/82). *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para que pueda prosperar la excepción procesal de falta de legitimación activa es preciso que, además de no concurrir aquellas condiciones que son necesarias para su existencia, no haya habido ningún reconocimiento, implícito o explícito, de que el demandante está facultado para deducir y sostener las pretensiones que ejercita, pues aunque el demandado alegue que su oponente no está legitimado para reclamar por falta de algún requisito que le autorice a ello (en el presente caso, la justificación de estar dado de alta en materia de contribución industrial), decae tal manifestación desde el instante en que quien la hace ha reconocido la personalidad y, consiguientemente, la facultad para reclamar en quien la hace, lo que sin duda ha ocurrido en este caso al referirse el demandado-apelante a que el objeto de la pretensión de su contendiente es inexistente en virtud de los mútuos suministros y pagos realizados en tiempos anteriores, haciéndose indiferente ya la circunstancia de que el actor hubiese justificado o no el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, tratándose de un mero requisito formal tendente a determinar la personalidad y autonomía propias de una determinada entidad y de que se dedica a la actividad comercial que indica, y es innecesaria esta comprobación cuando aquél a quien perjudica la pretensión que se formula reconoce, directa o indirectamente, su certeza, por todo lo cual debe ser rechazada la excepción propuesta por el apelante.

CONSIDERANDO: Que, en los casos en que el ejercicio de una acción se fundamenta en la tenencia de efectos cambiarios, puede su poseedor optar por la utilización del juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de su reclamación, o bien puede servirse del juicio sumario especial o juicio ejecutivo, si es que concurren las condiciones legales exigidas, sin que exista ningún impedimento para que pueda libremente decidirse por uno u otro, pudiendo incluso acudir a la vía declarativa después de haber agotado la ejecutiva por la razón de que ésta supone una restricción en el conocimiento del juez, con la consiguiente limitación de medios probatorios, y sin que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada; y es claro que, si el apelado decidió en su día interponer demanda en juicio declarativo ordinario exigiendo el pago de determinadas cantidades recogidas en diversos efectos cambiarios y en un talón, no puede jugar, a efectos de prescripción, lo ordenado en el artículo 950 del Código de Comercio, porque se refiere éste a las acciones de índole cambiaria y no a las meramente declarativas, procediendo en consecuencia desestimar también tal excepción, la cual sólo sería aplicable en el supuesto de que la acción ejercitada tuviese esa naturaleza.

CONSIDERANDO: Que el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una de las reglas básicas del juego procesal, en concreto la relativa al momento en que las partes pueden aportar aquellos documentos en que hayan de fundar sus pretensiones, el cual se contrae a la fase alegatoria del juicio, cuya finalización hace precluir el derecho de traer documentos al pleito con las únicas salvedades que en el mismo se mencionan, por lo que, si durante la fase probatoria son aportados documentos poseídos por un tercero no litigante, a instancia de uno de los contendientes (artículo 603 de dicha Ley), y de lo actuado se comprueba que tales documentos podían ser poseídos por el propio litigante ya en el período de alegaciones, es claro que no se da ninguna de las excepciones contenidas en el mencionado artículo 506, pues no tratándose de documentos de fecha posterior a los de demanda y contestación, ni habiendo jurado la parte no haber tenido conocimiento de su existencia, ni habiendo sido imposible obtenerlos con anterioridad por causa que no sea imputable sino a ella misma, ni habiendo hecho la previa designación del archivo o lugar en que se encontrarán los originales, en su caso, no existe razón alguna para estimar admisibles tales documentos, por lo que procedió correctamente el juzgado "a quo" al rechazar los documentos aportados extemporáneamente, ya que quien trajo los documentos —fundamentales para la prosperabilidad, en su caso, de la excepción de pago

ejercitada— era un gestor que había estado al servicio de la parte mientras ésta se dedicó al comercio, siéndole fácilmente alcanzables dichos documentos, sin necesidad de esperar a que durante la fase probatoria fueran aportados, o, en el caso de que no le hubiese sido posible —bien por negativa o por cualquier otra razón—, debió cuando menos hacer la designación antes referida, salvando así los requisitos legalmente exigidos. No puede aceptarse que exista una situación de indefensión en el apelante por el hecho de habersele admitido la prueba de aportación de documentos por un tercero y posteriormente, en la sentencia, no serle admitidos por aplicación del artículo 506, porque la admisión de la práctica de dicho medio probatorio no significa la admisión de su contenido, muchas veces imposible de determinar a priori y dependiente, en definitiva, de los resultados en que su práctica se plasme; y, en cualquier caso, es evidente que se llega al mismo resultado tanto en el caso de la admisión de la práctica de dicho medio probatorio durante la primera instancia como en el caso de que en ésta se hubiese denegado y, recurrido en forma, se hubiese reproducido la petición en segunda instancia, porque de lo que se trata es de la eficacia o no de tales documentos y, para determinarla, se hace preciso examinarlos, lo que tanto en uno como en otro caso se ha conseguido, llegándose en ambos casos a la misma conclusión de inadmisibilidad, de tal suerte que no puede hablarse de indefensión alguna.

CONSIDERANDO: Que aún en el supuesto de que procediera la admisión de tales documentos y se les otorgara la eficacia probatoria que se pretende, sería ello por completo imposible, por cuanto ni tales documentos privados han sido reconocidos por la parte a quién pudieren perjudicar, ni se ha practicado la oportuna prueba pericial caligráfica de cotejo de letras, ni siquiera queda mínimamente demostrado el que fueran renovaciones de otras letras de cambio anteriores, o renovaciones producidas entre los mismos efectos aportados junto con la demanda, por todo lo cual, y en vista de la inexistencia de prueba alguna válida y eficaz en el ámbito civil, procede desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones suficientes para hacer expresa condena en costas.

FÁLLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. B. M. en nombre y representación de Don P. C. C., en su consecuencia, que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Inca, de veintisiete de Octubre de mil novecientos ochenta y uno, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

175

175. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. Disolución de la misma: régimen jurídico aplicable (el de la comunidad de bienes). Finalidad y alcance de la disolución: no la constituye el reparto de parte del haber social. Rendición de cuentas. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que en esta alzada vuelve a plantearse como “tema decidendi” el de si la sociedad verbal formada entre actor y demandado para la explotación de un

establecimiento de prendas de vestir en Ibiza, con denominación comercial "T. D.", se halla ya extinguida y liquidada como afirma el apelante, Don F. S. d. R., con base a que, en el mes de febrero de 1980, hubo un reparto de las prendas existentes en dicho local, o, por el contrario, debe procederse ahora a su legal disolución y consiguiente partición del haber societario como mantiene el demandante Don J. N., con fundamento en que la anterior operación particional fue solo parte del conjunto de operaciones divisorias a efectuar, posición ésta que ha tenido específico acogimiento en la resolución dictada por el Juez "a quo", que declara extinguida la sociedad y condena al demandado (conforme al "petitum") a rendir cuentas desde el año 1979 hasta la actualidad.

CONSIDERANDO: Que resulta obligado, para una correcta solución de la "litis", hacer un resumen histórico del tema y una revisión de los preceptos jurídicos aplicables; y así es de ver, según lo averdado en autos, que Don F. S. de R. y Don J. N. constituyeron, en el año 1976, una sociedad, en forma verbal, para la explotación de un negocio de sastrería y venta de prendas de vestir (Hecho 1º de la demanda, admitido por el demandado); la tienda, o local del negocio, se ubicó en Ibiza, aportaron Don J. N. la suma de doscientas mil pesetas en metálico más unas prendas del objeto de tráfico cuyo número y valor se desconoce, sin aportación probada del demandado (Hecho mismo); Don J. N. residía en Palma de Mallorca y Don F. S. de R. se hallaba en Ibiza al frente del establecimiento, teniendo distribuidas las funciones comerciales y sociales en plan de coadministración, toda vez que mientras en Ibiza Don F. S. realizaba los pedidos y se entendía con las casas suministradoras, procediendo a la venta material y directa de las mercancías (Hecho 2º de la contestación a la demanda), remitiendo giros periódicos a D. J. N. (documental de dicho escrito), éste, desde Palma, efectuaba los pagos y revisaba la contabilidad (posición sexta de las absueltas por el actor). Tras diversos avatares del negocio, desde 1979, el Sr. N. instó extrajudicialmente la disolución del vínculo social, practicando, además, dos actos conciliatorios en noviembre de 1980 y en marzo de 1981, habiéndose procedido, en febrero de aquel año, a un reparto de las existencias en aquel momento presentes en el local.

CONSIDERANDO: Que, en definitiva pues, lo que constituyeron los litigantes fue una sociedad privada irregular, dada la calidad de los socios (industrial y comerciante según rezan sus respectivos Poderes), dado el objeto social: explotación de un establecimiento mercantil mediante operaciones de esta clase, dada la no inscripción registral ni la elevación a escritura pública de sus pactos, y así claramente se establece en el art. 1669 del código civil, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de diciembre de 1962 y 7 de febrero de 1964, entre otras. Tal sociedad debe regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, con lo que ningún comunero puede ser obligado a permanecer en comunidad, pudiendo exigir en cualquier momento (incluso con posible aplicación, en ese orden, del art. 1705-2º) la división de la cosa común (art. 400), aplicándose entonces las reglas establecidas para la partición de las herencias (art. 406) y muy especialmente las contenidas en los arts. 1061 y 1065 del propio código.

CONSIDERANDO: Que la concreta aplicación al evento de autos de tales principios conduce inexorablemente a admitir, desde ahora, la disolución de la sociedad privada existente entre los litigantes y, consecuentemente, obliga a la realización de los trabajos particionales de liquidación social, porque, como dice la sentencia de 2 de enero de 1940, la disolución no equivale a la extinción inmediata de la sociedad, sino determina el comienzo de un período de liquidación durante el cual el ente social sigue existiendo con su patrimonio hasta que terminen las operaciones liquidatorias; y así el comunero habrá concretado específicamente su cuota ideal y tendrá plena e independiente propiedad cuando terminen las operaciones de liquidación, participación y adjudicación (vid sentencia de 8 de marzo de 1957); con ello, resulta inadmisibles basar una oposición, cual la presente, en el hecho de que la sociedad se halla ya liquidada dado el reparto hecho de las prendas del negocio, pues, a los tales efectos, no debe servir de base la fácil, rápida e informal constitución de una comunidad que lleve a una equivalencia en la liquidación, sino que debe atenderse al auténtico haber común y al real movimiento negocial, movimiento evidentemente inusitado en el caso actual, pues queda averdado en la causa que el actor, en el año 1979 y principios de 1980, llegó a recibir más de veinte millones de pesetas (documental ya aludida, no negada por el demandante, sino corregida en un error material de la suma). En efecto,

las operaciones particionales exigen algo más: hay un local social, unos derechos de traspaso, un mobiliario y decoración, unos gastos de material, personas y fiscales, unos pagos y cobros quizás pendientes y, en fin, unas mercancías y un efectivo en caja real; y todo ello obliga al demandado, por la específica atribución de sus funciones, a una rendición de cuentas, como así también debería haberlo hecho u ofrecido el demandante respecto al destino dado a las cantidades recibidas; sólo así se logrará la auténtica comprobación del haber social y podrá llegarse a su exacta división y adjudicación.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto, procede la íntegra confirmación de la sentencia dictada por el Juez "a quo", previa desestimación del recurso de apelación contra ella interpuesto y sin hacer expresa atribución, por lo últimamente dicho, de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por Don F. S. d. R., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Señor Juez de Primera Instancia número Dos de los de Ibiza, en veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

176

176. HONORARIOS DE LETRADO. Prescripción: inexistencia. Iguala por asesoramiento de entidad. Trabajos de carácter extraordinaria en beneficio de aquélla, unos, y del demandado, otros, reclamados a este último en su totalidad. Estimación parcial de la demanda. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la prescripción de la acción ejercitada fundada en el nº 1 del artículo 1967 del Código Civil, esgrimida en primera instancia como excepción previa y reiterada en esta alzada como primer motivo de la apelación formulada, se basa en haber transcurrido tres años, según el apelante, desde que el actor efectuó los trabajos de asesor jurídico cuyo abono reclama en esta litis, se ha de desestimar por los acertados razonamientos expresados sobre este particular en la sentencia recaída, si bien cabe adicionar "ex abundantia" los siguientes hechos reconocidos o probados: a) El abono por la compañía codemandada de los honorarios profesionales del actor correspondientes a la totalidad de la anualidad 1977, y por ende de los meses de Noviembre y Diciembre de dicho año, desprendiéndose de ello que, hasta el último mes del citado año, el demandante prestó su asesoramiento jurídico a la indicada sociedad mercantil, y b) según oficio del Banco "X." Sucursal de Palma de Mallorca obrante al folio 118 de los autos principales, en la renovación del documento de fecha 21 de Noviembre de 1977 aval del descubierto en cuenta e impagados de la que era deudora la hoy codemandada-apelada "T. B., S.A." a la expresada entidad bancaria, ampliando el inicial y único afianzamiento de Don A. C. M., ahora apelante-codemandado, con el de otros siete avalistas, intervino profesionalmente el actor en nombre de los dos mencionados codemandados en esta litis; desprendiéndose de todo

ello, no haber transcurrido el plazo de 3 años, ya que la demanda inicial fue repartida en el Decanato de los Juzgados de 1ª Instancia de esta ciudad, el 12 de Noviembre de 1980 (folio 5 vuelto).

CONSIDERANDO: Que el segundo y último motivo de impugnación se basa en no corresponder al codemandado, hoy apelante, Sr. C. M., sino a la entidad codemandada "T. B., S.A.", el pago de la reclamación de 458.357 pesetas, cantidad que resulta después de deducir de la inicial reclamada las 60.000 pesetas a las que el actor renunció, a la vista del dictamen del Colegio de Abogados de esta ciudad, y haberse acreditado la certeza de los servicios profesionales prestados por el demandante y aceptar este Tribunal, como ya lo hiciera la Juez "a quo", el importe fijado para dichas actuaciones profesionales, en el mencionado dictamen. El hecho de que el hoy recurrente, Sr. C. M. ostentara en los años 1975, 1976 y 1977, la representación legal de la codemandada "T. B., S.A." y que el demandante fuese el asesor jurídico de dicha compañía en el período mencionado y asesorese profesionalmente al Sr. C. M., que poseía con sus familiares, la mayoría absoluta de acciones de la repetida compañía, lleva consigo la necesidad de determinar si los trabajos "extra" profesionales prestados por el actor, y por ello no incluidos en su remuneración anual de 120.000 pesetas, fueron por cuenta de una u otra parte codemandada, y por ende, si la obligación de abonar las cantidades correspondientes a dichos trabajos "extra", recae sobre el Sr. C. M. o sobre la entidad "T. B., S.A."; si bien en primer lugar, hay que desestimar las 1.357 pesetas con que se incrementa la remuneración del año 1975 que figura en la primera partida de la minuta del folio 2, ya que no solo no se ha justificado su procedencia sino que ni siquiera se ha alegado en que consistió tal trabajo "extra" o si fue por un desembolso realizado por cuenta de la entidad codemandada.

CONSIDERANDO: Que tanto la partida sexta como la séptima de la minuta acompañada a la demanda inicial (folio 2º), por un importe dictaminado de 35.000 y 135.000 pesetas respectivamente (folio 151), recaen sobre actividades profesionales realizadas por el demandante a favor de Don A. C. M. personalmente y de varios familiares de este, pues se tratan de gestiones y redacción de documentos para la venta de acciones de "T. B., S.A." por parte de dichas personas físicas y operaciones complementarias (folios 45/51) y de gestiones técnicas para la adquisición por un grupo capitalista del 72% de acciones de "T. B., S.A." que cedía el Sr. C. M. (folios 52/57), respectivamente, siendo indudable que el pago de dichos honorarios profesionales, que ascienden a la suma de 170.000 pesetas son a cargo del codemandado Don A. C. M., ya que este actuaba en nombre propio y vendía acciones que él y sus familiares eran titulares. Las otras partidas de la repetida minuta, cuyos importes se reclaman en esta litis, recaen: a) la partida tercera, por un importe de 80.000 pesetas (as. J. G.), sobre la intervención profesional del demandante en la quiebra de Don J. G. F., en la que se reconoció un crédito a favor de "T. B., S.A." de 1.934.997,82 pesetas (folios 91 y 144); b) la partida cuarta, por el mismo importe que la anterior, se refiere a la intervención letrada del actor en el juicio ejecutivo promovido por "T. O., S.A." contra "T. B., S.A." en el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Gerona, y en el que se formuló cuestión de competencia por inhibitoria (folios 105/107); c) complemento de este asunto es la última partida de la referida minuta, de 7.000 pesetas, por desembolsos por viaje a Gerona (posición 28ª de la confesión del Sr. G. M.); y c) la partida quinta (120.000 pesetas), por gestiones, estudio y redacción de documentos para el arrendamiento de industria y opción de compra a favor de "C. B., S.A." (folios 36/39) y documento entre "T. C.", que cesaba en la explotación de su negocio de fabricación ladrillera, y "C. B., S.A." (folios 40 y 41), en cuyos proyectos intervenía o estaba interesada, bien directa, bien indirectamente la codemandada, hoy apelada, "T. B., S.A."; desprendiéndose de ello que estas últimas partidas, las señaladas con los epígrafes a), b) y c), que suman un total de 287.000 pesetas, su pago correspondió a la compañía demandada; más la existencia en el folio 30 de los autos principales de un recibo de 360.000 pesetas de fecha 26 de Septiembre de 1979, a favor de "T. B., S.A." firmado y reconocido por el actor (posición 5ª), que tiene, respecto a dicha entidad pagadora, el carácter de finiquito en cuanto a la minuta acompañada a la demanda y obrante al folio 2, determina la inviabilidad de las pretensiones articuladas contra "T. B., S.A."; sin que ello lleve consigo el estimar que el pago de las expresadas 287.000 pesetas compete al otro codemandado por asunción de deuda, a virtud del convenio que se expresa celebrado en el recibo mencionado (folio 30) por el fir-

mante del mismo y el accionista Don A. C. M., pues la certeza de tal pacto no ha sido reconocida ni probada en este juicio (artículo 1214 del Código Civil) lo que determina la estimación parcial de la apelación formulada por el codemandado y la consiguiente disminución de la suma que dicho recurrente debe abonar al actor, al quedar reducida a 170.000 pesetas.

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

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Don A. C. M. y desestimando el formulado por adhesión por Don B. S. B., contra la sentencia de fecha veinte de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno dictada por la Juez de Primera Instancia de Mahón, encargada por prórroga de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución únicamente en cuanto declara en 458.357 pesetas la cantidad que Don A. C. M. adeuda a don B. S. B., ya que se fija dicha deuda y consiguiente condena en CIENTO SETENTA MIL pesetas, confirmando todos los demás pronunciamientos de dicho fallo. La expresada deuda de 170.000 pesetas devengará el interés legal desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy y desde esta fecha, el interés señalado en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

177

177. RESPONSABILIDAD POR CONSTRUCCION DEFECTUOSA. Imposible imputación concreta de los vicios denunciados: condena solidaria. Fundamento de la responsabilidad del promotor. Concepto de ruina. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el aquietamiento de los demandados al pronunciamiento judicial desestimatorio de las excepciones de falta de personalidad del actor y de prescripción de la acción reduce la temática que con carácter previo a la cuestión de fondo debe analizarse, a determinar si la relación jurídico-procesal se constituyó defectuosamente por no haber sido llamada al proceso Doña I. P. P. que, en el parecer de los codemandados invocantes de la excepción Don S. X. B., constructor, y Doña M. F. C., promotora, ostentaba ésta misma condición, y siendo que resulta acreditado por la certificación del Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares (folio 108) que la promotora de la construcción del edificio de la Comunidad actora fue la codemandada apelante Doña M. F. C., la conclusión no puede ser distinta a la mantenida en la sentencia impugnada que igualmente se confirmaría en tal pronunciamiento desestimatorio aún cuando la condición de promotora correspondiera tanto a la citada demandada como a la procesalmente ausente Doña I. P. P., dado que: 1º) Tal condición incluiría a ambas en la norma contenida en el artículo 1591 del Código Civil como si de constructores mismos se tratara, al modo indicado por

la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que en Sentencia de 11-10-1974 declara que si bien "es cierto que el término "promotor" no fue utilizado por el Código Civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista, y por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad" y en la Sentencia de 17 de octubre del mismo año 1974, que: "En supuestos tales aquel primitivo propietario del terreno, que construye indirectamente por medio de los múltiples gremios que coordina asume, en realidad la cualidad de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mentado precepto"; y 2º) La responsabilidad derivada del citado artículo 1591 ostenta carácter solidario (Sentencias del Tribunal Supremo de 17-mayo-1967, 18-noviembre-1975, 31-octubre-1979 y 29-marzo-1980) lo que "in re ipsa" excluye la aplicación del liticonsorcio pasivo.

CONSIDERANDO: Que el tema sustantivo —responsabilidad solidaria de los code mandados promotora, constructor, arquitecto y aparejador por causa de ruina en el edificio propiedad de la Comunidad actora— ha sido resuelto por la sentencia impugnada con argumentación precisa y correcta, por cuanto: A) Ha quedado acreditado en la litis mediante el informe pericial emitido conjuntamente por los Arquitectos Don R. P. P., Don J. M. F. C. y Don E. G. R. (folios 101 a 103) que el edificio de la Comunidad demandante, ahora apelada, tiene defectos consistentes en humedades interiores y de condensación en la pared medianera izquierda; grietas y humedades en los techos de las azoteas correspondientes a la planta 6ª-2ª y humedades en los antepechos de la ventana de la fachada principal; B) Que dichos defectos, considerados en sí mismos o como generadores de una inhabilitación de las viviendas, se hallan incluidos en el concepto de ruina del artículo 1591 del Código Civil pues debe entenderse en el amplio sentido de comprender no sólo la ruina que afecte a la subsistencia misma del edificio, en su solidez o estabilidad, o a la de sus elementos esenciales (Sentencias del Tribunal Supremo 19-2 y 20-5-1950) o sus elementos sustanciales (Sentencia del Tribunal Supremo 7-6-1966), sino también a los "graves defectos y la impropiedad de la obra para su destino" (La Sentencia del Tribunal Supremo de 15-2-1972, si bien con carácter de "obiter dictum", declaró, "... faltando pues la base necesaria para que en contra de ... pudiera ser aplicado el mentado artículo 1.591 del Código Civil, una vez que no se estimó probado que los efectos dañosos, filtraciones y goteras, aún admitiendo la amplitud del concepto de ruina, fueren debidos a vicios de la construcción"); C) Que la causa de los defectos mencionados radica, como resulta del informe técnico citado anteriormente, en el grueso de la pared medianera —no determinado en el proyecto realizado por el arquitecto demandado—; en la falta de aislamiento de dicha pared y en la imperfecta unión de la misma al forjado; en la falta de sellado hermético de la cristallera de la fachada principal y en la falta de pendientes adecuadas en la zona de azotea; D) Que a cada uno de los code mandados apelantes —arquitecto, aparejador y constructor— le son imputables alguna de las causas dichas, pues la precisa determinación del grueso de la pared medianera debió realizarse por el Arquitecto demandado; la imperfecta unión de la misma pared al forjado supone una deficiente ejecución de obra por el constructor a cuya responsabilidad no queda ajeno el aparejador por no cumplir adecuadamente su específica misión de controlar que la ejecución de la obra se realice de acuerdo con el proyecto, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del Arquitecto Director de las obras; y la falta de aislamiento en la pared mencionada y de pendientes adecuadas en las zonas de azotea son defectos que se imputan conjuntamente a los tres citados code mandados ante la inexistencia de elementos decisivos suficientes para individualizar la imputación (Arquitecto por defecto en el proyecto o constructor y aparejador por ejecución incorrecta y falta de control); y E) La responsabilidad de la code mandada Doña M. F. C. nace de su condición de promotora generadora de los efectos expuestos en el primer considerando de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior y al no poder establecerse la proporción determinada que a cada una de las causas citadas corresponde en los defectos producidos, aparece correctamente aplicada la condena solidaria en base a la doctrina jurisprudencial expresada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1961 que dice: "... sin que pueda determinarse la proporción en que dichos diversos elementos hayan influido en la realidad de la ruina ocasionada, debe apreciarse que dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad de origen legal de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1591..."

CONSIDERANDO: Que asumiendo la adecuada apreciación de la prueba obrante en el noveno considerando de la sentencia de instancia, y por las razones expuestas en las anteriores fundamentaciones de ésta, procede confirmar íntegramente la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que no existe motivo para hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don F. Q. F., Don S. X. B., Doña M. F. C. y Don M. R. C., contra la sentencia que con fecha veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y uno dictó la Señora Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de esta Ciudad, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

(Ponente: José Luís Calvo Cabello)

178

178. EJECUTIVO CAMBIARIO. Acción ejercitada por el endosario contra el aceptante. Oposición basada en no ser exigible la cantidad por mora del librador en el cumplimiento del contrato subyacente. Desestimación del motivo de nulidad. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la incomparecencia de la parte recurrente al acto de la vista, no obstante haber sido citada en legal forma, priva a esta Sala sentenciadora de la posibilidad de conocer los motivos de impugnación que movieron a los hoy apelantes a recurrir contra la bien fundada sentencia de remate dictada, lo que bastaría por sí para desestimar la apelación formulada; mas este Tribunal "ad quem", haciendo uso de las amplias facultades revisoras que le concede esta segunda instancia, estima procedente llevar a cabo un nuevo y amplio estudio y exámen de los autos, para subsanar cualquier error u omisión judicial que pudiera haberse producido, evitando con ello el grave perjuicio que podría irrogarse.

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva, dimanante de una letra de cambio protestada por falta de pago, promovida por el endosatario contra los aceptantes, estos oponen la causa de nulidad del juicio 2ª del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —por no ser exigible la deuda—, afirmando que el librador de la cambial ejecutada no ha entregado el edificio de nueva planta, construcción que determinó la emisión de la expresada letra de cambio, consumando con ello una demora superior al año.

CONSIDERANDO: Que tal causa de oposición, única formulada, no puede prosperar tanto por razones procesales como cambiarias y falta de prueba, a saber: A) El juicio ejecutivo, y el presente lo es, aparece como una reacción ante la lentitud del proceso ordinario y encuentra su fundamento en la idea de que toda obligación que conste con certeza, debe encontrar inmediato cumplimiento sin tener que pasar por la larga vía judicial ordinaria. El juicio ejecutivo patrio tiene sus precedentes en el "processus executivus" del derecho italiano, que era un proceso de formas simplificadas, destinado al ejercicio de la acción ejecutiva; el acreedor se dirigía al Juez, que dictaba contra el deudor un mandato de pago (mandatum de solvendo) previo examen del título presentado por el actor y de las defensas alegadas por el demandado; tal examen judicial era sumario, porque el demandado debía limitarse a atacar el hecho aducido por el actor o a contraponer hechos extintivos o impeditivos de la ejecución, y, además, porque la resolución dada en dicho proceso no vinculaba al Juez del juicio ordinario, que ulteriormente podría promoverse; de manera, pues, que dicho proceso tenía por fin, no declarar la existencia del crédito, sino solamente decidir si debía o no proceder a la ejecución. Consecuentemente con tal precedente, el llamado juicio ejecutivo es, en nuestro derecho positivo vigente, un procedimiento especial, expeditivo y con características propias (Sentencia de 20 de Marzo 1972), que en orden al área de aplicación del artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene declarado el Tribunal Supremo que "basta con considerar que el juicio ejecutivo y como tal sumario no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto de provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente" (Sentencia de 9 Febrero 1977); por lo que no puede acogerse en este juicio sumario, por no tener cabida en él, la oposición a la acción ejecutiva promovida en base al incumplimiento de un contrato por retraso en la entrega de un edificio de nueva construcción; pues la parcial invocación hecha por la parte ejecutada en su escrito de oposición, para postular la nulidad del juicio de "no ser exigible la cantidad" es, según el propio texto del artículo 1467 de la citada Ley Procesal Civil y por referencia expresa que hace el mismo precepto legal, al título ejecutivo y no al contrato subyacente que motivó la expedición de la letra de cambio que ahora se ejecuta; en ese sentido se pronunció esta Sala en reiteradas sentencias, siendo las más recientes las mismas 236 y 237 de 1981, ambas de fecha 16 de Diciembre. B) Desde un punto de vista cambiario, tampoco puede prosperar la oposición formulada en este juicio ya el Tribunal Supremo mantiene respecto a la letra de cambio, título y base con el acta de protesto, de la acción ejecutiva entablada, una posición ecléctica en cuanto a su naturaleza, ya que considera que la obligación cambiaria está ligada a la causa mientras se trate de relaciones entre los que negociaron la letra, pero las relaciones entre el deudor y el poseedor que no obtuvo de aquel la cambial, la obligación debe considerarse como obligación literal, que vale por lo que dice, o sea que en aquel supuesto se configura como negocio causal y en este, como negocio abstracto; si bien se ha introducido en esta última configuración jurídica, por razones de equidad y como sanción a la actuación dolosa, cuando el portador, al adquirir la letra haya procedido de mala fe y en perjuicio del deudor, aproximándose con ello al criterio que sustenta sobre el particular la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de Junio de 1930, en su artículo 17; y en el presente caso, al ser el endosatario quién ejercita la acción de regreso contra los aceptantes, sin que conste que haya actuado maliciosamente —el endosatario es una compañía financiera—, se configura la letra de cambio como negocio abstracto, lo que veda en esta litis, por su total inoperancia, todo lo pactado entre los aceptantes de la cambial y el librador de la misma; y C) por último, como la parte demandada no ha probado, como le correspondía —artículo 1214 del Código Civil— el contrato que alega concertado con el librador, ni ha propuesto prueba alguna sobre el aducido incumplimiento de dicho contrato por retraso en la entrega de la obra convenida, base de su oposición, es por lo que también por esta causa, como por lo fundamentado en los an-

teriors epígrafes A) y B), procede desestimar la causa de nulidad del juicio aducida por la parte ejecutada.

CONSIDERANDO: Que toda vez que la letra de cambio presentada con su protesto por falta de pago, tiene apremiada fuerza ejecutiva —nº 5 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, al tener el ejecutante justificada la legítima adquisición del título ejecutivo mencionado —el endoso se verificó con intervención de corredor de comercio colegiado— y derecho a exigir de los aceptantes el reembolso de dicha cambial con los gastos de protesto —artículo 516 del Código de Comercio—, al desestimarse por las razones antes expuestas la causa de oposición formulada y al proclamar el Código de Comercio en su artículo 526 que “Las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto”, por lo que procede confirmar la sentencia de remate dictada previa desestimación de la apelación interpuesta.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don B., Don P., Don G., Doña M. A. y Doña M. C. R. C., todos ellos representados por el Procurador Don M. B. P., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha dieciocho de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez ejerciente, en aquella data, 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. Llobet Alabau)

181

181. EJECUTIVO CAMBIARIO. Inexigibilidad de la deuda por no haberse otorgado escritura pública de determinado solar: desestimación del motivo de nulidad por nacer la letra ejecutada y la indicada obligación de convenciones distintas. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la misma causa de oposición que se formuló en primera instancia a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio protestada por falta de pago y promovida por el librador contra el aceptante, se reitera en esta alzada como motivo de recurso: la nulidad del juicio, por no ser exigible la cantidad reclamada (nº 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

CONSIDERANDO: Que el expresado motivo de apelación se basa en que no es exigible el importe de la letra de cambio ejecutada, ya que el ejecutante no ha cumplido su obligación recíproca —que tiene, según el apelante, carácter de contraprestación—, de otorgar escritura pública a favor del hoy recurrente o de la persona que este designe, de la parcela 13 bis de la Urbanización “M. C. D.”, sita en el término municipal de Santany. Tal

motivo de recurso no puede prosperar por las siguientes razones: A) Porque el origen de la letra de cambio ejecutada se halla en el convenio suscrito el 17 de Marzo de 1981, obrante al folio 51, por los hoy litigantes y una tercera persona, en el que todas ellas aceptaron y dieron firmeza al laudo arbitral, y estipularon, respecto al pronunciamiento contenido en la letra a) del punto Octavo de dicho laudo, la entrega en aquel acto por el Sr. L. (hoy apelante-ejecutado) de un millón de pesetas a "M. C. O., S.A." (ahora apelada-ejecutante) con un talón conformado, y para el pago de la deuda reducida de 1.500.000 pesetas, la aceptación por el Sr. L. a "M. C. O., S.A." de una letra de cambio por dicho importe, vencimiento al 17 de Junio de 1981, que es la de autos; sin que el referido laudo, que tiene valor de sentencia firme a tenor del artículo 31 de la Ley de 22 de Diciembre de 1953, ni el mencionado pacto de 17 de Marzo de 1981, limiten o condicionen tal letra de cambio a ninguna contraprestación del hoy ejecutante. B) Por cuanto si bien es cierto que la "exceptio non adimpleti contractus", que puede oponerse en el juicio ordinario cuando el actor no haya cumplido su prestación ni ha ofrecido realizarla, invocada por la parte apelante como fundamento de su recurso, es uno de los efectos característicos de las obligaciones bilaterales o recíprocas —los otros dos efectos son, la "compensatio mora" (regulada en el apartado último del artículo 1100 del Código Civil) y la acción resolutoria (artículo 1124 del mismo Código)—, tal "exceptio" no es de aplicación al caso debatido, no solo por razón procedimental sino por cuanto las obligaciones recíprocas tiene un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional, con el que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual (Sentencia de 3 de Diciembre de 1955), y no darse, como se desprende del anterior epígrafe, la necesaria correspondencia de origen, ni de interdependencia funcional entre la obligación de pagar la letra ejecutada y la aducida obligación de otorgar la expresada escritura pública. C) Porque las personas que pueden otorgar la supradicha escritura pública son los hermanos R. B., titulares registrales de la parcela reclamada, según reconoce el propio ejecutado-apelante en el acta de requerimiento que dirigió a dichos hermanos (folio 52/55), y D) por no ser de aplicación al presente, el criterio sustentado por esta Sala en su sentencia n.º 132 de 1980, de 17 de Septiembre —invocada por la parte apelante en el acto de la vista—, ya que en aquel juicio ejecutivo se estimó la excepción de falta de provisión de fondos, ya que el vendedor-ejecutante reclamaba el importe de una letra de cambio que se había girado como pago de parte del precio de la compraventa celebrada entre los litigantes, sin haber entregado antes al comprador-ejecutado la maquinaria vendida, como le correspondía haber hecho antes del vencimiento de dicha cambial, supuesto totalmente distinto al de autos.

CONSIDERANDO: Que toda vez que la letra de cambio presentada con su protesto por falta de pago, tiene aparejada fuerza ejecutiva —n.º 5 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, al tener el ejecutante derecho a exigir del aceptante el reembolso de dicha cambial con los gastos de protesto —artículo 516 del Código de Comercio—, al desestimarse por los fundamentos expuestos y por los aceptados de la resolución apelada, la causa de oposición formulada y al proclamar el Código de Comercio en su artículo 526 que "Las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto", es por lo que procede confirmar la sentencia de remate dictada, previa desestimación del recurso de apelación interpuesto.

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. L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha doce de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez ejerciente del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

182

182. RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO.

Venta de inmuebles e impago del precio: no obsta a la resolución ni la titulación posterior de la finca a favor del vendedor, ni el que no aparezca como titular registral, ni la falta de otorgamiento de escritura de la obra nueva. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para la resolución del recurso mencionado en primer lugar y en lo referente a la desestimación de lo suplicado en el escrito inicial de esta litis, es necesario concretar un hecho básico y trascendente a estos efectos: si la vivienda unifamiliar construida sobre la parcela n° 49, de la manzana 3ª de la Urbanización "C. A.", vendida por el demandado al actor, está en parte levantada sobre un camino público y en parte sobre un solar contiguo —la parcela n° 112 de la manzana de la misma Urbanización—, tesis que mantiene el actor, —o está toda ella construida en la parcela vendida— tesis del demandado; y como de las pruebas practicadas no se ha acreditado la certeza del aserto del actor, carga que le incumbía a tenor del artículo 1214 del Código Civil, ya que los planos por él aportados no han sido ratificados, incluso uno de ellos ha sido dictaminado de no correcto, ni las superficies que señalan dichos planos a las mencionadas dos parcelas son coincidentes, ni se ajustan, en lo referente a la extensión superficial de la parcela 49, a la que consta en la escritura pública de su adquisición por el hoy demandado-reconviniente, y el dictamen pericial practicado en autos (folio 100) informa expresamente y así aparece del plano que adjunta (folio 101), que la referida casa no está construida sobre paso público alguno, es por lo que, procede rechazar las pretensiones indemnizatorias que se postulan, por la construcción en parte de la mencionada vivienda unifamiliar, sobre terreno ajeno.

CONSIDERANDO: Que la pretensión revocatoria del fallo recaído, ejercitado por el actor y encaminada a que se condene al demandado a que otorgue la correspondiente escritura pública de venta a su favor o de la persona que él designe, por haber satisfecho la totalidad del precio pactado al haber consignado con la demanda inicial de este juicio, la parte pendiente de pago que ascendía, según él, a 4.221.239 pesetas, a tenor de lo convenido en la cláusula 5ª del contrato de compraventa celebrada, en documento privado, el 8 de Febrero de 1978 (folios 2 y 49), en la que el vendedor se comprometió a firmar los documentos necesarios para que la "Escritura de compraventa se otorgue al comprador... una vez que el precio total del presente contrato haya sido satisfecho", va en función, lógicamente, de si procede o no la resolución de dicha compraventa al haber ejercitado el vendedor, por vía reconvenzional, el pacto comisorio establecido en la cláusula 4ª de dicho contrato privado, lo que es materia propia de la impugnación de la sentencia por haber ésta estimado la reconvezión formulada.

CONSIDERANDO: Que al disponer la referida cláusula 4ª que "El incumplimiento por parte del COMPRADOR del pago dará opción al VENDEDOR entre rescindir el presente contrato conservando las cantidades recibidas hasta el momento del incumplimiento o exigir el cumplimiento ejecutivo del mismo", incorporó al negocio jurídico celebrado por los hoy litigantes, el pacto de la "lex commissoria" que determina que si el precio no viene pagado en el término comprendido, la venta se tiene por no concluida; más no se debe olvidar que en la compraventa, como contrato bilateral que es, se sobreentiende la llamada condición resolutoria tácita o pacto comisorio tácito (artículo 1124 del Código Civil), y ambos supuestos, —el pacto comisorio expreso y el tácito—, en cuanto recaen sobre bienes inmuebles —supuesto de autos—, son acogidos y regulados conjuntamente

en el artículo 1504 del citado Código, según el cual, acaecida la situación de incumplimiento por falta de pago del precio en el tiempo o plazos convenidos, la actuación resolutoria del vendedor no se produce de modo automático, sino que, conforme declara la jurisprudencia, su derecho queda en suspenso, la mora, limitada y el término, no expirado aún ("si dies venit, non coedit ad huc"), interin no se produzca el requerimiento judicial o notarial que el precepto señala, mas practicado tal acto fehaciente, desaparece para el comprador aquella última posibilidad de enervar su incumplimiento mediante el pago, y queda expedito al vendedor el camino para exigir la resolución del contrato, por aquel requerimiento, atendiendo su fin, que es obstar formalmente al pago hecho ya fuera del término convenido, ha de ser diferente y previo a la demanda, ya que constituye antecedente de la disolución del vínculo contractual, y tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla, y el dicho requerimiento se halla revestido de una formalidad tan rigurosa que en el litigio planteado después del previamente efectuado, se le prohíbe expresamente al Juez el ejercicio de la facultad excepcional de otorgar nuevo plazo al deudor para satisfacer su obligación incumplida, que le confiere el párrafo penúltimo del artículo 1124, en casos análogos de resolución del vínculo contractual (Sentencia de 30 de Diciembre 1955).

CONSIDERANDO: Que en el presente caso, la compraventa cuya resolución se declara en el fallo que ahora se impugna, recae sobre un bien inmueble —la parcela n° 49 de la manzana 3ª de la citada Urbanización—, se estipuló para el pago del precio aplazado las fechas de 1° de Junio de los años 1978, 1979 y 1980, sin que ninguno de estos pagos aplazados fuesen satisfechos a sus vencimientos —solo se entregaron 603.000 pesetas cuando se firmó el contrato y consta documentalmente que el 6 de Diciembre de 1979, el comprador fue requerido notarialmente por el vendedor "a que se allanase a resolver el contrato de compraventa de fecha 8 de Febrero de 1978, por falta de pago del precio en el tiempo convenido, ..." (folios 52 y 53), y como ya se expuso, el hoy actor consignó el precio pendiente de pago —4.221.239 pesetas— con la presentación de la demanda el día 10 de Octubre de 1980 (folio 35 vuelto), por lo que al darse los requisitos legales, procede la resolución del contrato de compraventa celebrado por los hoy litigantes, sin que puedan prosperar las alegaciones formuladas en contra y reiteradas en esta segunda instancia, a saber: a) que el vendedor-actor no podía acreditar que fuese propietario del solar n° 49 mencionado, b) que solamente se otorgó escritura pública de la repetida parcela n° 49 a favor del vendedor, el 4 de Diciembre de 1979, c) que el dominio del vendedor-demandado no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y d) que el vendedor-demandado no ha otorgado escritura pública de obra nueva del chalet "La Escala", que es la casa construida en la supradicha parcela; ya que resulta totalmente contradictorio el criterio y posición del actor, pues en su demanda reconoce expresamente a la contraparte el ser propietario del solar, acompañando el correspondiente documento privado de la compraventa celebrada y postulando que el demandado, con tal carácter de propietario, otorgue a su favor la escritura pública de venta de tal inmueble, y en la contestación a la reconvencción no le reconoce tal titularidad, por no ser titular registral, con olvido de que en nuestro derecho positivo, la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad, no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo, que la declaración de obra nueva es una formalidad escrituraria, y que la compraventa es un contrato consensual como se desprende de la frase "se obliga" del artículo 1445 del Código y de la declaración terminante del artículo 1450 del mismo Cuerpo legal, según el cual "la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubiesen convenido en la cosa objeto de contrato y en el precio, aunque la una ni el otro se hayan entregado", por lo que, a falta de un pacto en contrario —artículo 1255 del Código Civil— su efecto traslativo del dominio no está supeditado o condicionado al otorgamiento de escritura pública.

CONSIDERANDO: Que, al estar ajustada a derecho la declaración de resolución del contrato privado de compraventa celebrado por los hoy litigantes, contenida en el fallo impugnado, no cabe lógicamente la revocación de dicho fallo, encaminada a que se condene al vendedor a que otorgue a favor del comprador, o de la persona que este designe, escritura pública de venta, ya que el expresado negocio jurídico ha sido declarado resuelto judicialmente.

CONSIDERANDO: Que igual destino desestimatorio ha de recibir el recurso formulado por adhesión por el demandado-reconviniente, al impugnar el fallo dictado por no haber sido condenada la contraparte al pago de todas las costas causadas en primera instancia, pues la apreciación de temeridad y mala fe en la actuación de las partes litigantes —base de tal condena en este juicio declarativo— es de la exclusiva competencia del órgano sentenciador, amén que en todo caso existe una razón objetiva que impide la imposición de costas que se postula, la desestimación de la indemnización por incumplimiento contractual que, formulada por el reconviniente, fue rechazada, con total acierto, al no haberse acreditado perjuicios por tal incumplimiento.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos de la sentencia apelada, que se incorporan como parte integrante de esta, procede confirmar el fallo recurrido, previa desestimación de los recursos formulados.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. P. y el formulado por adhesión por Don M. H. P., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de cinco de Enero de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía, con reconvencción, de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

183

183. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Desplome de un edificio como consecuencia de obras en solar vecino: es aplicable el art. 1902 y no el 1909 del C.c. Culpa extracontractual y solidaria: doctrina del T.S. y desestimación de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario. Prescripción: inexistencia. La culpa extracontractual en la reciente doctrina del T.S. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la estimación en primera instancia de la excepción de deficiente integración del contradictorio y el contenido de la impugnación motivan que la temática de esta alzada se componga de las cuestiones siguientes: 1ª) Examinar si la relación jurídico-procesal ha sido constituida correctamente; 2ª) Determinar si la acción ejercitada ha prescrito; y 3ª) Analizar la cuestión de fondo.

CONSIDERANDO: Que para el análisis y resolución de las cuestiones preindicadas es preciso establecer que la responsabilidad indemnizatoria pretendida por los actores, ahora

apelantes, en cuanto tiene como supuesto de hecho el derrumbamiento de su edificio como consecuencia de la excavación que para la construcción de uno contiguo se había realizado, halla su adecuada fuente normativa en el artículo 1902 del Código Civil, sin ser de aplicación el artículo 1909 del mismo cuerpo legal pues pese a tener idéntica naturaleza extracontractual y ser una variante propia, sin embargo tiene un específico campo de operatividad distinto al de autos por no darse en éste el supuesto básico de repercusión dañosa de la ruina en edificación ajena, aún entendida esta en su más amplia y moderna interpretación, y así en paralelo sentido el Tribunal Supremo ha declarado en SS. de 29-3-66 y 10-mayo-82 que si el daño se produce en una finca a consecuencia de una nueva edificación contigua o de la realización de obras en la existente, es aplicable al artículo 1902 directamente.

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior, la ausencia en el proceso de la Entidad propietaria de la nueva construcción, arquitecto y aparejador de la misma, y constructor que, con anterioridad al demandado, intervino en el derrumbamiento del viejo edificio asentado sobre el solar en que se levantaría el nuevo, no vicia la relación jurídico-procesal dado que actualmente aparece consolidada la doctrina jurisprudencial expresiva de la solidaridad en los supuestos de acción extracontractual (SS. del Tribunal Supremo 20-mayo-1968, 20-2-1970 y 15-3-1978), por lo que procede estimar en este particular el recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que el plazo de un año a partir del momento en que los agraviados apelantes tuvieron conocimiento del derrumbamiento del edificio (artículo 1968, n.º 2, inciso 2 del Código Civil) no ha transcurrido en el supuesto litigioso, tanto porque producido el daño el 30 de octubre de 1979 (en idéntico momento los actores tuvieron conocimiento del mismo) la papeleta de conciliación previa se presentó ante el Juzgado de Distrito de Sóller el 29 de octubre de 1980, como porque al haberse producido la apertura de procedimiento penal, por los mismos hechos, en el Juzgado mencionado, el plazo indicado se computa a partir de la resolución que ponga término a dicha causa —27 noviembre de 1977— (SS. del Tribunal Supremo de 13-octubre-1965 y 26 de junio de 1969).

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión de fondo —responsabilidad extracontractual del constructor demandado— conviene precisar: A) que como tiene declarado el Tribunal Supremo en S. de 27 de mayo de 1982 “Que aún sin desconocer en la esfera de la culpa extracontractual, la evolución experimentada por el principio subjetivista en la doctrina y en la jurisprudencia hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, bien imponiéndola como contrapartida de la actividad provechosa pero generadora de riesgo para los demás, ubi emolumentum, ibi onus, ora acudiendo a la inversión a atenuación de la carga de la prueba o a la elevación de nivel del cuidado exigible, que ha permitido hablar de la regla del “agotamiento de la diligencia”, en modo alguno viene permitida la exclusión sin más —aún con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la presente realidad social y técnica— del básico principio de la responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo, según han recordado las SS. 14 Dic. 1976, y 27 Abr. 1981, lo que comporta la indeclinable necesidad de que el acto dañoso tenga que ser antijurídico, por vulnerar una norma, aún la más genérica alterum non laedere, protectora del bien lesionado, y culpable, esto es, imputable a negligencia (o dolo) del agente, por más que la diligencia obligada (que habrá de ser “irreprochable”, como dijera esta Sala) abarque, según doctrina legal repetida, no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir el daño”; y B) que como se deduce de la S. de 29-3-1966, el artículo 1591 del Código Civil es aplicable, por analogía, para deslindar las responsabilidades respectivas de arquitecto y constructor cuando el daño se produce en una finca como consecuencia de una nueva edificación contigua (supuesto en que es aplicable directamente el artículo 1902 del citado cuerpo legal).

CONSIDERANDO: Que examinado el material probatorio obrante en la litis y a los efectos de aplicar las normas legales y doctrina jurisprudencial antes expuestas, resulta que: 1) El Arquitecto y el Aparejador intervinientes en la nueva edificación, eran conscientes el 6 de marzo de 1979 —con anterioridad a que el constructor demandado iniciara la excavación en el solar donde aquella se proyectaba— del posible daño que el edificio de la par-

te actora pudiera sufrir, como se deduce del escrito obrante al folio 251, por el que solicitaban del Ayuntamiento de Sóller que por sus servicios técnicos se tomaran las medidas de inspección y seguridad, dada la posibilidad de producirse una ruina peligrosa causada por la repercusión del transcurso e inclemencias del tiempo sobre la antigüedad del edificio, agrietamientos y estructura de solidez dudosa; 2) El citado Arquitecto si bien ordena —así consta en el libro de órdenes y asistencias, folio 90— revocar con hormigón de cemento y gravilla las juntas de mampostería de la cimentación que ha quedado al descubierto en la primera crujía de la casa vecina y apuntalar los muros y bases de los muros y paredes de las casas medianeras, sin embargo no analiza adecuadamente la estructura del edificio que resultaría dañado —contestación a la pregunta 5ª del interrogatorio—, al objeto de modificar las órdenes dadas para la excavación o de acordar las medidas de seguridad más efectivas; 3) El constructor demandado cumplió las órdenes dadas por el Arquitecto Director, como resulta del Libro de Ordenes y Asistencias incorporado al procedimiento, y así viene a reconocerlo dicho técnico cuando en contestación a las preguntas 10 y 11 del interrogatorio correspondiente, manifiesta que el Sr. S. C. realizó su trabajo cumpliendo escrupulosamente las órdenes que le daba el mismo y el aparejador Sr. C. P., sujetándose, en igual forma, el Proyecto existente.

CONSIDERANDO: Que de lo anterior se deduce que el acto dañoso no es imputable a negligencia del demandado Sr. S. C. dado que observó irrefutablemente las órdenes emanadas de la Dirección técnica de la obra, siendo ésta quien incidió en responsabilidad dado que, aún acreditada la adopción de las medidas precautorias o cautelares exigibles, si el evento dañoso se produce hay que entender que "cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, resulta la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia" (SS. del Tribunal Supremo de 31-3-78 y 27-12-79), y así lo entendieron tanto el Arquitecto y el Aparejador como la Entidad propietaria de la obra pues con fecha 18 de noviembre de 1980 y en cumplimiento de la transacción realizada, abonaron al actor Don J. A. la suma de 3.375.000 ptas. y al actor Don R. F. la cantidad de 2.250.000 ptas., en igual proporción, (transacción y pago admitidos en la demanda instauradora de la litis).

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don R. F. C. y Don J. A. H. contra la sentencia que con fecha catorce de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno dictó la Señora Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su lugar dictamos la presente por la que desestimando las excepciones de litisconsorcio pasivo y prescripción de la acción debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por los recurrentes citados, absolviendo al demandado Don P. S. C. de los pedimentos en ella formulados, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

185. TERCERIA DE DOMINIO. Documento privado protocolizado antes del embargo por la Hacienda Pública: es título suficiente. Alegada simulación de tal documento y presupuestos en que se apoya. Estimación de la tercería. *Sentencia de 2 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la argumentación impugnativa tendente a lograr la revocación de la sentencia de instancia se estructura sobre la ineficacia de los títulos presentados por el tercerista para acreditar el dominio de los bienes muebles objeto de su acción, dado que —en opinión de la parte recurrente, A) Las compraventas que exteriorizan fueron fingidas en cuanto los intervinientes en las mismas se pusieron de acuerdo para crear una mera apariencia de contrato destinado a resguardar el objeto del mismo de la posterior acción ejecutiva de la Administración, pero sin voluntad de modificar la situación jurídica anterior; simulación absoluta que, demostrada, generaría la nulidad del contrato desapareciendo lo que no era sino apariencia; y B) El documento privado de compraventa no ha sido objeto de reconocimiento.

CONSIDERANDO: Que la última deficiencia señalada no puede estimarse como existente por cuanto la incorporación por el tercerista a la litis del documento privado obrante al folio 110, con la finalidad específica de fundamentar su pretensión, es manifestación inequívoca sobre su autenticidad, y el acto de su presentación por el vendedor Don P. C. C. para ser protocolizado es comportamiento de significación y eficacia paralelas al exigible reconocimiento.

CONSIDERANDO: Que los títulos presentados por el tercerista presentan las notas comunes siguientes: A) Sus fechas gozan de la autenticidad que a la escritura pública confiere el artículo 1218 del Código Civil, y al documento privado protocolizado el artículo 1227 del mismo Cuerpo Legal; B) Su eficacia respecto a terceros comienza con anterioridad al momento en que se produjo el embargo cuyo levantamiento se solicita (la escritura pública se otorga el 6 de junio de 1975, el documento privado se protocoliza el 3 de mayo de 1978, y el embargo se traba el 2 de abril de 1979); y C) Ambos contienen el concierto de dos voluntades —la de Don P. C. C., como vendedor, y la de Don P. C. M., como comprador— generador de la transmisión dominical de los bienes muebles a favor del tercerista, debiendo probarse por quien la afirma la divergencia entre dichas voluntades y las reales, pues en otro caso el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real (S. del Tribunal Supremo de 16-abril-1964).

CONSIDERANDO: Que la presunción de realidad y validez establecida en la fundamentación anterior pertenece al título de las “iuris tantum” y puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba del artículo 1215 del Código Civil, y siendo cierto que la simulación rara vez se puede demostrar por prueba directa, son la presunciones “hominis” el medio más adecuado para lograr la finalidad pretendida.

CONSIDERANDO: Que precisamente dicho medio probatorio es el indicado por la Administración recurrente para verificar su alegación, señalando como hechos básicos e indicios sobre los que mediante un enlace preciso y directo se establezca la simulación contractual como hecho demostrado, los siguientes: 1º) El tercerista tenía conocimiento, en el momento de las compraventas, de la deuda causa del embargo; 2º) Don P. C. C., vendedor en el documento privado de 15 de diciembre de 1976, no hace manifestación alguna

en orden a la titularidad de los bienes cuando estos son embargados, ni cuando acepta el cargo de Depositario; 3º) Paralela conducta sigue Don M. C. M., hermano del actor, cuando, como apoderado general de "P. I., S.A." y Administrador de la Comunidad de Propietarios del Edificio "A. P.", solicitó la confirmación de Don P. C. C. como depositario de los bienes embargados; y 4º) La protocolización del contrato privado de compraventa, obrante al folio 110, fue solicitada por el vendedor Don P. C. C., y no por el comprador, ahora tercerista.

CONSIDERANDO: Que en relación con tales hechos es necesario precisar: A) El silencio, prescindiendo de los supuestos en que la Ley o las partes cuidan de atribuir expresamente una significación positiva, es esencialmente inoperante; B) La simulación hubiere motivado, con mayor fuerza, a Don P. C. C. para que se manifestara congruentemente con la apariencia contractual creada; C) El conocimiento que el actor tenía de la deuda no conduce a un comportamiento ficticio pues, objetivamente, ni ha sido acreditado que los bienes después embargados fueran los únicos susceptibles de tal medida, ni restaba evidente la negativa del deudor al pago; y D) La protocolización es acto que puede interesar a cualquiera de los intervinientes en el documento objeto de la misma.

CONSIDERANDO: Que dichos indicios, debidamente sopesados carecen, individual y acumulativamente, de la capacidad indicativa necesaria para determinar con carácter irrefutable o para establecer con posibilidad seria, la conclusión de que las ventas fueran simuladas, por lo que y asumiendo íntegramente los razonamientos expuestos por el Juzgador a quo en el tercero de los considerando de la sentencia que dictó, procede la confirmación de esta resolución.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Señor Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Señora Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta instancia. Notifíquese esta resolución a la parte demandada rebelde en forma edictal si en el plazo de dos días no se solicitare la personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

186

186. CONGRUENCIA. Concepto, fundamento y manifestaciones de la misma. Es incongruente una sentencia que estima culpa contractual cuando se ha accionado por extracontractual. Doctrina del T.S. Prescripción: inicio del cómputo en supuesto de lesiones: doctrina del T.S.: interrupción por conciliación. Documentos no esenciales: presentación. *Sentencia de 4 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo, de la que son exponente preciso las sentencias de 26 de enero de 1945 y 22 de mayo de 1964, la que, siguiendo un criterio espiritualista que cada vez informa con mayor agudeza al derecho procesal, entiende que la calificación de las acciones no debe atender a la denominación que le dan las partes, sino que debe fundamentarse en las pretensiones que éstas formulaen, de tal modo que cuando la acción promovida en una demanda se halla perfectamente definida por su naturaleza y por la obligación que trata de exigir no puede, en modo alguno, ser encajada en normas distintas de las realmente aplicables, mucho más si con ello queda sustraída de las prescripciones legales, "pues las resoluciones de los Tribunales deben corresponder a la esencia de las peticiones y acciones producidas y no al nombre y forma de ellas cuando están en contradicción con aquéllas", exigiéndose, en consecuencia, la relación de congruencia que impone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el deber que tienen los Tribunales de ajustar su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos y a la acción que se hubiere ejercitado, sin que el juzgador pueda modificar uno y otros ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se habrían introducido cuestiones nuevas y podría quedar algún litigante sin la posibilidad de rebatir esos problemas con la indefensión que eso llevaría consigo (sentencia de 28 de febrero de 1972), no estando permitido dictar los fallos fundándose en derechos que no han sido objeto de alegación ni prueba y que, por tanto, no han podido ser discutidos por la parte adversa (sentencia de 21 de diciembre de 1900, 23 de junio de 1919, 23 de febrero de 1934 y 21 de abril de 1942), debiéndose respetar los hechos objeto del litigio y la causa petendi (sentencia de 7 de diciembre de 1963), no alterando la causa o razón de pedir (sentencias de 6 y 12 de junio de 1952 y 23 de abril de 1958) ni acoger acciones o excepciones que los contendientes no hayan querido someter a su decisión (sentencias de 13 de abril de 1955 y 19 de enero de 1957), pues el juzgador no tiene facultades para proceder de oficio estimando acciones o excepciones que los litigantes no han sometido a su jurisdicción, ya que si bien en algunos casos le está permitido dar conformación jurídica a los hechos que se someten a su juicio para aplicar a ellos la norma de Ley que considere pertinente, no le es lícito conformar tales hechos en una institución jurídica negada por ambas partes (sentencias de 24 de marzo de 1948 y 18 de diciembre de 1962), a lo que debe agregársele el que tal institución no haya sido expresamente alegada siempre que de ello dependa la eficacia o no del derecho ejercitado cuando media su posible ineficacia por razón de prescripción. En definitiva, que debe atenderse a la realidad del contenido de las demandas y acciones ejercitadas, debiéndose tomar en consideración la esencia de la petición y su causa (sentencias de 27 de septiembre de 1962 y 16 de junio de 1954), no siendo lícito el acogimiento de una institución o relación jurídica que en modo alguno ha sido ni siquiera insinuada por ninguno de los litigantes, so pena de quebrar la igualdad procesal que debe mediar entre ellos y sancionar sobre cuestiones no traídas al pleito.

CONSIDERANDO: Que es perfectamente aplicable al presente caso cuanto acaba de exponerse, puesto que, habiéndose deducido demanda en reclamación del pago de los gastos habidos por razón de lesiones y fundamentada dicha pretensión en supuesta culpa extracontractual del demandado, a cuyo fin se adujeron en el escrito de demanda los preceptos aplicables al caso controvertido, desprendiéndose de todo ese conjunto de alegaciones de hecho y derecho que el soporte de tal pretensión se encontraba en una hipótesis de responsabilidad aquiliana, sin mencionar ni hacer referencia para nada a la relación contractual de hospedaje que mediaba, al tiempo de producirse el accidente y las consiguientes lesiones, entre los contendientes, es patente que el objeto de la reclamación formulada tenía su fundamento exclusivamente en lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil y no en esa relación contractual, por lo que, habiéndose estimado para el Juez "a quo" aplicables las normas concernientes a la mencionada relación contractual, queda comprobada la falta de sujeción a las reglas de congruencia impuestas por el citado artículo 359 de la Ley procesal civil, pues no le era lícito acogerse a una institución jurídica que ni fue alegada por las partes, ni subyacía en el fondo de la reclamación, sino que muy al contrario fue por completo ignorada por el actor desde el instante que ni siquiera formuló petición alternativa para la hipótesis de denegación de su pretensión por razón de culpa extracontractual, siendo de destacar lo declarado en sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1980, según la cual "el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada

en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los artículos 1902 y 1903 citados no puede alterarla 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 sentencias de 26 de abril de 1966, 3 de noviembre del mismo año y 24 de junio de 1969, habiendo ésta 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 artículo 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 —sentencias de 21 de febrero de 1964 y 3 de noviembre de 1966—, y es que, como declaró esta Sala en sentencia de 10 de febrero de 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". En consecuencia, el no haber alegado esa relación contractual ni el que ésta sea el fundamento o causa petendi de la pretensión del demandante imposibilita el estudio de esta cuestión so pena de incurrir en incongruencia por extralimitación del tema litigioso, que, en el presente caso, debe quedar únicamente centrado en si existe o no responsabilidad extracontractual de parte del demandado.

CONSIDERANDO: Que, planteado el tema litigioso en tales términos, esto es, como una reclamación fundamentada exclusivamente en presunta responsabilidad extracontractual, no entrando por tanto en lo tocante a otras posibles responsabilidades derivadas de la relación contractual de hospedaje que existía entre los contendientes al tiempo de producirse el accidente origen de este pleito, y, habiéndose aducido por el demandado, ahora apelante, la excepción de prescripción de la acción ejercitada, en virtud del transcurso del plazo anual que prescribe el número segundo del artículo 1968 del Código Civil, debe examinarse antes que nada este problema, para posteriormente, si procede, entrar en el estudio de la cuestión de fondo. El apelante sostiene, reproduciendo lo alegado en primera instancia, que ha transcurrido en exceso dicho plazo si es que se cuenta desde su fecha de producción (el día 19 de octubre de 1979) hasta el día en que se celebró el acto de conciliación (día 8 de mayo de 1981), añadiendo que, por otra parte, no puede admitirse que tal conciliación produzca efectos interruptivos de la prescripción extintiva en tanto que la demanda se interpuso cuando habían transcurrido más de dos meses desde que aquella conciliación tuvo lugar (fue interpuesta el día 28 de julio de 1981), y ello en virtud de lo establecido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, y pese a la certeza de estas alegaciones, deben hacerse en ellas dos correcciones de importancia: 1ª) según reiteradísima doctrina jurisprudencial, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, la prescripción de las acciones debe computarse desde el día en que pudieron ejercitarse; y, en el presente caso, relativo a lesiones sufridas por el actor, el cómputo del plazo anual debe comenzar desde el instante en que éste sanó (sentencia de 19 de noviembre de 1981, en la que se mencionan las de 6 de febrero de 1942, 23 de octubre de 1943, 9 de junio de 1976, 9 de octubre de 1978, 9 de mayo y 17 septiembre de 1979, 18 de mayo y 3 de junio de 1981). Como quiera que no existe plena constancia de cuál fue el momento en que se alcanzó la sanidad, y habida cuenta de las manifestaciones del demandante, relativas a que alcanzó la curación el día 19 de febrero de 1980, pese a que en la misma documentación por él aportada existe constancia de que incluso con posterioridad, el día 14 de marzo de 1980, precisó de los servicios de un fisioterapeuta, se fija en dicha fecha (día 19 de febrero de 1980) el momento a partir del cual pudo el actor reclamar en forma el pago de los gastos habidos a consecuencia de esas lesiones; 2ª) aunque el acto de conciliación tuviese lugar el día 8 de mayo de 1981, debe estimarse que el efecto interruptivo de la prescripción por él producido comienza, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial que por conocida se hace ocioso mencionar, desde el mismo momento en que se presentó papeleta en demanda de celebración de dicho acto conciliatorio, esto es, el día dos de febrero de 1981. Así las cosas, parece que no ha transcurrido el plazo de prescripción anual de referencia. Sin embargo, deben hacerse las siguientes rectificaciones: a) como quiera que el artículo 479 de la Ley procesal citada dispone la ineficacia del efecto interruptivo del plazo de prescripción en los casos en que transcurran más de dos meses entre el acto de conciliación sin avenencia y la interposición de la demanda, es claro que,

habiéndose deducido la demanda cuando había transcurrido ese plazo (el día 28 de julio de 1981), no puede reputarse interrumpida la prescripción (artículo 1973 del Código Civil), sino que se entiende que el lapso de tiempo cuyo inicio se produce al alcanzarse la sanidad (día 19 de febrero de 1981) se extiende hasta que el juicio se inicia mediante la presentación de la demanda, en cuyo caso debe entenderse transcurrido el plazo de prescripción de referencia, procediendo a estimar la excepción; b) no desvirtúa esta apreciación el hecho de que el actor, o un mandatario suyo, remitiese una carta fechada el día 30 de septiembre de 1980, pues no cabe estimarla como paralizadora del transcurso del plazo prescriptivo al no poder ser reputada como un supuesto de reclamación extrajudicial. Bien es cierto que la aportación de esa carta al pleito no fue procesalmente incorrecta, pues, aún, cuando se hizo con posterioridad a la fase alegatoria, no puede operar en este caso la disposición del artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según conocida doctrina jurisprudencial según la cual son admisibles extemporáneamente aquellos documentos que no se refieren a la esencia o fundamento de la pretensión ejercitada, sino que se relacionan con cuestiones adjetivas o excepciones aducidas al contestar la demanda y que se presenta como cuestión nueva, ya que en caso contrario podría producirse una clara situación de indefensión. Pero, aún dando por válida la aportación de dicho documento, no se le puede otorgar fuerza alguna interruptiva de la prescripción so pena de permitir que cualquier documento, sin más, sin ningún tipo de adveración de reconocimiento, sin expresar quién haya sido su verdadero destinatario y sin reflejar con un mínimo de fehabencia la efectiva remisión a quien se dice dirigido, pueda producir el efecto de interrumpir el plazo de prescripción, pues es claro que tan sólo se ha aportado una fotocopia de la carta presuntamente enviada al demandado sin constancia de que así haya sido en realidad ni existe elemento alguno, por pequeño que sea, que quepa inducir la certeza y veracidad de su remisión, y, aunque la doctrina del Tribunal Supremo es, en material de prescripción, favorable a una interpretación restrictiva y espiritualista en lo concerniente a las causas de interrupción de los plazos de prescripción, señalándose, en sentencia de 16 de marzo de 1981, que "no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción que, como instituto no fundado en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo", no puede hacerse aplicación aquí de tal orientación a menos que se toque el extremo contrario y llegue a admitirse la posibilidad de interrumpir la prescripción con determinados medios o actuaciones que en modo alguno han sido justificados, ni siquiera mínimamente, denotando con ello una voluntad interruptiva o de paralización del plazo legal de prescripción. En consecuencia, y en vista de la ineficacia que debe darse al referido documento, no cabe entender interrumpida la prescripción alegada por el apelante, ya que no existe reclamación extrajudicial alguna ni consta voluntad expresa ni tácita de producir dicha interrupción; y, siendo así que ha transcurrido más de un año sin que se haya formulado reclamación judicial, procede, en virtud de lo dispuesto en el número segundo del artículo 1968 del Código Civil, estimar la excepción de prescripción de la acción para exigir responsabilidad por obligación derivada de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, no cabiendo entrar en el exámen de la cuestión que pudiera derivarse de la relación contractual de hospedaje existente entre los litigantes en virtud de la exigencia de congruencia que necesariamente ha de darse entre todo litigio y resolución judicial.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en la conducta de los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de costas causadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Don F. S. R., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en nueve de febrero del corriente año, debemos revocar y revocamos la sentencia referida, y, en consecuencia, estimando la excepción de prescripción extintiva deducida por Don F. S. R., debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por Don W. G., absolviendo a aquél de dicha demanda, sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

188

188. EJECUTIVO CAMBIARIO. Nulidad del juicio por iliquidez. Contrato de obra parcialmente cumplido por el ejecutante: análisis de la prueba y estimación de la oposición. *Sentencia de 6 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva dimanante de dos letras de cambio protestadas por falta de pago, promovida por el librador contra el aceptante, este opone la causa de nulidad del juicio 2ª del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser ilíquida la cantidad definitiva que adeuda y por cumplimiento defectuoso por la contraparte de los trabajos contratados.

CONSIDERANDO: Que bien conocida es la posición ecléctica que mantiene el Tribunal Supremo respecto a la letra de cambio, al considerar que la obligación cambiaria está ligada a la causa mientras se trata de relaciones entre los que negociaron la cambial, pero las relaciones entre el deudor y el poseedor que no obtuvo de aquel la letra de cambio, la obligación debe considerarse literal, que vale por lo que dice, y por tanto, cuando el propio librador ejercita la acción ejecutiva contra el aceptante (supuesto de autos), entiende el Tribunal Supremo que la letra de cambio es una negocio causal, y en los demás supuestos, un negocio abstracto. Consecuencia de esta consideración o calificación del negocio cambiario, es la cuestión de las excepciones que se pueden ejercitar. En efecto, si se considera la letra de cambio negocio abstracto, solamente se podrá interponer excepciones de derecho cambiario estricto; más si se configura como causal, entonces se pueden aducir las excepciones derivadas del negocio fundamental que ha motivado la creación de la letra de cambio.

CONSIDERANDO: Que, al postularse la nulidad del juicio en base del nº 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por iliquidez de la cantidad adeudada, y configurarse, por lo anteriormente expuesto, las letras de cambio ejecutadas como negocios causales —el librador es el que insta la ejecución contra el aceptante—, y concordes los hoy litigantes en que dichas cambiales se derivan de un contrato de obra por ajuste o precio alzado (artículo 1588 al 1600 del Código Civil), negocio jurídico que quedó plasmado en el presupuesto de obra, aceptado, de fecha 22 de Noviembre de 1980 obrante al folio 22 de los autos principales, queda circunscrita la cuestión a dilucidar en esta alzada, como lo fue en primera instancia, en concretar si es ilíquida o no la suma pendiente de pago de dicho contrato de obras, ya que no es oponible en este juicio especial, expeditivo, abreviado y con características propias (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1972), el cumplimiento defectuoso, irregular o parcial del contrato suyacente —“exceptio non rite adimpleti contractus”— como reiteradamente ha afirmado esta Sala (Sentencia de 27 de Febrero y 29 de Septiembre de 1979, 19 Enero y 3 Octubre de 1981).

CONSIDERANDO: Que como se expresa en el mencionado presupuesto de obra (folio 22), se reconoce en el escrito de contestación a la demanda de oposición (folio 43) y lo confiesa el propio ejecutante, hoy apelante, (posición 1ª), del importe total del presupuesto de obras realizadas en las tres viviendas del deudor, hay que descontar, “restar” se dice en el repetido documento, el de los marcos-zoquetes, elementos ya instalados por otro carpintero, y al confesar el acreedor, hoy recurrente, no haber practicado liquidación alguna con el deudor “con el fin de llegar a una cantidad exacta del importe de los trabajos por él efectuados en las viviendas” del ejecutado (posición 5ª), es por lo que se estima ilíquida la deuda existente entre los hoy litigantes y por ende la falta de provisión de fon-

dos por deuda de dichas dos cambiales (artículo 457 del Código de Comercio), con incumplimiento de la obligación de proveer de fondos al librado que impone el artículo 456 de este último Cuerpo legal mencionado, al librador; lo que hace inviable, al ostentar en este juicio las letras de cambio ejecutadas, el carácter de negocios causales, la aplicación del riguroso artículo 480 del mismo Código mercantil.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos de la sentencia apelada, procede su confirmación, previa desestimación del recurso interpuesto.

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. B. C., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diecinueve de Enero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

193

193. TESTAMENTO. Nulidad por falta de capacidad mental de la testadora: presunción de capacidad: doctrina del T.S. Arteriosclerosis senil: examen y valoración de las pruebas: validez del testamento. Nulidad por vicios del consentimiento: carga de la prueba que debe desvirtuar la presunción de que se contrató libremente. Cosa juzgada: requisitos: inexistencia. Donación: nulidad por vicios del consentimiento: caducidad de la acción. Y por inoficiosidad: no genera la nulidad sino la reducción. Derecho balear: aplicación subsidiaria del común. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la aquiescencia de los demandados, ahora apelados, al pronunciamiento estimatorio de los pedimentos contenidos en los apartados 1, 2, 3, 4, 6, 11 y 20 del suplico de la demanda, permite establecer como cuestiones esenciales de esta alzada —el resto son derivadas— las siguientes: 1) Si los testamentos otorgados por Doña J. A. C. S., madre de los litigantes, el 18 de agosto de 1970 y el 12 de junio de 1972, son nulos por incapacidad de la testadora o por vicios de su consentimiento; 2) Si doña J. A. C. S. ejerció la facultad de distribuidora que Doña C. S. B. le había concedido en su testamento de 14 de enero de 1928, de acuerdo con las pautas establecidas en esta disposición de última voluntad; 3) Si la donación realizada por Doña J. A. C. S. a favor de su hija, la demandada Doña M. H. C., el 18 de septiembre de 1972, es nula por incapacidad de la donante y por vicios de su consentimiento o por inoficiosidad de la liberalidad; y 4) Si

la demandada Doña M. H. C. dispuso ilegalmente, pues pertenecían a su madre, de determinadas cantidades de dinero.

CONSIDERANDO: Que la pretensión anulatoria por causa de incapacidad de la testadora aconseja precisar que: A) Lo sustancial para el acto testamentario es que en el momento de hacerlo se tenga la lucidez e integridad mental que de modo general tiene los hombres —la expresión “cabal” del artículo 663 del Código Civil es sinónima de “normal”—, es decir, que la pretensión anulatoria por incapacidad exige que la enfermedad motivadora exista en el momento de otorgar la disposición testamentaria (artículo 666 del Código Civil) y que sea objeto de prueba especial y concluyente por quien impugna el testamento, ya que la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido necesariamente incapacitada, sin que baste apoyar la incapacidad en indirectas conjeturas (SS. Tribunal Supremo 12 mayo 1862 y 26 mayo 1969); y B) Las afirmaciones del Notario autorizante sobre el particular que se analiza llevan consigo la presunción de la integridad mental así apreciada inicialmente —destruible, no obstante, en proceso— no sólo por hallarse amparadas en la fe pública, sino porque, además toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser (doctrina científica elevada a rango legislativo por el artículo 66 del Código Civil y confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en SS., entre otras de 23-3-1944 y 16-2-1945).

CONSIDERANDO: Que el medio probatorio básico, en el parecer de los actores, para verificar la certeza de la incapacidad de la testadora está constituido por el informe emitido por el médico Don B. M. quien ha operado intelectivamente sobre los siguientes datos: 1) La edad de la testadora; 2) El otorgamiento de tres testamentos en el período de tiempo comprendido entre los años 1968 y 1972; y 3) La declaración prestada por el médico Don S. B. V. (folio 633) quien manifiesta, esencialmente, que la testadora se encontraba en algunas ocasiones como desviada, teniendo un comportamiento genérico propio de una persona de edad con trastornos arterioescleróticos seniles.

CONSIDERANDO: Que el informe pericial preindicado contiene afirmaciones como: 1) La arteriosclerosis senil elimina la capacidad de libertad interna, si bien es posible que en momentos determinados pueda disponer de su libre albedrío; 2) Que posiblemente la testadora fue perdiendo, a través de los años, su capacidad para administrar sus bienes y persona; 3) que al parecer es muy probable que sobre los 76 ó 77 años tuviera manifestaciones clínicas que la incapacitaran; 4) Que no es normal que una persona a partir de los 75 años —fecha del primer testamento— y hasta los 79, testara dos veces e hiciera una donación; 5) Que del contenido de los testamentos se deduce una erosión cada vez mayor sobre el testamento primitivo que parece el más normal en relación con una madre que tiene seis hijos; y 6) Que el concepto de “desviada” utilizado por el Dr. B., unido al hecho de la arterioesclerosis, indica una manifestación de demencia que incapacita a la persona.

CONSIDERANDO: Que dicho medio probatorio carece de la fuerza verificadora, obsesivamente pretendida por los actores, por cuanto, analizado comparativamente, no resulta coincidente con los informes emitidos por los Doctores Don N. Ll. y Don F. D., quienes, con mayor prudencia, opinan que con los datos existentes (los mismos que manejó el Dr. M.) no están en situación de decidir sobre la capacidad o incapacidad de una persona; que sin una exploración metódica y contemporánea no se puede decidir si durante los últimos años de su vida estaba en plenitud de sus facultades mentales; que la arterioesclerosis por sí misma y en el grado normal que por su edad pudiera tener la testadora no es capaz de producir una incapacidad. Y analizado individualmente resulta que: A) La exposición teórica que subyace sobre la incapacidad generada por arterioesclerosis se reduce a niveles de probabilidad y posibilidad cuando se refiere al supuesto litigioso; B) La afirmación expuesta como 6° en el considerando anterior desconoce las variadas motivaciones que puedan decidir las modificaciones testamentarias, y C) Estimar equivalente el término “desviada”, por el hecho de ser referido a una persona senilmente arterioesclerótica, al de demencia incapacitadora de la misma persona, es opinión que, sobre ser arriesgada, ignora el resto de la declaración emitida por el autor del concepto interpretado y que reduce éste a niveles de discontinuidad.

CONSIDERANDO: Que la pretensión paralela, si bien por vicios de consentimiento—dolo, violencia o intimidación como resumen técnico-jurídico de las difusas alegaciones impugnativas— exige precisar que es interés social fundamental el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas generales de la carga probatoria, es tesis incontrovertida que el que invoca supuestos vicios de voluntad necesita probarlos debidamente, como un hecho impeditivo de los efectos jurídicos normalmente atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal.

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior, la pretensión que se analiza no puede prosperar, pues ni el hecho de la convivencia testadora hija demandada, ni la sucesiva modificación testamentaria, constituyen individual o acumulativamente indicios o hechos básicos sobre los que establecer la ilícita captación de voluntad que fluye como alegación básica en los escritos de los actores, dado que: A) No es lícito presumir que la convivencia citada esté motivada por deseos egoístas, concretamente económicos, y no sea consecuencia de un lógico cariño filial; B) La modificación testamentaria es conducta normativamente consagrada como intrínseca de tales actos de última voluntad.

CONSIDERANDO: Que por las razones anteriores y al no haberse acreditado la incapacidad de la testadora en el momento de emitir su voluntad testamentaria, ni la existencia de vicios en su consentimiento, procede confirmar el pronunciamiento desestimatorio impugnado, precisando que si bien aquellas operan indéticamente sobre el testamento otorgado el 18 de agosto de 1970 en cuanto expresión libremente emitida de una real voluntad testamentaria, sin embargo, la conclusión sobre su eficacia es distinta por la operatividad de la norma taxativa contenida en el artículo 739 del Código Civil, dado que dicho testamento quedó abrogado por el posterior de 1972 al no contener éste cláusula expresa confirmatoria del anterior, Ineficacia testamentaria que al conducir a un pronunciamiento judicial no pretendido y obviamente superfluo no es objeto de declaración integradora de las de primera instancia.

CONSIDERANDO: Que para el adecuado análisis de la excepción de cosa juzgada opuesta por los demandados conviene precisar que: 1) Como tiene declarado el Tribunal Supremo en SS., entre otras, de 23-11-1961, 4-Junio-1962 y 20-11-1964, "si la cosa juzgada no es más que la eficacia y autoridad que la Ley, como suprema exigencia del orden y de la seguridad que han de imperar en la vida social, reconoce a la sentencia que estima o desestima una pretensión, es lógico y obligado que, la Ley misma, se ocupe de fijar el "valor" de la cosa juzgada y ello en términos tan absolutos que, contra su verdad, solo se admite como eficaz, la sentencia ganada en juicio de revisión, conforme al párrafo 2º del artículo 1251 del Código Civil, y, asimismo, sus "límites", requiriendo para que pueda surtir efecto en otro juicio, que se den las tres identidades clásicas, en los elementos personal, real y causal, operantes en los dos procesos, lo que se consigna en el párrafo 1º del artículo 1252 del mismo cuerpo legal, con la significativa precisión de que, tal triple identidad, ha de ser perfecta..."; 2) Que en relación con las personas y la calidad en que intervinieron, la simple circunstancia accidental de que los litigantes ostenten distinta posición procesal en ambos pleitos, no significa que no exista la identidad de sujetos que requiere la Ley. (S. del Tribunal Supremo 26-mayo-1970); 3) Que la causa equivale, según reiterada jurisprudencia, a un fundamento o razón de pedir, siendo la acción mera modalidad procesal que es necesario ejercitar para que aquella tenga efectividad en juicio; 4) Que no desaparece la identidad básica de la presunción porque en el segundo juicio se haga un pedimento distinto no decidido en el primero (S. del Tribunal Supremo 14-4-69); y 5) Que no pueden los litigantes reproducir procesos terminados por sentencia firme, acudiendo al artificio de reservarse en el primer litigio parte de las razones o fundamentos que en aquel momento podrían haber utilizado, para esgrimirlos ulteriormente si la sentencia recaída les fuera adversa (SS. Tribunal Supremo 14-junio-1945 y 6-febrero-1965).

CONSIDERANDO: Que del análisis comparativo —instrumento metodológico necesario para apreciar la excepción antedicha— entre el pleito objeto de la resolución presente y el que se tramitó bajo el nº 460/74 en el extinguido Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palma de Mallorca y que terminó por sentencia de fecha 4-12-1975, confirmada por la que con fecha 14-junio-1976 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de la

ciudad mencionada, que a su vez fue objeto de recurso de casación desestimado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de octubre de 1977 (folios 789 al 845), resulta que: 1º) En los dos pleitos actúan en la situación procesal de demandantes don M., don J., don J. y don A. H. C., y en la de demandados doña M. y don J. H. C.; 2º) Que en ambos pleitos se pretende obtener una declaración judicial sobre si Doña J. A. C. S. ejerció su cargo de Distribuidora de acuerdo con las disposiciones obrantes en el testamento que recoge tal designación, —el otorgado por doña C. S. B. el 14 de enero de 1928— (apartados 17 —esencialmente— del suplico de la demanda instauradora de la presente litis, y apartado 4º y d) de la demanda principal y de la reconvenicional, respectivamente, del juicio declarativo de mayor cuantía nº 460/74); 3º) Que en uno y otro de los juicios la razón de ser de la pretensión actora, el fundamento de hecho que la legitima, es que la Distribuidora Doña J. A. C. S. adjudicó a su hija Doña M. H. C. la totalidad de los bienes dejados por Doña C. S. B., incumpliendo con ello las obligaciones por ésta impuestas; y 4º) Que el pronunciamiento estimatorio del citado apartado d) de la demanda reconvenicional formulada en el declarativo nº 460/74, fue confirmado por lo posterior sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial correspondiente sin que el recurso de casación interpuesto contra ella fuera estimado.

CONSIDERANDO: Que al resultar idéntica la pretensión procesal en sus elementos analizados, al estar en presencia de los mismos sujetos, la misma cosa litigiosa, como bien o derecho sobre el que se litiga, y la misma causa de pedir, debe operar la normal inmutabilidad del fallo a través de la estimación de la excepción de cosa juzgada.

CONSIDERANDO: Que la anulación de la donación efectuada por Doña J. A. C. S. a favor de su hija Doña M. H. C., el 18 de septiembre de 1972, argumentada en base a la incapacidad de la donante y a vicios de su consentimiento, no puede estimarse por cuanto: 1) Desde el fallecimiento de la donante —29 de diciembre de 1973— hasta la interposición de la demanda instauradora de la litis —17 de febrero de 1978— ha transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años establecido por el artículo 1301 del Código Civil; 2) Tal pretensión anulatoria es contradictoria con la conducta mantenida por los actores cuando mediante la demanda rectora de los autos nº 460/74 solicitaron la nulidad del cuaderno particional, pues, teniendo pleno conocimiento de la existencia de la donación, fundamentaron su petitum en un incorrecto ejercicio de la función de distribuidora encomendada a Doña J. A. C. S., aceptando, como se deduce del hecho decimotercero de dicha demanda, la liberalidad ahora impugnada y a cuya validez quedan vinculados; y 3) La incapacidad de la donante y los vicios de su consentimiento ha sido objeto de la misma ineficacia probatoria que la expuesta en los anteriores considerandos 4, 5, 6 y 7, relativos a la pretensión anulatoria de las disposiciones testamentarias.

CONSIDERANDO: Que la declaración de nulidad de la donación por causa de inoficiosidad debe ser radicalmente desestimada por las razones siguientes: 1ª) La inoficiosidad de la donación no genera la anulación de la misma, sino a tenor de la norma contenida en el artículo 654 del Código Civil, la reducción de su exceso que se realizará a tenor de la normativa que contienen los artículos 820 y 821 del mismo Cuerpo legal, sin que frente a ello sea argumento válido que en el Derecho Balear la legítima abarque exclusivamente el caudal hereditario, pues tanto porque en el Derecho Romano, precedente del Balear y como consecuencia de la "querella inoficiosi donationis" éstas podían reducirse, siendo indispensable la computación y la imputación a la porción legítima o a la libre, para determinar, precisamente, su oficiosidad, como porque la falta de expresa exclusión de la computación de las liberalidades en la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares conduce a la aplicación de la normativa común citada; y 2) Los actores no han probado que al tiempo del fallecimiento de la causante —momento en que deben valorarse los bienes a efectos de la inoficiosidad de las liberalidades— quedaron perjudicados los legitimarios, ni analizados los valores actuales que los peritos asignan a los bienes se obtiene conclusión distinta tanto si se consideran los máximos correspondientes al inmueble donado y al resto de los bienes hereditarios, como si se efectúa la confrontación sobre la base de los mínimos.

CONSIDERANDO: Que la última de las cuestiones planteadas se desestima por las

mismas argumentaciones expuestas en el penúltimo considerando de la sentencia impugnada, prescindiendo de cualquier otra que sería mera reiteración.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias, desestimando en este punto la adhesión a la apelación de la parte apelada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don M., Don J., Don J. y Don A. H. C. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el quince de octubre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, y el adhesivamente formulado por la demandada apelada, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta instancia. Notifíquese este resolución al demandado rebelde en forma edictal si en el plazo de dos días no se solicitare la personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

194

194. CONCURSO DE ACREEDORES. Incidente sobre improcedencia del procedimiento y subsiguiente declaración de quiebra. Planteamiento del mismo con anterioridad a los momentos a que se refiere el art. 1171 de la LEC: no implica caducidad pues, dice así la Sentencia, la misma se refiere “al planteamiento de la oposición una vez hayan transcurrido los tres días siguientes a las citaciones dichas”. **ACTOS PROPIOS.** No constituye conducta vinculante la actuación del actor incidental en la posterior junta para nombramiento de Síndicos. Condición de comerciante del quebrado: improcedencia del juicio de concurso. Declaración teniendo por instada la quiebra al efecto de que el concursado (quebrado ya) tenga oportunidad de hacer oposición. *Sentencia de 11 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la pretensión de la Entidad bancaria promovente del incidente previsto en el artículo 1711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —desestimada en primera instancia y articulada nuevamente por vía impugnativa— en unión de las defensas que frente a la misma opuso el ahora apelado en aquella instancia y en ésta (al amparo de ser cuestiones de orden público), motivan que los temas de análisis necesario sean los siguientes: 1) Admisibilidad a trámite de la oposición del acreedor Banco X., S.A. a la declaración de concurso, pues, en el parecer del apelado, debió resolverse negativamente por incumplimiento del plazo del artículo 1711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2) Defectuosa integración de la relación jurídico-procesal constituida por la citada oposición, pues en opinión del deudor, no fueron llamados al incidente los restantes acreedores parti-

cipantes en el concurso que se tramita; y 3) Análisis de la cuestión de fondo que formada por una doble temática: Si Don C. A. A. es o no es comerciante, y si, caso de serlo, procede efectuarse la declaración de quiebra, va precedida del estudio de los efectos que la conducta mantenida por el Banco X., S.A. en el procedimiento concursal, puede producir en la pretensión principal.

CONSIDERANDO: Que la cuestión primera debe resolverse contrariamente a lo pretendido por el deudor apelado, dado que la conducta del promovente al ejercitar el derecho de oposición previsto en el artículo 1170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en momento anterior al de citación personal o edictal, no genera la inadmisión del mismo, pues la prudencia establecida por la norma contenida en el artículo 1171 del mismo Cuerpo legal se refiere, por esencia institucional y normativa legal —párrafo 2º del mencionado artículo 1171— al planteamiento de la oposición una vez hayan transcurrido los tres días siguientes a las citaciones dichas.

CONSIDERANDO: Que la segunda cuestión se resuelve, igualmente, en sentido contrario al pretendido por el apelado, pues basada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo en el fundamento de principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído previamente, es obvio que la transformación del procedimiento iniciado en el establecido por la Ley para las quiebras mercantiles no supone para los acreedores quebrantamiento del principio mencionado ni incide en sus esferas jurídico-patrimoniales dado que sus derechos crediticios quedan igualmente protegidos por la entrega del producto de la liquidación del patrimonio del deudor que es nota común a las dos figuras de ejecución general.

CONSIDERANDO: Que la teoría de los actos propios, cualquiera que sea la fundamentación en que se apoye y la valoración que se le conceda, está construida sobre la relación existente entre una actuación determinada y una pretensión concreta, debiendo ser aquella por elemental lógica, anterior a ésta para que pueda generar su eficacia vinculante y crear la contradicción de la pretensión. Requisito temporal que, por sí sólo, impide la aplicación de la teoría mencionada a la actuación que la Entidad Bancaria tuvo en el procedimiento concursal dado que la Junta de Acreedores para el nombramiento de síndicos se celebró en el mes de noviembre de 1981 y el incidente de oposición a la declaración de concurso se promovió en el mes de octubre del mismo año.

CONSIDERANDO: Que para la resolución del primer aspecto de la cuestión de fondo —si el deudor es o no es comerciante— es preciso establecer las premisas que siguen: 1) que la condición de comerciante en nuestro sistema se basa en la nota de habitualidad requerida por el artículo 1-1º del Código de Comercio. Nota de habitualidad que no se acredita exclusivamente por la vía contemplada en el artículo 3 del Cuerpo legal referido, hasta el punto de haber sido equiparada a la de profesionalidad; 2) que este ejercicio continuado, profesionalizado, determina la condición de comerciante sin el aditamento de formalidad alguna; 3) que como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 8 de febrero de 1982 “resulta básico en trance acreditativo de esta situación de “comerciante de hecho” o no matriculado, parificable en lo adverso a la de comerciante inscrito conforme al artículo 18 del Código de Comercio, la propia forma de conducirse en sus relaciones jurídicas el deudor, y su reiterada autoproclamación de la condición de comerciante o industrial, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en su Sentencia 115/979, de 25 de junio...”; y 4) que ejercer el comercio en nombre propio quiere decir adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio bien directamente, bien a través de simples personas o sociedades interpuestas, pues en ambos casos resultará, en sentido jurídico, ser dueño del negocio con los efectos antedichos.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de las premisas anteriores al supuesto litigioso es conclusión que resulta de la observación de los actos realizados por el deudor y que a continuación se exponen: 1) Una reiterada autoproclamación de la condición de comerciante —en el poder que acompañó al escrito de solicitud de concurso de acreedores (folio 85); en seis pólizas de afianzamiento mercantil con garantía personal (folios 15, 16, 17, 18, 19 y 20); en las declaraciones sobre el impuesto de la renta correspondiente a los ejercicios de 1978 y 1979 (folios 360 y siguientes); en la constitución de las sociedades “C. A.,

S.A." (folio 413), "C. A., S.A." (folio 435), "X., S.A." (folio 442), "I., S.A." (folio 418), así como en varias actuaciones realizadas en el ejercicio de su condición de Administrador único o Director Gerente de tales sociedades; 2) Funda con su esposa y su padre la sociedad "Curtidos A., S.A." destinada al ejercicio del comercio y de la industria de pieles y curtidos en general, a la que transmite su anterior negocio de comercio de pieles y artículos para el calzado instalado en Ciudadela, con la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, y de la que es designado Administrador único (folio 437 vuelto); 3) Formaliza con Banco Central seis pólizas de afianzamiento mercantil por las que garantiza personalmente y en solidaridad con "Curtidos A., S.A.", con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden, división y cualquier otro que pudiera corresponderle, las operaciones que dicha sociedad haya realizado o realice con la citada entidad bancaria; 4) Constituye hipoteca unilateral de cuatro fincas urbanas de su propiedad para garantizar los riesgos que el descuento realizado por el Banco "X." del papel comercial de "Curtidos A., S.A." pueda ocasionar a éste; 5) Funda con su esposa y Don B. F. S. la sociedad "C. A., S.A." de la que es nombrado Administrador único; 6) la Sociedad "Xe., S.A." junto con Don A. y Doña M. M. P. Z. (apellidos coincidentes con los de su esposa), siendo nombrado igualmente Administrador único; 7) Constituye con su padre y otros socios la compañía "I., S.L." de la es nombrado Director Gerente y 8) Acepta poderes para administrar y regir los negocios de la Sociedad "M., S.A." que había sido fundada recientemente por su esposa y Don J. F. R. y esposa.

CONSIDERANDO: Que lo anteriormente expuesto conduce necesariamente a resolver la primera de las cuestiones sustantiva en el sentido de que el deudor Don C. A. A. es comerciante, por lo que resulta improcedente la declaración de concurso impugnada.

CONSIDERANDO: Que la resolución en esta instancia de la segunda cuestión de fondo —procedencia de la declaración de quiebra— queda obstaculizada por la existencia del derecho impugnativo que frente a la declaración judicial de la quiebra puede ejercitar el comerciante deudor en virtud de la normativa contenida en los artículos 1326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues caso de procederse por esta Sala a la declaración de quiebra solicitada por la vía del artículo 1170 del citado texto legal quedaría vedado al quebrado el derecho de oposición mencionado y eliminada la posibilidad de acceder a una segunda instancia en la que se efectuase pronunciamiento sobre la misma cuestión litigiosa.

CONSIDERANDO: Que con la finalidad de aunar las exigencias concurrentes —improcedencia del concurso por la cualidad de comerciante del deudor, solicitud de quiebra por acreedor legitimado y posibilidad de ejercer el deudor su derecho de oposición— procede estimar la pretensión impugnativa en el particular relativo a dejar sin efecto la declaración de concurso de Don C. A. A. pues la condición de comerciante de este deudor así lo exige, y restringir la estimación del particular referente a la declaración formal de quiebra al ámbito de tenerla por instada, para que por el Juzgado de Instancia y sobre tal petición que constituye el supuesto de hecho del artículo 1323 en relación con el artículo 1325, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se continúe la tramitación correspondiente al juicio universal de quiebra.

CONSIDERANDO: Que no procede efectuar declaración sobre las costas de ninguna de las dos instancias.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Banco X., S.A. contra la sentencia dictada por el Señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y dos, en el incidente de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando parcialmente la demanda incidental interpuesta por Banco X., S.A. debemos declarar y declaramos: 1º) Quede sin efecto la declaración de concurso de Don C. A. A. efectuada en los autos principales de que este incidente trae causa, por ostentar dicho deudor la cualidad de comerciante; 2º) Se tiene por instada la declaración de quiebra del citado deudor, que se tramitará, y resolverá, en su caso, por el Juzgado de Primera Instancia de Mahón a

tenor de la normativa legal correspondiente al juicio universal de quiebra. No procede efectuar declaración especial sobre el pago de las costas de ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

195

195. EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de provisión de fondos oponible como excepción o motivo de nulidad pero sólo cuando el ejecutante sea verdadero tercero sin intervención en el subyacente. Alegación de contrato irregularmente cumplido: improcedencia de la excepción: doctrina del T.S. *Sentencia de 13 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que pese a la obvia naturaleza sumaria y de cognición judicial limitada que el llamado juicio ejecutivo ostenta en nuestro sistema procesal, manifestada en la limitación de motivos de oposición distintos a los expresamente regulados en la ley procesal (arts. 1464, 1465 y 1467 de LE Civ.), en la estructura tasada del contenido posible del fallo (Art. 1473 de la misma) y en la no producción en principio de los efectos de cosa juzgada de la decisión (Art. 1479 de dicha Ley), una nutrida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de la que pueden ser exponente entre las recientes las SS. de 18 de diciembre de 1966, 17 de enero de 1970, 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1976, 4 de octubre de 1978, 9 de julio de 1980 y 7 de julio de 1981, viene constantemente proclamando, por aceptación de la llamada doctrinalmente teoría ecléctica, en sede hermenéutica del art. 480 del CCom., que la obligación cambiaria sólo se independiza de la causa y es, por tanto, abstracta respecto a las personas no ligadas al deudor por el contrato causal, es decir, que la abstracción se manifiesta sólo respecto a las relaciones entre aceptantes y terceras personas, pudiendo contrariamente oponerse la falta de provisión de fondos —ya como motivo de nulidad o bien como excepción propia del juicio basado en cambiales— cuando la relación se desenvuelve procesalmente entre los mismos intervinientes en el contrato subyacente o causal o, en su caso, de los terceros que sólo formalmente, y “*animus nocendi*”, ingresan en el circuito cambiario pero al único efecto de conseguir, a través de esta interposición ficticia, una protección jurisdiccional más eficaz al eliminarse y casi obturarse radicalmente las posibilidades defensivas del deudor cambiario; doctrina invocada por el demandado hoy apelado como único frente defensivo contra la pretensión ejecutiva del actor en base a entender —obviamente en su parcial e interesado sentir— que no existe provisión de fondos/crédito al modo contemplado en el art. 457 del CCom. porque faltaba la obtención de los permisos y licencias administrativos necesarios, lo que motivó el requerimiento notarial de 11 de junio de 1981 (Folios 25 y 26), en el que el ejecutado hoy apelado, tras requerir al ahora ejecutante “para que proceda a la presentación de los permisos y licencias necesarias”, le notificó, por el mismo fehaciente conducto, de que “para el supuesto de que no los tuviera, *la requirente se reserva el ejercicio de cuantas acciones le competan contra el requerido*”.

CONSIDERANDO: Que esta doctrina general de oponibilidad de la relación causal/subyacente ha de ser necesariamente limitada, ya que de lo contrario se esterilizaría en forma radical la finalidad sumaria del proceso ejecutivo, y consciente de tal necesidad, la básica

S. del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1977 (tantas veces citada por esta misma Sala) ha declarado que "basta con considerar que el juicio ejecutivo y como tal sumario, no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente"; y ello indicado, lo cierto es que la estructura de la oposición no halla ciertamente cobijo (cual intresadamente pretendió la recurrente en su exposición "in voce" en el acto de la vista de esta alzada) en la posición sostenida en forma reiterada por esta misma Sala (SS., entre varias, de 27 de febrero y 29 de septiembre de 1979 y 19 de enero de 1981) en orden a radiar del ámbito o área de eficaz oposición en sede de falta de provisión de fondos aquellas alegaciones defensivas inspiradas en la llamada excepción de incumplimiento irregular o defectuoso ("exceptio non rite adimplet contractus"), por cuanto tal excepción tan ampliamente analizada en su contenido y efectos por la fundamentata S. del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1976 (ratificada por otras posteriores que por conocidas relevan de su fácil cita) se centra en una posibilidad de aminoración o reducción del contenido cuantitativo de la propia prestación correspondiente o "actio quanti minoris", pero no ha de resultar invocable en aquellos supuestos en que el cumplimiento no sólo se denuncia como irregular o defectuoso, sino como afectante a la esencia misma del sinalagma funcional propio de las relaciones contractuales bilaterales cual las derivadas del contrato de venta, que si en la esfera del proceso plenario tienen por fundamento, como enseña la S. de 4 de mayo de 1979, que "rompe el equilibrio característico y el sinalagma funcional de un contrato cuyas prestaciones han sido contempladas por los contratantes con total reciprocidad y por consiguiente

vienen ligadas entre sí por una relación de interdependencia", en el área o ámbito del juicio sumario ejecutivo no puede ser eficazmente esgrimido fuera de los casos de incumplimiento real y efectivo y no en supuestos como el presente en que lo que se denuncia sólo podría tener virtualidad a través de la correspondiente acción resolutoria del contrato, obviamente ajena a este estrecho marco ritual, como por lo demás ya la misma parte hoy apelante era consciente cual se deduce del contenido del requerimiento notarial antes citado, en el que se reservaba el ejercicio de las acciones que pudieran corresponderle por lo que sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas procede desestimar el motivo de nulidad opuesto por la ejecutada y, con revocación del fallo apelado, dictar el fallo prevenido en el número 1º del artículo 1.473 de la LECiv.

CONSIDERANDO: Que ello determina la procedencia de condenar a la ejecutada al pago de las costas de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1474 de la misma Ley procesal; sin que sea de hacer especial declaración sobre costas de esta alzada al ser estimado el recurso.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante D. M. C. 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 ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos desestimar y desestimamos el motivo de nulidad invocado por la ejecutada Doña . M. C. y debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada contra la misma hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y, caso necesario, los demás de su propiedad, para con su producto hacer enteroy cumplido pago a la ejecutante de las sumas de ciento cincuenta y nueve mil quinientas pesetas de principal y setecientos sesenta y cuatro pesetas de gastos de protesto: cantidades que devengarán el interés legal desde la fecha del protesto hasta la de esta resolución y el 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 a su pago al ejecutado, así como, por ministerio de la ley, al de las costas de primera instancia y sin hacer especial declaración sobre las de este recurso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

198

198. RECLAMACION DE CANTIDAD. Relaciones mercantiles que se infieren de la remesa de mercancías al demandado y de su aceptación por éste. *Sentencia de 13 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el aquietamiento de la parte actora ante el pronunciamiento absolutorio de don E. B. S., codemandado en situación procesal de rebeldía, y la impugnación interpuesta por el codemandado Don V. L. LL., centran el tema de esta alzada en determinar si éste litigante resultó correctamente condenado a satisfacer al actor la suma de 324.690 pesetas.

CONSIDERANDO: Que la omisión de acto de conciliación en relación con el demandado Don E. B. S. —omisión expuesta en primera instancia y reiterada por el apelante en este grado jurisdiccional— no causa declaración de nulidad, por cuanto de lo actuado se deduce una situación de ausencia con residencia desconocida prevista en el n° 5 del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como excepción a la obligación de celebrar aquél.

CONSIDERANDO: Que para la adecuada resolución del tema enunciado inicialmente es preciso fijar los hechos que, en relación con el apelante, han quedado acreditados como ciertos en el proceso: 1°) Que las mercancías cuyo precio se reclama eran remitidas a su propio nombre; 2°) Que recibía, sin formular manifestación contraria, los géneros mencionados; 3°) Que pagaba el importe de los portes correspondientes a la citada remisión.

CONSIDERANDO: Que los hechos preindicados forman el núcleo generador de la obligación de pago pronunciada por la sentencia de primera instancia cuya confirmación procede por cuanto: A) La remisión de géneros a nombre del demandado apelante es hecho básico/indicio del que se deduce, por vía directa, la existencia de propias peticiones previas, pues de ser cierta la inexistencia de relaciones comerciales entre los litigantes —fundamento de la defensa del demandado— el actor no habría conocido dato alguno para formalizar los envíos, ni éstos tendrían razón de ser; B) Dicha presunción queda reforzada por las que, con certidumbre menos vigorosa, se establecerían sobre los hechos de aceptar las mercancías sin manifestarse en contra y de pagar el importe de sus portes; y C) De cualquier forma, y si a efectos argumentativos se estimara como ciertas las alegaciones impugnativas, el resultado no sería distinto al expuesto, dado que el demandado apelante aparecería como mandatario que actúa en nombre propio, sin que en sus contactos con el actor figure el nombre de su mandante por lo que, y al no ser notoriamente asuntos propios de éste, resultaría obligado directamente en favor de la persona con quien contrató, como si el asunto fuera personal suyo, a tenor de la norma contenida en el artículo 1717 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de la normativa contenida en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al apelante las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don V. L. LL. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confir-

mar y confirmamos dicha resolución, imponiendo al apelante las costas de esta segunda instancia. Notifíquese esta resolución en forma edictal al demandado rebelde si en el plazo de tres días no se solicitare la notificación personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

199

199. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. No la supone la cláusula preliminar de arbitraje prevista en el contrato "por no haberse formalizado voluntariamente". Fianza en contrato de arrendamiento urbano cuya devolución se interesa en reconVENCIÓN: procede la compensación hasta la cantidad concurrente demandada por el actor principal. *Sentencia de 14 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la actora principal, ahora apelada, a la demanda reconVENCIONAL interpuesta por la demandada, ahora recurrente, procede ser desestimada, como hizo el juzgador a que, si bien no por su fundamentación —pues el contenido de la cláusula cuarta del convenio celebrado el 18 de junio de 1980 no permite diferenciar los problemas interpretativos de los litigiosos que la ejecución de aquél pueda generar— sino porque el contrato preliminar de arbitraje contenido en dicha cláusula, al no haberse formalizado voluntariamente ni haberse usado el derecho concedido normativamente para su formalización judicial, no puede ser invocado como causa de la excepción analizada.

CONSIDERANDO: Que la respuesta procesal de la demandada, articulada como defensa en cuanto estima haber satisfecho en exceso las rentas que forman el objeto de la pretensión actora, y como reconVENCIÓN en cuanto pretende que dicho exceso en unión de la fianza arrendaticia forman un crédito a su favor que debe ser satisfecho, exige analizar las cuestiones siguientes: 1^a) Si las 200.000 ptas. que la demandada entregó a la actora el 18 de junio de 1980 constituyen pago anticipado de las rentas que se producirían durante la vida del contrato de arrendamiento; y 2^a) Si la fianza arrendaticia que en cuantía de 80.000 ptas. constituyó la demanda supone, en la actualidad y por resolución del contrato que la motivó, un crédito a su favor.

CONSIDERANDO: Que la primera de las cuestiones no puede resolverse en el sentido propugnado por la recurrente, por cuanto ni existe elemento probatorio alguno en el contradictorio que se resuelve que permita calificar el pago de 200.000 ptas. como pago a cuenta de rentas futuras —antes al contrario, del documento obrante al folio 59 se deduce que dicha entrega dineraria fué cumplimiento parcial de la obligación de pago en el mismo contraída—, ni a dicho pago cabe otorgarle la eficacia extintiva que tendría por vía compensatoria, pues ello supone la nulidad íntegra del contrato que lo motivó y ésta, por recaer sobre una negociación creadora de una apariencia contractual cuya validez pretende la actora al contestar a la oposición de la demandada, no puede asentarse sobre la simple alegación de parte sino que exige una declaración judicial que resulta inexistente con

anterioridad al pleito presente, carece de solicitud en éste y caso de haberse pretendido en vía reconvenional, la naturaleza del juicio a cuyos trámites habría de someterse imposibilitaria su análisis y resolución en el declarativo de menor cuantía elevado a este grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que el tema de la devolución de la fianza que en cuantía de 80.000 ptas. constituyó la recurrente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debe ser analizado y resuelto en esta litis —contrariamente a lo mantenido por el Juzgador a quo— dado que, extinguida la relación arrendaticia causa de aquella garantía, ningún obstáculo procesal impide a la demandada aprovechar el momento en que se le reclama el pago de una deuda mediante demanda instauradora de un declarativo de menor cuantía, para incorporar, por vía reconvenional, la pretensión devolutoria correspondiente.

CONSIDERANDO: Que la fianza de 80.000 ptas. fué constituida por la arrendataria recurrente en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la finalidad específica de atender al cuidado y conservación del local arrendado y al pago de su precio —condición primera del contrato arrendaticio y artículo 2º del Decreto de 11 de marzo de 1949, declarado vigente por la Disposición Final 2ª de la Ley de 24 de diciembre de 1964— por lo que, resuelta judicialmente la contratación y basada la pretensión actora en el impago de determinadas rentas, la obligación devolutiva de la que es titular la arrendadora solo encontraría motivo de extinción total o parcial en una acreditada causación de daños.

CONSIDERANDO: Que la escueta referencia que la parte apelada realiza a las costas del juicio de desahucio —hecho primero de su contestación a la reconvenición— no se corresponde a la necesaria estructura dialéctica antes establecida, por lo que y ante la ausencia de cualquier prueba acreditativa de la existencia de daños en el local objeto del arrendamiento resuelto y a cuya reparación atendería la fianza, ésta debe imputarse directamente al pago de las rentas debidas y reclamadas.

CONSIDERANDO: Que de lo anterior resulta que el crédito existente a favor de la actora por importe de 157.500 ptas. queda extinguido en la cantidad de 80.000 ptas. por concurrencia con la fianza que por éste importe constituyó la demandada quien únicamente deberá abonar a aquella la suma de 77.500 pesetas.

CONSIDERANDO: Que la iliquidez de la deuda impide la aplicación de la normativa contenida en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, mas no la expuesta en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que no existe motivo para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña M. G. C. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el trece de enero de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio declarativo de menor cuantía de que esta resolución trae causa, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y estimando parcialmente la demanda principal así como la reconvenional, debemos condenar y condenamos a que Doña M. G. C. abone a Doña F.A. M. S. la cantidad de SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS (77. 500 ptas.), más los intereses legales a partir de la fecha de esta resolución, absolviendo a ambas del resto de los pedimentos y sin hacer especial declaración en cuando al pago de las costas de ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

205. CONTRATO IRREGULARMENTE CUMPLIDO o “exceptio non rite adimpleti contractus”. Obras de reparación que exceden de la cantidad reclamada: reducción del precio en un treinta y tres por ciento. *Sentencia de 20 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, a la reclamación de 142.385 pesetas, importe total de las obras de albañilería, con suministro de material, realizadas por el actor, consistentes en un aplacado de hormigón en la reparación de la pista de tenis existente en la finca sita en la villa de Büger, propiedad del demandado, este opuso en primera instancia: 1º) que él que no encargó la obra, sino que fué otra persona, y 2º) deficiente ejecución de la obra realizada que imposibilita la utilización de la pista. Como la primera causa de oposición fué rechazada con total acierto por el Juez “a quo”, al no haber el demandado probado el hecho impeditivo aducido —artículo 1214 del Código Civil— y haber por contra, reconocido que en las facturas relativas a los trabajos y materiales suministrados, extendidas a su nombre y acompañadas a la demanda iniciadora de esta litis (folios 5/7), haber escrito, en todas ellas la palabra “conforme” y a continuación su firma (posición 1ª), rechazo que la propia parte recurrente reconoció implícitamente ajustado a derecho al no haber hecho referencia alguna a tal causa de oposición en el acto de la vista de esta apelación, determina que el presente recurso quede circunscrito a dilucidar la existencia y alcance, en su caso, de la aducida deficiente ejecución de la obra realizada por el demandante, hoy apelado.

CONSIDERANDO: Que son hechos reconocidos o probados, básicos para la resolución del presente recurso, los siguientes: Que aprovechando que el actor, ahora recurrido, de profesión maestro albañil, según se lee en el membrete de sus facturas presentadas y pagadas por el hoy apelante (folios 22/23), realizaba en el año 1979 ciertas obras propias de su profesión en la finca antes mencionada del demandado, y la pista de tenis de dicho inmueble precisaba reparaciones debido al mal estado de su firme y a que se producían filtraciones de agua de lluvia a un almacén situado debajo de ella, los hoy litigantes concertaron que el actor realizase, como base de la citada pista, un aplacado de hormigón, suministrando el demandante, el material necesario. B) La expresada obra se convino por administración, como se desprende de las tres facturas cuyo importe total se reclama en este juicio, ya que en ellas se incluyen los importes de los jornales y materiales y el 15% del beneficio industrial y utillaje, amén del Impuesto de Tráfico y Arbitrio Diputación (folio 5/7). C) Terminadas todas las obras de reparación, la pista de tenis referida presentaba en diciembre de 1981, siete grietas paralelas a la mayor longitud del recinto, de 35'17 metros de largo y otras grietas de formas anárquicas y curvilíneas que, según dictamen pericial, han sido originadas, aquellas, porque las justas de delimitación debían ser transversales en vez de longitudinales como lo son; las otras grietas, las curvilíneas, que son transversales, a que el hormigón se colocó en obra, muy fluido, es decir, con exceso de agua; sin que sea previsible que aparezcan otras grietas o que se agranden las ya existentes (folios 60/62). D) La obra ejecutada por el demandante, ahora apelado, está, en algunos aspectos bien hecha, según las reglas de la buena construcción, y en otros aspectos, no, los ya reseñados en el anterior epígrafe (folio 62). E) La repetida pista de tenis es, en la actualidad, apta para jugar en ella, siempre que no sea en plan de competición (folio 62 vuelto), y F) El hoy apelante, de profesión industrial, no ha abonado cantidad alguna por el aplacado de hormigón realizado por el actor.

CONSIDERANDO: Que la llamada "exceptio non rite adimpleti contractus" o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de la buena fe en la "contratación proclamado en el art. 1258 del C. Civ. atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción del precio, y en general de la contraprestación, o acudiendo a otras soluciones que ofrece el derecho comparado, remedios que este Tribunal ya ha contemplado precisamente para el contrato de empresa en la reclamación por el contratista del saldo de la obra, declarando en S. de 17 abril de 1976 que sería contrario a la buena fe facultar al demandado comitente para retener el cumplimiento del resto total de su prestación cuando con una pequeña parte del mismo puede ser resarcido de las imperfecciones de la obra, en cuantía a determinar por el Juzgado de Instancia". (Sentencia 15 Marzo 1979, del Tribunal Supremo).

CONSIDERANDO: "Que dentro del ámbito del contrato de obra y en la hipótesis de ejecución parcialmente no acomodada a la "lex artis" o pericial profesional requerida, tal imperfección o cumplimiento defectuoso, no contemplado en la parca regulación que el C. Civ. dedica a tal figura para evento distinto del aludido en el art. 1591, provocará la condigna responsabilidad del contratista ante el comitente por cumplimiento irregular o inexacto de la obligación, con derecho al consiguiente resarcimiento que se traducirá bien en la reparación específica o "in natura" si así se postula, a fin de realizar las obras correctoras precisas, incluso a costa del contratista (arts. 1091 y 1098 del C. Civ.), bien en el cumplimiento por equivalencia (art. 1101) por reducción en el precio, siempre, claro está, que los vicios de la obra no alcancen tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del comitente permita la utilización de las acciones del art. 1124 del C. Civ.; medida de la disminución proporcional del precio en razón de las deformidades o vicios, no obstante ser la obra hábil para su destino, que es una de las establecidas para tal supuesto por ordenamientos positivos foráneos y también autorizada por nuestro derecho general de obligaciones, según la jurisprudencia tiene resuelto, como en concreto ha declarado la precitada S. de 17 abril 1976 y se desprende del criterio mantenido por las de 10 noviembre de 1970, 1 febrero y 19 noviembre 1971 y 17 enero 1975 recaídas en materia de resarcimiento por ejecución viciosa de la obra". (Precitada sentencia de 15 de Marzo de 1979).

CONSIDERANDO: Que la existencia de las reseñadas grietas en la tantas veces mencionada pista de tenis, no impide que esta sea apta, según dictámen pericial, para practicar en ella dicho deporte, ya que no consta ni se desprende de las actuaciones realizadas, que se utilice en plan de competición, ni que resulte impropia para satisfacer el interés del comitente. Tal imperfección o cumplimiento defectuoso conlleva una lógica y equitativa repercusión, que reduciendo el "quantum" del precio de la obra, tiende a proteger y restablecer el equilibrio entre las obligaciones recíprocas y el sinalagma funcional, como propugna la moderna jurisprudencia patria que se ha expuesto; disminución económica que no puede ser el importe de la reparación de dichos defectos, lo que se desconoce, si bien se estima que asciende a mucho más que el precio que se reclama, pues el coste, referido a Noviembre de 1979, periodo en que se realizó el aplacado de hormigón, de la mano de obra, materiales y transporte, para dotar a la pista de la capa "Slurry" y su posterior pintado, fué dictaminado en 200.000 pesetas (folio 60 vuelto), debe ser proporcional en razón de las deformidades o vicios respecto al precio de la obra ejecutada por el demandante —142.385 pesetas—, y que este Tribunal, fija ponderadamente, en una tercera parte de dicho precio, o sea en 47.462 pesetas y por ende, queda reducida la suma a abonar por el demandado 94.923 pesetas. Sin que sea óbice a esta equitativa determinación judicial, el hecho de que si bien en el escrito de contestación a la demanda se mencione en el último de los fundamentos fácticos, el cumplimiento defectuoso de la obra, y en los de derecho, el artículo 1591 del Código Civil, el demandado se abstuvo de formular pretensión recon-

vencional alguna y por lo tanto no postuló el resarcimiento por la vía de la reparación específica ni la reducción de la cantidad debida —lo que determinó que el Juez “a quo” rechazase de plano tal causa de oposición—, sino que se limitó a solicitar la íntegra desestimación de la demanda, tal actitud no puede triunfar por no estar ajustada a la buena fé que ha de informar la interdependencia de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos o con obligaciones recíprocas, según proclama expresamente la ya invocada sentencia de 15 de Marzo de 1979.

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

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación formulados por Don P. R. C., contra la sentencia de fecha diecinueve de Enero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor 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, debemos revocar y revocamos dicha sentencia en cuanto se oponga a lo a continuación se declara: Que, estimando en parte la demanda interpuesta por Don J. G. S. contra Don P. R. C., debemos declarar y declaramos que el demandado adeuda al demandante la suma de NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTAS VEINTITRES PESETAS, condenándoles a estar y pasar por dicha declaración y al pago de la expresada cantidad, así como los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy, y desde esta fecha, los intereses prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias; y confirmando el fallo recurrido en todo lo que sea concorde con lo que se acaba de declarar.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

207

207. ARRENDAMIENTOS URBANOS: Resolución por cesión o traspaso: lo implica la continuación del negocio por una hermana de la arrendataria incapacitada para el trabajo por invalidez absoluta. *Sentencia de 21 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presencia de la codemandada Doña M. B. en el local objeto de la relación arrendaticia cuya resolución se pretende en esta litis, es un hecho concordado por las partes litigantes si bien con distinta significación para cada una de ellas, pues mientras la actora, ahora recurrente, entiende que está motivada por una cesión in-consentida del local de negocio, las demandas afirman que su causa es la ayuda retribuida que presta a su hermana Doña F. B. por razón de su enfermedad.

CONSIDERANDO: Que del análisis del material probatorio obrante en el contradictorio que se resuelve, se obtiene una conclusión distinta a la mantenida por el Juzgador a quo, pues si bien es cierto que en los años inmediatamente anteriores y posteriores a la perfección del contrato arrendaticio mediante el documento obrante al folio 16, Doña M.

B. acudía al negocio que su hermana Doña F. explotaba en el local litigioso con la finalidad de ayudarle dada la enfermedad que ésta padecía —situación conocida por la arrendadora—, sin embargo la producción de un hecho nuevo consistente en la concesión a la arrendataria Doña F. B. de una pensión por causa de su invalidez ha venido a modificar la situación de normalidad contractual dado que conlleva una alteración en la entidad y efectos de la presencia de Doña M. B. en el local arrendado.

CONSIDERANDO: Que la mencionada concesión de una pensión motivada por la invalidez permanente de la arrendataria en el grado de incapacidad absoluta para todo trabajo, al producir la cesación de aquella en la actividad comercial (venta de comestibles) que desarrollaba en el local litigioso y el nombramiento de su hermana doña M. como continuadora de la misma, cualifica la presencia de ésta en el local de negocio de forma distinta, pues la ayuda, retribuida o no, por causa de enfermedad de la arrendataria, ha sido sustituida por una continuidad o sucesión negocial que al implicar una cesión del goce del objeto arrendado genera una incontestada modificación subjetiva de la relación arrendaticia originaria que produce, por aplicación de la normativa contenida en el n.º. 2 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la resolución contractual pretendida.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de la norma contenida en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos procede imponer las costas de la primera instancia a las demandadas, sin que exista motivo especial pronunciamiento sobre el pago de las causadas en este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña M. M. C., contra la sentencia dictada por el Señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón, el quince de febrero de mil novecientos ochenta y dos, en el procedimiento sobre resolución de contrato de arrendamiento de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando la demanda interpuesta por Doña M. M. C. contra doña F. y dona M. B. F. debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de arrendamiento celebrado el uno de mayo de mil novecientos setenta y seis sobre el local de negocio sito en los bajos del n.º. 29 de la Calle Avenida General Sarjugo de Ciudadela, a que se refiere el hecho 2.º de la demanda, condenando a las demandadas a que lo dejen libre y expedito a disposición de la actora dentro del plazo legal, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo hicieren, y al pago de las costas de primera instancia, sin hacer especial declaración en cuanto a las de este grado jurisdiccional.

(Ponente: José Luis Calvo Cabeilo)

208

208. DIVORCIO. Pensión: circunstancias y presupuestos a tener en cuenta para su cuantificación. Convenio previo entre los cónyuges: persistencia en lo esencial de las mismas condiciones y situación personal de los interesados. Tal convenio, celebrado en 1973, tiene "fuerza de ley". Mantenimiento de la pensión entonces pactada. *Sentencia de 26 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada es impugnada únicamente en cuanto a la pensión fijada de 20.000 pesetas que el esposo debe entregar cada mes a su esposa, por considerar improcedente tal pensión, o por lo menos excesiva, ya que no debe ser superior a la de 6.500 pesetas estipulada en el documento de 1973 que mas adelante se menciona.

CONSIDERANDO: Que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil, exteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial (divorcio), ni por la suspensión judicial de la convivencia (separación), tiene, como ya señaló esta Sala en sentencia de 16 de Julio de este año (n.º 154), como presupuestos fácticos los siguientes: a) que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia, seguramente para evitar su identificación con la tradicional del ordinal primero del artículo 143 en relación con el artículo 142, ambos del Código Civil, ni con cualquiera otra denominación específica en dicho artículo 97, ni en el apartado E) del artículo 90 del repetido cuerpo legal, a la que se alude, se ha de fijar en resolución judicial teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias que menciona el mismo precepto 97; siendo significativo que la última circunstancia que especifica, la 8ª, sea la del "caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", lo que revela que estos últimos elementos constituyen mas 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 básico para la resolución del recurso, hay que señalar los siguientes hechos: a) que por convenio de separación matrimonial, acordado privadamente por los hoy litigantes con fecha 17 de Agosto de 1973 (folios 7/8) —reconocido por ambos consortes—, estos estipularon lo concerniente a su futura situación económica, dividiendo los bienes comunes y comprometiéndose el esposo a pagar "mientras viva" a su esposa la suma de 6.500 pesetas mensuales. b) la demandada tiene 56 años de edad, su estado de salud no es perfecto, carece de estudios adecuados para iniciarse en un trabajo, según renoció el mismo marido al absolver posiciones, es propietaria de dos viviendas y co-titular de una tienda —la otra cotitularidad corresponde a su madre— c) El marido, por su parte percibe unas 120.000 pesetas (folio 57) y es propietario de un piso sito en la calle Martín Mora de esta ciudad (posición 8ª), y d) la madre de la demandada, hoy delante, de 90 años de edad e inválida que era atendida por su citada hija con la que convivía, falleció el 11 de Febrero de 1982 (folio 9 del presente rollo).

CONSIDERANDO: Que de lo expuesto se desprende que el hecho de decretarse el divorcio instado, no implica en sí, empeoramiento de la situación económica de la esposa respecto a la que tenía con anterioridad, durante la vigencia de su matrimonio, ya que tal situación había sido ya determinada en el citado convenio particular de 1973, mediante la división de los bienes comunes y el compromiso del hoy apelante de pagar mientras él viviese la suma de 6.500 pesetas mensuales a su esposa (folio 7/8), sin que conste, que esta hubiera formulado, antes de la interposición de la demanda iniciadora de esta litis, reclamación alguna, judicial o extrajudicial, a su esposo, interesando incremento en dicha pensión mensual, bien por aumento de sus necesidades, bien por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, bien por cualquier otra causa; aparte de los efectos y repercusiones positivas, que desde un estricto punto de vista económico, debe haber producido la reciente defunción de la madre de la hora apelada, a esta, compatible ello y sin merma alguna del gran dolor que entraña la pérdida de la madre a todo hijo. Todo ello determina: 1) la desestimación del recurso interpuesto en cuanto postula la supresión de toda pensión que deba satisfacer a su esposa, por dos motivos fundamentales: a) ya que ello implicaría un empeoramiento de la situación económica de la esposa respecto a la anterior, vigente el matrimonio y b) por cuanto significaría anular, o por lo menos dejar sin efecto, una obligación —la de pagar a la esposa 6.500 pesetas mensualmente—, que nacida en un convenio, tiene fuerza de ley entre las partes contratantes (artículo 1091 del Código Civil), cuya

rescisión no ha sido solicitada y que tiene como base un convenio cuya eficacia ha sido expresamente reconocida por el hoy apelante y aducida como apoyatura de su demanda de divorcio; y II) la estimación de la apelación, en cuanto postula la reducción de la pensión de 20.000 pesetas fijadas por el Juez "a quo" a la de 6.500 pesetas convenida privadamente en 1973 por los hoy litigantes. Esta fijación judicial de la pensión conlleva, sin merma de su alcance pactado, —"mientras viva don L. L." (el ahora recurrente), según dice expresamente en la cláusula aclaratoria de dicho convenio (folio 8)—, el que se pueda pedir su efectividad, incluso el de las pensiones pactadas no satisfechas por la vía de apremio y su posible revisión anual, como estatuye el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que al prosperar el recurso de apelación, no ha lugar a hacer especial declaración de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por don L. L. V. contra la sentencia de fecha nueve de Marzo 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 especial de divorcio de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución únicamente en cuanto señala veinte mil pesetas (20.000 pesetas), la suma que el esposo debe entregar, durante los cinco primeros días de cada mes, a su esposa, ya que se fija tal suma en SEIS MIL QUINIENTAS PESETAS (6.500 pesetas); confirmando todas las demás declaraciones y extremos del fallo recurrido; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

209

209. PARTICION DE HERENCIA. División particular llevada a cabo por los herederos y posterior posesión de los bienes adjudicados a cada uno de ellos por tiempo superior a treinta años, a título de dueño, quieta y pacíficamente. La sentencia, si bien establece que cada uno de los herederos devino propietario de la finca que le fue adjudicada, confirma la apelada que ordena la práctica de las correspondientes operaciones particionales respecto de una de las fincas objeto de división privada y prescripción adquisitiva. *Sentencia de 26 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la pasividad total de las partes recurrentes respecto a los pronunciamientos A), B), C), D), E) y F) de la sentencia dictada, implica su aceptación como ajustados a derecho, como así es, y conlleva la firmeza de dichos particulares: declaración de únicos y universales herederos de Don A. V. C.; declaración de únicos y universales herederos de Doña M. J. P.; que la finca "Ca'n Real de Baix" pertenecía al tiempo de su muerte a aquel causante; que las fincas "Son Sili o Son Cili" y "Cova Baixa" pertenecían al tiempo de su fallecimiento a aquella causante; determinación del asiento registral de la referida heredad "Cova Baixa"; que este inmueble nunca fué adquirido por dona-

ción por Don J. V. J. decretándose por ello la nulidad de la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia de Don J. V. J., en el solo punto referente a esta última finca mencionada y de la nulidad de la inscripción de la repetida finca practicada en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y consiguiente cancelación del asiento registral practicado; recayendo las apelaciones formuladas, las dos partes demandadas han recurrido, al último extremo, el G) del fallo dictado, que declara que los demandados, en unión del actor están obligados a practicar las operaciones particionales, inventario y avalúo, liquidación, división y adjudicación, de los bienes relictos dejados a su fallecimiento por Don A. V. C. y Doña M. J. P.

CONSIDERANDO: Que el contenido del citado apartado G) del fallo recurrido, como declaración general, está totalmente ajustado a derecho, al fundarse en los artículos 1051 y siguientes del Código Civil y no existir disposición testamentaria alguna que prohíba expresamente la división de las respectivas herencias (ambos causantes fallecieron intestados), pero la cuestión a dilucidar en esta segunda instancia, es la relativa a la concreción de tal declaración judicial, o en otros términos, a su aplicación, es decir si las referidas tres fincas rústicas, únicos bienes relictos de dichos causantes, según se desprende de los autos, han de ser objeto de participación hereditaria, que es lo que en realidad pretende el actor, ahora apelado, en esta litis, o por lo contrario, han de ser excluidas, ya que, según los demandados, actuales recurrentes, cada una de dichas heredas, es propiedad exclusiva de cada una de las partes litigantes.

CONSIDERANDO: Que son hechos y antecedentes fundamentales de los que hay que partir para el exámen y resolución de los recursos, los siguientes: Primero.- Don A. V. C., casado con Doña M. J. P. y padre de Don A., Don F. y Don J. V. J., falleció en Marratxí (Mallorca) el día 30 de Agosto de 1920, sin haber otorgado testamento y dejando como único bien inmueble, la finca "Ca'n Real de Baix", sita en el término municipal de Santa María de Camí y no inscrita en el Registro de la Propiedad. Segundo.- En fecha no bien determinada, pero que se fija entre 1945 y 1948, los tres mencionados hermanos, con anuencia de su madre, Doña M. J. P., se distribuyeron las fincas rústicas de sus padres: "Ca'n Real de Baix" —antes mencionada— correspondió a D. A. —el hoy actor-apelado—, "Son Sili o Son Cili" situada en el término municipal de esta ciudad, al ahora codemandado D. F. y "Cova Baixa", sita en el término de Marratxí, a Don J.; estas dos últimas heredas, inscritas en el Registro de la Propiedad, pertenecían, por herencia, a la madre, y las tres tenían, por entonces, un valor bastante similar. Tercero.- Doña M. J. falleció en Marratxí, el 13 de Diciembre de 1957, sin otorgar testamento y sus tres hijos ratificaron, a la muerte de la madre, la distribución mencionada de las tres fincas. Cuarto.- Don J. V. J., falleció el 7 de Mayo de 1974, dejando viuda, Doña M. R. C. y tres hijos, Don A. de P., Doña M. y Don J. V. R., los cuatro codemandados y ahora apelantes en esta litis, como también es codemandado y recurrente Don F. V. J.

CONSIDERANDO: Que la imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia que proclama el artículo 1965 del Código Civil, y en el que se basa el actor para postular la división de la herencia de sus padres, actúa dentro del círculo de los coherederos que han poseído los bienes en consumo, no es, en cambio, aplicable cuando uno de ellos o un extraño los ha poseído de modo exclusivo, quieta, pacíficamente y en concepto de dueño, por tiempo suficiente para adquirirlos por prescripción (Sentencia de 14 Abril 1904, 24 Noviembre 1906, 6 Junio 1917 y 8 de Junio 1943), ya que en este caso la usucapión del bien hereditario, ganada por el coheredero o por el extraño, excluye la subsistencia de la comunidad hereditaria y cierra el paso, por consiguiente, a la acción para pedir la partición de la cosa; que es lo que oponen los apelantes-codemandados a la pretensión fundamental del actor, la prescripción adquisitiva de la finca que a cada una de dichas partes litigantes le correspondió en la distribución privada que llevaron a cabo los tres hermanos, y que poseen y cultivan desde hace mas de 30 años sin interrupción; y por ello procede concretar si se ha producido o no usucapión de la finca "Son Sili o Son Cili" a favor del codemandado Don F. V. J., y de la heredad denominada "Cova Baixa", a favor de los causahabientes de Don J. V. J.

CONSIDERANDO: Que la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de ad-

quirir la propiedad u otro derecho real por la posesión prolongada y con las condiciones determinadas por la Ley (apartado tercero del artículo 609 y párrafo primero del artículo 1930 del Código Civil), regulando el artículo 1959 del citado Cuerpo legal la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles extraordinaria, así llamada porque no se sujeta a las reglas normales u ordinarias de la usucapión, bastando para producirla el mero transcurso del tiempo de la posesión en concepto de dueño, si bien por un término de duración lo suficientemente largo —30 años—, para revestirla de todas las garantías posibles de legitimidad, exceptuándose expresamente en el mismo precepto, las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, por exigir para su adquisición el artículo 539, la existencia de título. Disponiendo el artículo 447 del repetido Código que solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, criterio que ratifica el artículo 1941 del mismo Cuerpo legal, al especificar respecto a la prescripción, que “la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”, y como del conjunto de los medios de pruebas practicados aparece que cada una de las partes codemandadas poseen las fincas antes mencionadas —Don F. V. J. la heredad “Son Sili o Son Cili”, y las causahabientes de Don J. V. J. la finca “Cova Baixa”— desde hace mas de 30 años, de una manera pública, pacífica y no interrumpida, queda únicamente por concretar si tales posesiones han sido en concepto de dueño, lo que es negado por el Juez “a quo”, sin aducir ni deducirse apoyatura fáctica alguna en tal sentido.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se ha acreditado que los codemandados han cultivado sus respectivas fincas mencionadas, sufragando todos los gastos, recolectando y percibiendo en beneficio exclusivo todos sus rendimientos, sin rendir cuenta de ello; han llevado a cabo en sus heredades referidas distintas mejoras sin solicitar autorización a sus hermanos, no se les ha solicitado rendición de cuentas, ni han pagado renta ni merced alguna, todo ello durante mas de 30 años ininterrumpidamente, y siempre han creído, durante dicho término, que a virtud del supradicho reparto que llevaron a cabo los tres hermanos, la finca que a cada uno de los codemandados le correspondió, devino de su propiedad, y al no concurrir las circunstancias señaladas en los artículos 444 y 1942, ambos del Código Civil, es por lo que se estima que dichas posesiones fueron en concepto de dueño, y por ende, que las partes demandadas adquirieron por prescripción extraordinaria el dominio de sus respectivas fincas. Sin que a ello se pueda oponer el hecho de que ambas heredades esten inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de Doña M. J. P. —hoy fallecida y madre de los aludidos tres hermanos, como ya se expuso— ya que cabe la posesión “contra tabulas”, pues la propiedad no queda al margen de la usucapión por el hecho de estar inmatriculada”, pues el derecho inscrito en el Registro de la Propiedad puede pasar a otro titular, mediante este procedimiento adquisitivo, que se rige por las normas del Derecho civil puro ya que el usucapiante y el titular registral, y sus respectivos derechohabientes, no son terceros entre sí, sino partes de la usucapión; de ahí, el párrafo tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, procede estimar los recursos formulados, al no formar parte en la actualidad, de la herencia de Doña M. J. P., las fincas “Son Sili o Son Cili” sita en este término municipal y la “Cova Baixa”, situada en el término municipal de Marratxí.

CONSIDERANDO: Que al prosperar los recursos de apelación formulados, no procede hacer condena de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por Don F. V. J. y el interpuesto por Doña M. R. C., Don A. de P., Doña M. y Don J. V. R., contra la sentencia de fecha veintinueve de Enero de mil novecientos ochenta y dos, citada por el Ilmo. Señor 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, debemos agregar y agregamos a continuación del apartado G) de dicha resolución, lo siguiente: “No comprendiendo dichas operaciones las fincas “Son Sili o Son Cili” sita en el término municipal de esta ciudad, ni la denominada “Cova Baixa” situada en el término municipal de Marratxí, por no formar parte, en la actualidad, de la herencia de Doña M. J. P.”;

confirmando en todo lo demás el fallo recurrido; y sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

* 210

210. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución del contrato por: 1) obras incontestadas, 2) pérdida o destrucción del objeto arrendado. No implica lo primero la separación del desconchado de una habitación, ni el riego asfáltico de la cubierta. Estimación de la segunda causa que no exige la previa declaración de ruina. Doctrina del T.S. *Sentencia de 27 de Octubre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, apelada la sentencia en su integridad, se transfiere al juzgador de segunda instancia el conocimiento íntegro y pleno, y por tanto con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis (Sentencia de 12 Abril 1980); por lo que procede al reexamen y nuevo estudio de las dos causas de resolución del contrato de arrendamiento, en que se funda la demanda instauradora de este juicio, teniendo ahora también a la vista, además de las pruebas practicadas ante el Juez "a quo", el dictamen pericial emitido en esta alzada, a instancia de este Tribunal "ad quem" (nº 3 del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

CONSIDERANDO: Que, siguiendo el orden de exposición que sustenta la sentencia apelada y con relación a la primera causa resolutoria en ella estudiada, la 7ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, hay que señalar que, las únicas obras que el arrendatario ha realizado en el inmueble locado, son, según el referido dictamen pericial (folio 13 del presente rollo), "reposición de un desconchado del atarracado en el despacho situado a la derecha entrando y el riego con asfalto de una zona cubierta", obras que al no modificar la configuración de la vivienda, carecen de eficacia resolutoria arrendaticia.

CONSIDERANDO: Que respecto a la otra causa de resolución invocada, la del artículo 118 de la citada Ley Especial, precepto que recoge el contenido del artículo 155 de la Ley derogada, si bien sustituyendo la frase "cosa arrendada", por "vivienda" o "local de negocio", con lo que se resuelven las dudas que podrían surgir sobre si era preciso la destrucción de todo el inmueble, caso de que tuviera varios de aquellos locales, el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 30 de Marzo de 1962, "que en el concepto de siniestro procede incluir no solamente las destrucciones que obedezcan a algún acontecimiento catastrófico y de producción instantánea —incendio, terremoto, acciones bélicas, etcétera—, sino también a aquellas averías, deterioros o pérdidas importantes que se produzcan en un inmueble, sea cualquiera la causa que le de origen —acción del tiempo, mala calidad de los materiales, negligencia, etcétera—"; señalando "la diferenciación entre obras de mera reparación a los efectos de aplicación del número 2 del artículo 1554 del Código Civil del que es trasunto el artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con aquellas otras que por su volumen integran casi una reconstrucción, pues no puede gravarse

en estos términos la obligación del propietario, rebasando el condicionamiento de la acción ejercitada (Sentencia de 20 Febrero 1965), siendo procedente la resolución del contrato en estos últimos supuestos, conforme establece la sentencia de 1 Marzo 1965, con independencia de la causa, ya obedezca a caso fortuito, o a culpa o negligencia, sin perjuicio en este caso de la acción del arrendatario, para obtener la reparación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento por parte del dueño de sus obligaciones contractuales (Sentencia de 28 de Febrero 1975).

CONSIDERANDO: Que, al concretar el resumen del detallado y completo dictamen pericial obrante al folio 23 del presente rollo, que el importe total de las reparaciones que deben realizarse en el inmueble arrendado supera el 50% del valor actual de la edificación, sin tener en cuenta el valor del terreno, es por lo que procede, de conformidad con el apartado segundo del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la resolución del contrato de locación celebrado por los hoy litigantes y por ende la confirmación del fallo recurrido, previa desestimación de la petición formulada, basada, como lo fué su oposición en primera instancia, en la no declaración del estado de ruina del edificio arrendado y la existencia de posibles defectos en la tramitación del expediente municipal que se incoó para la declaración de estado de ruina de dicho inmueble; asertos estos que podrían tener efecto y repercusión en el caso de que se hubiera ejercitado la acción resolutoria con apoyatura en la causa 10ª del artículo 114 de la repetida ley —declaración de ruina de la finca—, pero que carece de toda eficacia por cuanto las únicas causas de resolución del contrato vigente entre las partes litigantes, aducidas expresamente por el actor en el hecho cuarto de la demanda son, “las previstas en los artículos 118 y 114-7ª de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos”, ambas reexaminadas en este segundo grado jurisdiccional, con el triunfo de la del artículo 118.

CONSIDERANDO: Que, el apartado segundo del artículo 149 de la repetida ley, preceptúa respecto a las apelaciones que el Juzgado o Tribunal hará sobre las costas del recurso el pronunciamiento que reputa justo en consideración a si aprecia o no temeridad en el apelante.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por el señor ABOGADO DEL ESTADO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha de once de Noviembre de mil novecientos ochenta uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez ejerciente del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el Juicio incidental sobre resolución de contrato de arrendamiento urbano de que dimana el presente rollo, sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

214

214. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. La extensión y cobertura viene determinada por la Ley y no por el título. Excepción de pluspetición: estimación de la misma. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, habiendo apelado la parte ejecutante la sentencia en su in-

tegridad —no especificó su disconformidad en su escrito de adhesión al recurso, ni compareció al acto de la vista—, se transfiere al juzgador de 2ª instancia el conocimiento íntegro y pleno, y por tanto con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis (Sentencia de 12 Abril 1982), y entre ellas, la relativa a las costas que impuestas a la parte ejecutada, ha dado lugar a que esta apele, únicamente contra tal particular.

CONSIDERANDO: Que el juicio ejecutivo que ahora se ventila en esta alzada, dimana del título expedido por el Juzgado de Distrito de Ibiza en las diligencias de juicio verbal de faltas número 296/80, a tenor del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de Marzo, por accidente de circulación ocurrido el 2 de Febrero de 1980, en el que la peatón Doña L. C. R., ahora ejecutante, al ser atropellada resultó con lesiones de las que sanó, sin secuela ni deformidad alguna, a los 101 días, durante los cuales estuvo impedida para su trabajo habitual y necesitó asistencia facultativa, fijándose en dicho título 300.000 pesetas, como cantidad máxima que podía reclamar la perjudicada del accidente, suma esta que se reclama a la entidad aseguradora del vehículo causante del atropello, y que fué rebajada por el Juez de instancia a 20.000 pesetas, al estimar la excepción de plus petición que, tras el rechazo de nulidad del título ejecutivo, había opuesto la contraparte.

CONSIDERANDO: Que, como ya señaló esta Sala en la sentencia 208 de 1981, de 23 de noviembre, la cobertura del seguro obligatorio derivado del uso y circulación de vehículos de motor, constituye una relación jurídico-obligatoria cuya fuente es la ley, como se desprende no solo de la norma general contenida en el artículo 1.089 del Código Civil, sino también de la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, cuando expresa que “es algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la Ley”, declarando en ese sentido la jurisprudencia (Sentencia de 26 Abril 1975), que “es la Ley y no el contrato de donde nace la acción directa contra la compañía aseguradora”; proclamando el artículo 1090 del referido Código que “Las obligaciones derivadas de la Ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas por este Código o en Leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la Ley que las hubiere establecido; y ...”, y por lo tanto el alcance o extensión de dicho seguro será el que determine la específica normativa del seguro obligatorio de referencia, preceptuando el artículo 5º del mencionado Texto Refundido, que la obligación del asegurador en cuanto a la indemnización es “hasta el límite del seguro”, límite que se establece en el artículo 23 del Reglamento aprobado por el Decreto. 3.877/1964, de 19 de Noviembre, aplicable en la fecha de producirse el daño indemnizable objeto de este proceso.

CONSIDERANDO: Que, a diferencia del vigente artículo 23 del Reglamento citado, en la redacción que dió el Real Decreto 1653/1980, de 4 de Julio, que señala en su apartado c) “Una indemnización por incapacidad temporal de hasta un máximo de seiscientos pesetas diarias, durante el tiempo de baja para el trabajo habitual, con el plazo máximo de dos años”, en el primitivo texto del repetido artículo 23, entre los distintos módulos indemnizatorios que establecía, no figuraba expresamente la indemnización por incapacidad temporal y sí solo, en el apartado b) “la pensión de asistencia personal y familiar hasta doscientas pesetas diarias”, laguna aparente, que esta Sala, en las reiteradas ocasiones que se pronunció al respecto (Sentencia 71/1975, de 20 de Junio, 152/1979, de 2 de Noviembre y la ya invocada 208/1981 de 23 de Noviembre, entre otras), aplicó la indemnización equivalente cuantitativamente a la pensión de asistencia expresada, pues al ser indiscutible que la misma podía concederse anticipadamente, resultaba obvio y con mayor motivo que también había de otorgarse una vez conocido el tiempo de curación. Criterio este que mantiene el Juez de instancia, al fijar el importe de la ejecución en 20.200 pesetas (200 pesetas diarias por los 101 de incapacidad), al no existir pensiones de asistencia personal o familiar anticipadas; por lo que procede desestimar el recurso de apelación formulado por adhesión por la parte ejecutante.

CONSIDERANDO: Que, de lo anteriormente expuesto se desprende que el título ejecutivo, origen de esta litis, fué expedido con la irregularidad de señalar una cantidad máxima superior a la que determinaba la ley vigente en el momento de producirse el accidente

para el supuesto de autos, y al postularse la ejecución por el importe total de la cuantía señalada en el título, dió lugar, como lo acordó el Juez "a quo", a reducir la ejecución solicitada en la demanda, a la cantidad antes expresada; lo que conlleva a la nulidad del juicio, en todo lo que exceda de dicha cantidad y a sustituir la declaración estimatoria de la excepción de plus petición contenida en la sentencia referida, por la de nulidad parcial del juicio.

CONSIDERANDO: Que esta nulidad comporta la aplicación del párrafo tercero del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ende la estimación del recurso de apelación de la parte ejecutada, al no proceder hacer especial declaración sobre las costas causadas en primera instancia, que no obstante fueron impuestas en la resolución recurrida a la entidad ejecutada; como tampoco hay condena de las costas de esta alzada, al estimarse la apelación circunscrita a las impuestas por el Juez "a quo" a la compañía ejecutada.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por Doña L. C. R y estimando el interpuesto por la entidad aseguradora "M. S.A." contra la sentencia de fecha quince de Febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez de Primera Instancia número Dos de Ibiza en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, debemos, revocando en parte dicha resolución y confirmándola en lo demás, declarar y declaramos parcialmente nulo el juicio en la cantidad de doscientas setenta y nueve mil ochocientas pesetas, y debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución por el importe de VEINTE MIL DOSCIENTAS PESETAS, acordando se haga pago de la misma a la ejecutada, condenando a la misma también a que abone el interés de dicha cantidad conforme al artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia hasta que se verifique el pago; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

216

216. EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de pago: si es total, sólo puede probarse con la tenencia de la letra; si es parcial, debe acreditarse en la misma letra. Inadmisión de la excepción dada la naturaleza sumaria del proceso. Excepción de compensación: su rechazo al no constar que la deuda del actor sea líquida, vencida y exigible. **FORMA DE PROPONER EXCEPCIONES:** en el cuerpo de hechos, no bastando hacerse en fundamentos de derecho y suplico. Nulidad de la obligación: no puede referirse al contrato subyacente. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la letra de cambio, como título de crédito, integra un elemento constitutivo especial, la incorporación del derecho al título, son inseparables la obligación y el instrumento en que se consignó y tal como se consignó, de ahí que el pago de

las letras de cambio ha de hacerse, precisamente, sobre el ejemplar que contenga la aceptación, tal como exige el artículo 495 del Código de Comercio, y el único medio posible de probar ese pago es la tenencia de la cambial por el deudor al que ha de devolverse contra la percepción de su importe, como, asimismo, resulta del artículo 506 de dicho Cuerpo legal, y, si el pago solamente es parcial, como se puede hacer en nuestro país, debe acreditarse en la misma letra de cambio sin que ésta salga de la posesión del acreedor —artículo 494 en relación con el 501 del Código de Comercio— y como al hacerse oposición en el escrito correspondiente se dice que la letra de autos es legítima, aunque se rechaza su pago porque, se dice, se han cumplido todas las obligaciones que fueron contraídas con el librador-ejecutante, no puede admitirse el pago opuesto en este juicio, dada la naturaleza sumaria del mismo, instrumentado sobre la base de la acción cambiaria, por lo que dicha excepción debe desestimarse.

CONSIDERANDO: Que se invoca, también, como excepción la compensación de crédito líquido y, tal como exigen los artículos 1465 en relación con el 1464, 4º Ley Enjuiciamiento Civil, para la viabilidad de la misma la compensación de crédito opuesta en juicio ejecutivo ha de resultar de documento que tenga fuerza ejecutiva y que el crédito compensable sea líquido y de toda la prueba instrumentada por el deudor cambiario no aparece ningún documento que reúna tales mínimas condiciones, antes, al contrario, se invocan en apoyo de la tesis de aquél una serie de operaciones de renovación de letras, de entregas de cambiales y talones, y de géneros que, en el mejor de los casos para el mismo, a lo único que pueden conducir es al trámite de un juicio declarativo en el que a través de amplio cauce procesal alegue y pruebe en acorde fase demostrativa toda esa serie de devoluciones de mercancías, impagos de letras unas veces totales y otras parciales que articuló en defensa suya y que, por lo expuesto, en este limitado juicio ningún valor tienen ante un título que sí es ejecutivo —artículo 1429, 4º de la propia Ley de trámites—, por lo que al no aparecer que el ejecutante es deudor del ejecutado de modo tal que ambos sean, recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro; es decir, que, al no constar en la forma exigible, que la deuda del actor es líquida, vencida y líquida —artículo 1196 del Código Civil— la excepción aquí estudiada debe ser, asimismo, rechazada.

CONSIDERANDO: Que alegada también la falsedad del título ejecutivo no se puede olvidar que por ser la letra de cambio un documento extremadamente formal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 444 del Código de Comercio, consagrador del llamado "rigor cambialis" y que tiene su consagración procesal en el juicio ejecutivo cambiario y que como dice la S. del Tribunal Supremo 17.5.1973 —Sala Segunda— tiene "una protección penal expresa que lleva a mencionar dicho documento en el artículo 303 del Código punitivo como prototipo de documentos mercantiles", si exige, como toda excepción, que se articule en forma en el cuerpo de los escritos, no solamente en la fundamentación jurídica y súplica, como se hizo en este caso concreto, y se aporten las pruebas correspondientes, exige, además que se haga indicación del precepto legal en que se sustenta, el documento en que se cometió, en qué consiste dicha falsedad, de qué clases es y quién o quiénes fueron sus autores y siendo la falsedad a que el artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere la que el Código Penal define, según conocida doctrina legal, y castiga como delito y, como en autos ni se alegó ni se probó que se haya dado ninguno de los supuestos del artículo 302 del Código Penal, pues no equivale a ninguno de ellos la falta de causa en un contrato civil, ni consta que el ejecutado-apelante haya denunciado ante dicha jurisdicción tal falsedad para que la misma, que es la competente, decida sobre ello, tal excepción debe ser desestimada.

CONSIDERANDO: Que, cumulativamente, se ha pedido también, solamente en la fundamentación jurídica y en la súplica del escrito de oposición, la nulidad del juicio por ser nula la obligación y el título en virtud del cual se ha despachado la ejecución y teniendo en cuenta que la causa de nulidad del artículo 1467-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al título en sentido estricto y a la obligación que el mismo aloja, en el primer aspecto, supone la falta de alguno de los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio y, en el segundo, la obligación a que se refiere es la cambiaria, asumida por el aceptante por el hecho de su firma y la entrega del efecto al acreedor, obligación que deviene nula cuando el afectado carece de capacidad o de voluntad en la suscripción de la letra o cuan-

do el vínculo se concertó contrariando los principios básicos del Derecho cambiario-letra al propio cargo, vencimiento anterior a la libranza, fecha de pago inexistente, etc.— La nulidad del artículo 1467 se refiere a la nulidad como sinónima de la falsedad civil y, concretamente, al propio título ejecutivo en sus condiciones externas y materiales y en las internas de su razón cambiaria, sin que tal nulidad pueda referirse al contrato subyacente; no obstante, desde la S. 5.5.1967 se ha admitido que la excepción de falta de provisión de fondos puede acogerse bajo el artículo 147-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como motivo de nulidad y, aceptando tal referencia, no hay más que ver la serie de letras aportadas en esta alzada de fecha de expedición muy anterior y de importe muy superior al arreglo a que se refiere el escrito de oposición como de expedición de la letra de autos y de la del mes anterior de vencimiento —10.4.1981—, así como la falta de acreditamiento de la adecuada imputación de pagos de letras, talones y endosos a los efectos de la liquidación de la deuda pendiente que la letra de autos supone para que no pueda acogerse la indiscriminada serie de excepciones y motivos de nulidad formulados por la defensa de un comerciante que se ha venido produciendo en su relación con la entidad ejecutante con tal cadena de incumplimientos, devoluciones e impagos que imponen el rechazo de su tesis, porque tal como sanciona el artículo 1170 del C.C. la entrega de pagarés, letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo produce los efectos del pago cuando hubieren sido realizados y el artículo 1172 del propio texto, al tratar de la imputación de pagos, impone al deudor que la realice su expresa declaración al tiempo de realizar el pago de a cuál de ellas deberá aplicarse y, al faltar en autos no sólo la prueba del deudor al respecto —artículo 1214 C.C.— sino, también el acreditamiento de prueba contable en forma procesal correcta de la serie de efectos, recibos y cuentas entre partes existentes no queda más remedio que decretar la ejecución impuesta por la viabilidad establecida en el artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 516 del Código de Comercio.

CONSIDERANDO: Que en méritos de cuanto precede corresponde confirmar la sentencia recurrida, incluso en su preceptiva imposición de costas, las que son igualmente de imponer al recurrente en esta segunda instancia por su manifiesta temeridad.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don A. O. V. en nombre de Don P. G. G., debemos confirmar y confirmamos integramente la sentencia dictada contra el mismo por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de cinco de enero de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio ejecutivo de que el presente rollo dimana, promovido por la entidad "G. S.A." sobre cobro de la letra de seiscientos cincuenta y cuatro mil ciento noventa y cinco pesetas, ratificando la condena en costas e imposición al ejecutado de las causadas en esta segunda instancia.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

219

219. TERCERA DE DOMINIO. Prueba del dominio del tercerista con anterioridad a la traba. Valor de las presunciones: anterior arrendamiento del que se infiere la propiedad. Aportación de documentos: momento procesal: los arts. 504 y ss. de la LEC son de rigurosa observancia (S. 147/82 quiebra esta doctrina tradicional). *Sentencia de 6 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las alegaciones de los litigantes han reducido el tema de esta alzada a la determinación de si el tercerista apelante ha acreditado la titularidad del dominio sobre los bienes litigiosos con anterioridad al momento en que la traba cuyo alzamiento se solicita inició sus efectos —9 de abril de 1975—, ya que, caso contrario, el dominio se habría adquirido con dicha carga y no resultaría oponible al ejecutante.

CONSIDERANDO: Que el análisis de los medios probatorios aportados por el actor para justificar el pretendido dominio debe realizarse aplicando las premisas siguientes: A) El artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el tercerista presente con su demanda un documento que apoye —siquiera primafacie— sus afirmaciones sobre el dominio; documento cuyo examen queda pospuesto al del fondo del asunto pues su calificación y alcance constituye la esencia procesal de la acción ejercitada; B) Es perfectamente factible que una vez cumplido por la parte actora el requisito anterior pueda esgrimir los medios de prueba adecuados para acreditar su derecho dominical debiendo someterse —si de documentos se trata— a la normativa contenida en los artículos 504 a 507 de la Ley procesal citada; C) Dicha normativa, vinculada al principio de igualdad, es el medio legal creado para evitar que un documento fundamental se presente en tiempo en que la contraparte no pueda atacarlo, sin que esta finalidad quede conseguida con una simple información sobre el documento dado que el objetivo legal es que la parte conozca sus términos exactos y fuerza probatoria; y D) Que, en aplicación de tal normativa, los documentos que fundamentan la acción han de presentarse con la demanda salvo las excepciones establecidas por el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuya norma no admite interpretación extensiva por vía de analogía.

CONSIDERANDO: Que los documentos presentados con la demanda —escritura pública de compraventa y fotocopia de la sentencia que puso término al juicio de tercería promovido por el actor de la litis que se resuelve y tramitado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de esta Ciudad, bajo el n.º 1494-J-77—, si bien sirvieron para cumplir el requisito establecido por la norma contenida en el artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo no acreditan la realidad del dominio alegado, dado que el primero de los indicados se otorgó el 16 de junio de 1977 —por tanto con posterioridad a la anotación preventiva del embargo—, y el segundo, corregida en período probatorio la deficiencia formal que presentaba, no produce eficacia frente a la Administración ejecutante demandada dada la falta de identidad entre los intervinientes en los distintos procesos.

CONSIDERANDO: Que el documento privado de compraventa aportado mediante testimonio en período de prueba ha sido correctamente privado de eficacia probatoria dada su extemporánea incorporación al proceso, pues siendo fundamental en cuanto inserta el hecho que constituye directamente el título o causa de pedir, debió presentarse, por imperativo del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la demanda instauradora de la litis, sin que pueda integrarse en las excepciones regladas por el artículo 506 del mismo texto legal ya que, obviamente, no corresponde a los supuestos de los números 1 y 2 y su posible inclusión en el contemplado por el n.º 3 queda vedada ante la ausencia de justificación sobre la imposibilidad de haberlo obtenido mediante la petición de su desglose, —actitud que debió ser realizada por el tercerista pues él mismo incorporó el documento al juicio de Tercería referido en el considerando anterior.

CONSIDERANDO: Que no obstante compartir con el juzgador a quo la fundamentación denegatoria de la eficacia probatoria del documento privado de compraventa, la resolución de la cuestión litigiosa no será coincidente dado que el tercerista ha aportado otros medios probatorios cuya valoración —omitida en la primera instancia— debe realizarse pues permiten fijar como ciertos los siguientes actos realizados por el tercerista: 1) Abona a la entidad S. L. con fecha 30 de octubre de 1971 la cantidad de 746.000 ptas. que en unión de otras entregadas con anterioridad al 23 de noviembre de 1972 constituyen el precio de los apartamentos objeto de esta litis (aviso abono en cuenta de la Banca M., folio 87, y declaración de Don A. M. L., folio 124); 2) Arrienda los referidos inmuebles a la entidad R., S.A. el 23 de noviembre de 1972 (contrato de arrendamiento, folio 91, declaración antes citada y dictamen pericial obrante a los folios 131 y 132); 3) Solicita a la entidad demandada S. L., S.A. mediante carta certificada expedida por su abogado Don

K. T. el otorgamiento de la escritura pública correspondiente a los apartamentos antes referidos como pagados y arrendados (folios 89 y 90); 4) Sólícita el 28 de mayo de 1974 y obtiene el 8-11-1974 de la Autoridad militar autorización para adquirir los apartamentos litigiosos, dado que la vendedora "S. L., S.A." le comunica, en contestación a la solicitud expuesta en el apartado anterior, que tal requisito es indispensable para otorgar la escritura pública pretendida (solicitud, autorización y comunicación obrantes a los folios 82, 85 y 88).

CONSIDERANDO: Que tales actuaciones consideradas en su dimensión individual no justificarían la afirmación básica del tercerista, mas como conjunto de hechos concurrentes en una misma dirección y realizados por un mismo sujeto tiene la potencialidad suficiente para que esta Sala infiera, por la vía prevista en la normativa contenida en los artículos 1249 y siguientes del Código Civil, que el actor adquirió la propiedad de los bienes objeto de la litis con anterioridad a la causación del embargo, concretamente desde el 23 de noviembre de 1972 como permite presumirlo el arrendamiento que con tal fecha concertó con la entidad "R., S.A." y que viene a exteriorizar como acto de señorío sobre los apartamentos —atendiendo al supuesto litigioso y a la concatenación de actos anteriores y posteriores— el cumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 609 y 1095 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial declaración sobre las costas de ambas instancias.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. E. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el día treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando la demanda interpuesta por el citado recurrente debemos declarar y declaramos que los bienes descritos en el hecho primero de la demanda son propiedad de Don J. E., desde el veintitres de noviembre de mil novecientos setenta y dos, debiendo procederse al alzamiento del embargo que sobre los mismos trabó la Recaudación de Tributos del Estado, Zona 3ª Palma y a la cancelación de sus inscripciones correspondientes, sin hacer especial declaración en cuanto al pago de las costas de ambas instancias. Notifíquese esta resolución a la entidad declarada en rebeldía en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del segundo día no se solicitare su notificación personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

225

225. EJECUTIVO CAMBIARIO. Letra librada a cargo de una entidad y demanda dirigida contra la persona física aceptante: desestimación del correspondiente motivo de oposición por actuar el demandado "como cabeza visible" (sic. en la sentencia) de la entidad librada. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que no habiéndose sino solicitado la revocación de la sentencia recurrida, sin explayar las razones o fundamentos en virtud de los cuales procede su revocación, y, habiéndose estudiado los autos y los motivos de oposición esgrimidos por la parte ejecutada durante la instancia, relativos a la no identidad del aceptante (el ejecutado) y la entidad librada y el concerniente a determinadas relaciones habidas entre los litigantes, que enervarían, en el sentir del demandado, el pago de las letras reclamadas, procede desestimarlos también en esta instancia, pues, en cuanto al primero de ellos, ha quedado suficientemente acreditado, mediante las pruebas practicadas en su momento, y así lo recoge detalladamente la sentencia recurrida, que la persona del aceptante-ejecutado actúa como cabeza visible y representante de la entidad que en las letras aparece como librado, denotándose así la improcedencia de la oposición ejercitada en tal sentido; y, en relación con los presuntos pagos o relaciones habidas entre los contendientes, en modo alguno se han justificado, pues la aportación de determinados recibos, por sí solos, faltos de cualquier reconocimiento, y sin estar apoyados más que en su mera existencia, no son susceptibles de probar nada de lo que se pretende, por lo que, a la vista de lo expuesto, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida, imponiéndose las costas a la parte recurrente por ser preceptivo.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación formulados por el Procurador Don A. F. C. en nombre y representación de Don A. F. G., contra la sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Inca, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta instancia.

(Ponente: Carlos Climent Durán).

226

226. EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de consignación en la letra del domicilio del librado: se estima suficiente la indicación de una cuenta corriente sin especificar la sucursal de la entidad bancaria: atenuación del rigor cambiario por tratarse de un requisito establecido a favor del librador: razones extracambiarías que determinan el rechazo de la oposición: carácter secundario de este requisito formal. Pago parcial anticipado: falta de prueba. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO; Que, impugnándose la sentencia recurrida en virtud del incumplimiento de lo prevenido en el número séptimo del artículo 444 del Código de Comercio; relativo a la consignación en la letra de cambio del domicilio del librado, lo que, en opinión del recurrente, no consta efectuado en debida forma al haberse domiciliado el efecto en una cuenta corriente de una entidad bancaria de esta ciudad sin especificar la oficina concreta en que esa cuenta está abierta, circunstancia que en su momento impidió la localización de la cuenta y el consiguiente pago de las cambiales origen de este pleito, y que

sin duda constituye una clara infracción de lo dispuesto en el citado artículo haciendo perder a tales efectos la fuerza ejecutiva que en otro caso tendría, no pueden admitirse esas argumentaciones porque la fijación del domicilio del librado es un requisito formal establecido en beneficio del librador para que pueda éste conocer el lugar de la residencia del librado o el lugar concreto en el que, llegado el día del vencimiento, pueda presentar la letra al cobro y, en defecto de pago, pueda protestarla, y, aunque es patente y conocido por esta Sala el rigorismo formal que informa a cuanto está relacionado con los requisitos cambiarios recogidos en el artículo 444 del Código de Comercio, ya mencionado, sin embargo no cabe dotar al de la designación del domicilio del librado de unas exigencias tales que, sin duda, vulnerarían el espíritu de la norma, bastando con la determinación de un domicilio que quede suficientemente señalado y que no sea de imposible localización, pues en definitiva a quien tiene que perjudicar la falta de detalle en su designación es precisamente a quien se ha de beneficiar de la operatividad y eficacia del efecto, esto es, al librador o tomador, y es a éste a quien debe corresponder exigir una mayor concreción o determinación del domicilio concreto en que deba ser hecho el pago o el protesto, bastando, por consiguiente, la mera designación del domicilio y que éste quede determinado en manera tal que no se haga imposible la búsqueda o localización del librado, lo que está en consonancia, además, con las prescripciones mercantiles relativas al lugar en que deba hacerse el protesto, señalándose en el artículo 505 del Código de Comercio los distintos lugares y domicilios en que esa diligencia puede hacerse, denotándose así que, si bien es precisa la constancia de un domicilio para el pago —y ello en virtud de la exigencia ritual del artículo 444 citado—, no puede ser llevado ese imperativo legal a límites rigurosos tales que haga ineficaz y falta de fuerza ejecutiva a la letra en la que no conste fiel y detalladamente explicitado el domicilio del librado, pues los preceptos aludidos admiten, implícita o explícitamente, que la fijación del domicilio no se haya hecho con la pulcritud pretendida por el recurrente. Cuanto acaba de indicarse tiene evidente aplicación al caso presente, siendo de resaltar, de un lado, que el domicilio del librado fué designado atendiendo a lo expresado en el contrato firmado por los litigantes, en el cual no se explicita la oficina bancaria concreta en que el pago —y, en su caso, el protesto—, debía ser hecho, sino que se recogen las mismas expresiones que luego serían transcritas en la letra de cambio; y, de otro, que, tal y como ambas partes reconocieron, son numerosas las relaciones mercantiles habidas anteriormente entre ellas, especificándose en los efectos dimanantes de tales relaciones el mismo número de cuenta y también la oficina bancaria en la que estaba abierta la cuenta corriente, y, aunque en los efectos sobre los que se soporta este litigio no consta mención a aquella oficina, ello no es óbice para estimarlos con fuerza ejecutiva, habiendo visto el librador perjudicado temporalmente su cobro al no haber exigido en su momento una mayor falta de concreción en el domicilio del librado, pero esa falta de detalle no puede hacer perder fuerza ejecutiva so pena de llevar a extremos en exceso formalistas un requisito que sin duda tiene una misión relativa y de segundo orden y que tan sólo puede perjudicar al librador del efecto, por todo lo cual procede desestimar la impugnación que se centra en la cuestión examinada.

CONSIDERANDO: Que, habiéndose impugnado también la sentencia aduciendo el recurrente el pago de las letras ejecutadas, a cuyo fin aportó un recibo fechado varios días antes del día en que, según consta en las letras, fueron éstas expedidas, indicándose por el apelante que el pago se realizó con el carácter de anticipado y a cuenta del importe de tres efectos cuyos vencimientos habían de producirse varios meses después, tampoco puede admitirse cuanto se alega en esta instancia en reproducción de lo ya expuesto en la anterior, pues, sosteniéndose el pago anticipado, corresponde demostrar debidamente que en afecto así fué, sin jugar con presunciones ni aproximaciones que a nada efectivo pueden conducir, y, realizando una mera comparación de documentos y de fechas, resulta que tanto la expedición como el vencimiento de las cambiales son efectivamente de fecha posterior a la del recibo con cuya aportación se desea justificar el pago, sin que en este documento conste referencia alguna a los efectos que liquida ni, sin que, a lo largo de todo el pleito, haya habido demostración alguna de que así haya sido, siendo de subrayar que en casos como el presente, en que median numerosas relaciones entre los contendientes y en los que no se han traído otros medios probatorios de mayor eficacia, ha de quedar debidamente probado que el pretendido pago anticipado lo fué en realidad, y que fué hecho en liquidación de una concreta deuda identificada, lo que era posible en el presente

caso con la sola mención de la numeración de los efectos o de sus fechas de vencimiento, pues de lo contrario, al no constar la concreta imputación del pago realizado, puede entenderse que ese pago corresponde a deudas anteriores dimanantes de otras relaciones mercantiles anteriores en el tiempo; y, así como se hace preciso que se indique expresamente en la letra la cantidad concreta que se paga en los casos en que el pago no se corresponde con el montante moninal del efecto por ser inferior a éste, de tal suerte que si así no se hace conserva el acreedor cambiario la totalidad del crédito incorporado a la letra (sentencias de esta Sala de 5 de marzo de 1980 y 19 de enero de 1981), de igual modo se hace necesaria esta constancia, en la misma letra o en el recibo justificativo de pago, cuando el pago se realiza anticipadamente, y con mayor razón todavía si son numerosas y seguidas en el tiempo las relaciones entre los litigantes, pues en otro caso no habría modo de acreditar el pago pretendido por el recurrente; y, sucediendo así en el supuesto que se estudia, sin que haya quedado probado el pago de las letras, quedando siempre al recurrente la vía declarativa ordinaria para dilucidar con mayor extensión y garantía sus derechos, procede desestimar igualmente la impugnación de fondo sostenida.

CONSIDERANDO: Que procede condenar en costas al recurrente por ser preceptivo.

FALLAMOS: Que con desestimación del recurso de apelación formulado por el Procurador Don J. J. P. F., en nombre y representación de Don M. J., contra la sentencia de cuatro de Febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de esta Capital, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, con expresa imposición de costas en esta instancia a la parte apelante.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

227

227. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Cierre por transformación del local de negocio en almacén; consentimiento tácito; inexistencia. Diferencias entre consentimiento y conocimiento: no implica lo primero la demora en el ejercicio de la acción resolutoria. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente-demandada, no obstante reconocer que se pactó expresamente que el local de negocio arrendado se destinaría "exclusivamente a la venta de comestibles, ultramarinos y similares, quedando terminantemente prohibido el cambio en el ejercicio de esta actividad sin permiso escrito del arrendador", y que el referido local permanece cerrado al público desde el año 1977, en el que el hoy apelante cerró dicha tienda de comestibles y viene dedicando el local a almacén para guardar los productos que vende en un puesto de venta en la plaza Pedro Garau de esta ciudad, impugna la sentencia estimatoria de la acción resolutoria arrendaticia basada en la causa 11ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con su artículo 62 número 3º, por existir, según el apelante, tácito consentimiento para transformar el local de

negocio en almacén, lo que invalida, haciéndola improsperable, la acción resolutoria ejercitada.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que la primitiva usufructuaria y arrendadora del local objeto de esta litis —fallecida el 16 de Mayo de 1980 (folio 7)— y luego sus hijos, los ahora actores-apelados, conocieran desde hace años por razones de vecindad y por trato personal con el hoy recurrente, la transformación del local de negocio en almacén y el cierre del inmueble arrendado, no implica en sí, ni se deduce en puridad de ello, tácito consentimiento a dicho cambio de destino, ni legitima el cierre al público del local arrendado, ya que no puede identificarse conocimiento con consentimiento, aquel es un hecho intelectual, este, un acto volitivo. Por ello el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Junio de 1955 declaró que “el hecho de que el arrendador conozca la transformación que su inquilino está llevando a cabo en la cosa arrendada, sin hacerle objeción ni oposición alguna, no cabe deducir una tácita conformidad con tales hechos, ya que es sabido que en general el silencio no puede valer como declaración de voluntad, y solo en determinadas condiciones cabe interpretarlo como tácita manifestación de consentimiento”, condiciones que no se dan en el presente supuesto, como expone y fundamenta, con total acierto, el Juez de instancia. Sin que el hecho de haberse ejercitado la acción varios años después de aquel cierre y transformación del local, implique tácito consentimiento, y que tal retraso no puede tener, en el actual caso, otro alcance que en orden a su eficacia en relación al plazo señalado en la Ley, que es el que, con carácter general, establece para las acciones personales el artículo 1964 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que, aparte de lo expuesto, hay que resaltar que la condición 2ª del contrato de arrendamiento que vincula a los hoy litigantes (folio 9), que antes se hizo mención como reconocida por el recurrente, establece para todo cambio en la actividad que se estipuló que se ejercería en el inmueble arrendado —venta de comestibles, ultramarinos y similares—, el consentimiento escrito del arrendador, lo que excluye el consentimiento tácito o presunto aducido por el apelante como fundamento de su recurso.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse el único motivo de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que se incorporan como parte integrante de esta, procede la confirmación del fallo recurrido previa desestimación de la apelación interpuesta.

CONSIDERANDO: Que el apartado segundo del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dispone que en las apelaciones el Juzgado o Tribunal hará sobre las costas del recurso el pronunciamiento que repute justo en consideración a si aprecia o no temeridad en el apelante.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por Don J. E. G., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha treinta de Marzo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez accidentalmente del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, en el juicio incidental de resolución de contrato de arrendamiento urbano, de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

228. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por cierre: procede esta causa cuando el cierre supone abandono, no cuando la falta de apertura obedece a realización de obras de adaptación del local. Valoración de la prueba y desestimación de la demanda. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el tema sometido a esta alzada consiste en determinar si en el supuesto contractual litigioso —arrendamiento de local de negocio— concurre la causa resolutoria establecida en el n.º 3 del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su doble exigencia de cierre del local durante más de seis meses en el transcurso de un año y de ausencia de justa causa. Cierre resolutorio que se configura, en la tesis actora, como transcurso de más de seis meses desde la fecha de celebración del contrato de arrendamiento sin que el local haya sido abierto al público. Justa causa que existe, según la entidad demandada, en cuanto la falta de apertura al público estuvo ocasionada por la realización de las obras necesarias para acomodar funcionalmente el local arrendado.

CONSIDERANDO: Que antes de analizar si los hechos básicos de la pretensión actora y de la defensa de la entidad demandada han quedado acreditados, conviene precisar que la norma contenida en el artículo 62, n.º 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se refiere, como declara el Tribunal Supremo en S. de 3-7-63, a cuando el cierre acusa abandono, de forma que —en la traslación conceptual determinada por el supuesto litigioso— una no apertura al público motivada por la realización de las obras necesarias de adaptación del local no es hecho determinante de la apreciación del no uso, sin necesidad de distinguir, en principio, si esa falta de actividad negocial lo ha sido por menos o por más de seis meses, por cuanto el local no ha permanecido cerrado por prescindir del mismo para el negocio, sino, precisamente, por realizar las obras que adaptándolo a su específico destino permitirán su utilización. Enfoque conceptual que, por una parte, permite diferenciar —en contra de las alegaciones del recurrente— un cierre por causa de obras de adaptación que se encuentran en fase de ejecución o que terminadas han posibilitado la apertura al público del local, de un cierre amparado en la necesidad de realizar obras de igual naturaleza que, pese al transcurso de largo tiempo, no han sido iniciadas o han sido voluntariamente paralizadas, y, por otra parte, centra la problemática del primer supuesto en determinar si la ejecución de las obras ha estado o está dirigida por una actividad normal del arrendatario o, por el contrario, éste ha manifestado mediante sus actos, una falta de intención de abrir el local al público; situación que si inicialmente resultaría convalidada por la posterior apertura pública, sería conciliable, en un orden de mayores exigencias, a través de un imputable y anormal, por excesivo, transcurso de tiempo.

CONSIDERANDO: Que al ser hechos concordados por los litigantes que el contrato de arrendamiento litigioso se celebró el 24 de septiembre de 1980 y que el local objeto del mismo se abrió al público a finales de diciembre de 1981, es claro concluir que durante el tiempo intermedio el citado local estuvo materialmente cerrado; cierre que, en definitiva, es admitido por la entidad arrendataria demandada si bien con distinta eficacia —dada la concurrente causa alegada como justa— a la pretendida por el actor, ahora recurrente.

CONSIDERANDO: Que analizado el material probatorio obrante en autos resulta que: 1º) En los meses de octubre y noviembre de 1980 se realizan en el local arrendado,

por encargo de la entidad arrendataria y bajo la dirección técnica del arquitecto Don R. P. P., las obras necesarias para desmontar las instalaciones del negocio existente con anterioridad —factura de iluminación (folio 215), factura de mano de obra de dos obreros durante 15 días (folio 194), declaraciones testificales de Doña A. M. M. O. (folio 45) y del citado Arquitecto Don R. P. (folio 213); 2º) El 14 de enero de 1981 la entidad demandada encarga a los Arquitectos Don R. P. P. y Don J. M. F. C. la dirección de las obras de reforma del local objeto del contrato litigioso para adaptarlo a las necesidades funcionales de la agencia bancaria que se instalaría posteriormente (hoja de encargo, folio 199) así como su previo proyecto que no podía realizarse en tanto no se hubieran desmontado las preindicadas instalaciones (declaración del Arquitecto Don R. P. P.) y que tardó en redactarse tres meses según declara éste Arquitecto y un mes y medio, aproximadamente, según recuerda el Arquitecto Don J. M. F. (folios 213 y 214); 3º) El presupuesto de las obras de reforma asciende a la cantidad de 10.224.080,24 pesetas (folios 256 y 301); 4º) La entidad demandada solicita el 13-2-81 licencia municipal para las obras menores de repicado de paredes y cambio de embaldosado, que resulta concedida el 9-3-81 y en fecha 26-3-81 licencia de igual naturaleza para las obras de reforma que, tras la obligada intervención de la Comisión del Patrimonio Artístico, se concede el 8 de octubre de 1981 (folios 21, 23 y 224); 5º) La ejecución de las obras se inicia en el mes de octubre de 1981.

CONSIDERANDO: Que los hechos precitados entre los que, a efectos resolutorios, destacan la iniciación de obras previas con notable inmediatez a la fecha de celebración del contrato, el presupuesto de las obras de adaptación, la continuada ejecución de éstas, y la condición de imprescindibles que algunos de ellos tienen para la realización de otros posteriores, evidencian una conducta arrendataria demostrativa de una intención de iniciar la actividad negocial por la se vinculó contractualmente y no permiten inferir una duración excesiva de la ejecución de las obras ni un deseo que —vista la posterior apertura pública— sería transitorio de prescindir del local arrendado, por lo que se impone, necesariamente, la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial declaración sobre las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don R. F. B., representado por su hijo Don S. F. de C. y Q. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, en el juicio arrendaticio de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

229. EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de consignación de las siglas "S.A.", complementarias del nombre social del tomador ejecutante. Falta de provisión de fondos: inoponibilidad de esta excepción. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio protestada por falta de pago, instauradora de este juicio, se formularon en primera instancia como causas de oposición y ahora se reiteran en esta alzada, como motivos de apelación, las siguientes excepciones: a) la de falta de personalidad en el ejecutante (7^a del artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por cuanto el ejecutante en esta litis es el Banco "X", Sociedad Anónima, y el tomador de la letra de cambio ejecutada, el Banco "X", y b) la de falta de provisión de fondos (números 1^o y 2^o del artículo 1467 de la citada Ley Procesal).

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de apelación se ha de desestimar por la completa y clara fundamentación expuesta sobre este particular por el Juez "a quo", fundamentación que no fué desvirtuada en el acto de la vista de esta apelación, sino mas bien quedó ratificada por la propia parte recurrente que, "in voce", afirmó que si bien se puede admitir respecto a la determinación de entes y razones sociales un criterio flexible en el ámbito mercantil, ello sin embargo no es dable en la esfera procesal, olvidando que la omisión de las palabras "sociedad anónima" a continuación de las de Banco "X", se produjo en la esfera mercantil, concretamente en la cambial que ahora se ejecuta; amén que según el artículo 443 del Código de Comercio "la letra de cambio se reputa acto de comercio" y el artículo 57 del mismo Código dispone que los contratos de comercio —y por ende los actos mercantiles— se ejecutarán y cumplirán de buena fé, sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el estudio del segundo motivo de apelación, hay que señalar que el Tribunal Supremo patrio mantiene, entre otras muchas sentencias, las de 17 de Enero 1970, 10 Diciembre 1972, 4 Junio 1976 y 4 de Octubre de 1978, una posición ecléctica respecto a la letra de cambio en orden a la hermenéutica del artículo 480 del repetido Cuerpo legal, estimando que la letra de cambio funciona como negocio causal cuando la relación se desenvuelve entre los que negociaron la cambial, y como negocio abstracto cuando la relación recaiga entre el deudor y el poseedor que no obtuvo de aquel la letra. La parte apelante, aceptante de la letra de cambio ejecutada, si bien reconoce que la entidad ejecutante —tomadora del efecto— no tuvo relación contractual alguna con ella, relacionada con la expresada letra de cambio y el criterio jurisprudencial que se acaba de exponer, afirma que la falta de provisión de fondos —incumplimiento de la obligación que impone al librador el artículo 456 del Código mercantil— es oponible en el presente caso a la contraparte, ya que esta conocía, según el recurrente, la inexistencia de provisión de fondos para atender a su vencimiento la repetida cambial. Ciertamente nuestro Tribunal Supremo admite la oponibilidad de la mencionada excepción aún cuando el ejecutante fuese ajeno al contrato subyacente, si conociendo la falta de provisión de fondos hubiera actuado de mala fé con el fin de perjudicar al ejecutado —criterio que viene a coincidir con lo que dispone el artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de Junio de 1930—, mas en el presente caso, la parte recurrente no solo no ha probado, sino que ni siquiera ha propuesto prueba alguna encaminada a demostrar la certeza de tal aserto.

CONSIDERANDO: Que al ser la letra de cambio protestada por falta de pago, sin que se hubiera puesto tacha de falsedad, título que lleva aparejada ejecución (nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al dirigirse la acción contra el aceptante (artículo 480 del Código de Comercio), al desestimarse las excepciones formuladas y al disponer el artículo 526 del citado Código que las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto y cumplidos todos los requisitos exigidos al efecto, procede confirmar la sentencia de remate dictada, previa desestimación de la apelación formulada.

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 interpuesto por Don F. M. B., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiseis de Marzo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, accidentalmente encargado en aquella fecha del Juzgado de Primera Instancia número Dos 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 apelante.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

231

231. EJECUTIVO CAMBIARIO. Pago: sólo se puede probar mediante la tenencia del efecto por quien lo alega. Pago parcial: ha de constar en el mismo efecto. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el ejecutado, ahora recurrente, alegó frente a la pretensión actora y a la ejecución despachada en primera instancia, la excepción de pago por cuanto el importe de las cambiales con vencimiento anterior al 18 de julio de 1981 —las quince primeras en la enumeración obrante en el hecho primero de la demanda— y las libradas al 2 de marzo, el 15 de febrero y el 14 de mayo de 1981 con vencimientos respectivos al 30 de julio, 15 de agosto y 15 de agosto del mismo año —cambiales expresadas en los lugares decimoséptimo, decimonoveno y vigésimo de la enumeración citada— ha sido abonado íntegramente, y la excepción de plus petición por cuanto el pago parcial de las tres letras de cambio restantes no han generado la consecuente disminución en el quantum de la pretensión del ejecutante, ahora recurrido.

CONSIDERANDO: Que para determinar si tales excepciones son atendibles conviene precisar que: 1) En la letra de cambio se incorpora constitutivamente el derecho al papel, siendo inseparable la obligación y el instrumento en que se consigna, por lo que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de la letra de cambio van unidos a la posesión de la misma, como resulta, de la norma contenida en los artículos 482, 483, 491 y 495 del Código de Comercio, donde se dispone que el pago de las cambiales se efectuará precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación siendo la tenen-

cia de la cambial por el deudor —al que ha de devolvérsela contra la percepción total de su importe— el medio de probar el pago; y 2) Como esta Sala tiene declarado en SS. de 5-3-1980 y 19-1-1981" ... formalmente ha de constar en ella (en la letra de cambio) también la imputación de la cantidad que con cargo a la misma se reciba, del modo establecido en el artículo 949 del Código de Comercio: anotando en ella la cantidad cobrada y dando recibo separado de lo percibido, con lo que se excluye la imputación ideal del artículo 1.174 del Código Civil, de suerte que el acreedor cambiario conservará la integridad del crédito incorporado a la letra si la entrega de dinero que se le hubiere hecho por el deudor no se imputase a ella en la forma dicha, o cuando esta imputación no resulte "a fortiori", como cuando el de la cambial sea el único crédito, pero no cuando no obstante la cantidad percibida y sin aquella imputación formal el nominal de la letra exprese una cantidad igual o inferior a lo que en total debe aún el obligado por ella."

CONSIDERANDO: Que el examen del material probatorio obrante en la litis resulta que: 1) El demandado adquirió al actor desde junio de 1980 hasta mayo de 1981 distintos bienes por valor de 8.147.300 pts., importe notablemente superior al de las letras de cambio base de la pretensión actora —3.093.102 pts.—; 2) El documento obrante al folio 71 —aportado por el demandado como prueba del ingreso pago de las cambiales vencidas con anterioridad al 18 de julio de 1981— no contiene referencia específica alguna a dichos títulos; 3) No ha sido propuesto medio probatorio alguno para acreditar la realidad del pago íntegro de las cambiales reflejadas en los lugares decimoséptimo, decimonoveno y vigésimo de la enumeración expuesta en el hecho primero de la demanda; 4) Ninguna de las letras de cambio, base de la ejecución contiene anotación de los pretendidos pagos parciales; 5) Dada la citada existencia de relaciones comerciales por importe superior al reclamado, no es viable imputar, como pretende el ejecutado, el pago de 300.000 pts. (recibo obrante al folio 63) realizado el 26 de enero de 1981 al contrato de compraventa de igual fecha (folio 73) —lo que conduciría en la misma tesis del oponente a tener por abonada la cambial librada el 30 de enero de 1981 por importe de 147.150 pts.— dado que en el citado documento se plasmó una forma de pago aplazado cuya primera entrega de 141.450 pts. habría de realizarse el 30 de abril de 1981; y 6) Tampoco cabe imputar el pago de 218.000 pts. realizado el 30 de marzo de 1981 (recibo obrante al folio 66) a la compraventa efectuada el mismo día (folio 72), pues se estipuló que el primer plazo del pago vencería el 30 de mayo de 1981.

CONSIDERANDO: Que la posesión por el actor de las letras de cambio aceptadas por el demandado recurrente, la adquisición por éste de mercancías por valor superior al importe de aquellos títulos, la falta de anotación en los mismos de los pretendidos pagos parciales y la ilógica base sustentadora de la pretendida imputación de pagos generadora de la plus petición opuesta, en unión de la ausencia de cualquier argumentación tendente a obtener la revocación de la sentencia impugnada dada la falta de asistencia del Letrado de la parte recurrente al acto de la vista del recurso que se resuelve, fundamenta la desestimación de éste y la confirmación íntegra de la sentencia impugnada.

CONSIDERANDO: Que la temeridad que se aprecia en la interposición del recurso de apelación motiva la expresa condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. B. T. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el doce de febrero de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena de la parte recurrente al pago de las costas de esta instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

232

232. RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO. Adjudicación de la finca a cambio de servir y atender a la adjudicante, anterior a la vigencia de la nueva LAR. Derecho aplicable: retroactividad relativa del vigente. Carácter personalísimo de las obligaciones asumidas por el adjudicatario: improcedencia del retracto. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de esta litis es determinar si procede la acción de retracto legal arrendaticio ejercitada —a tal efecto se invoca por el actor el artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1980—, sobre las tres fincas rústicas descritas en el hecho primero de la demanda —todas ellas de treinta y cinco áreas, cincuenta y una centiáreas de superficie—, que el día 12 de Diciembre de 1978, en escritura pública (folios 19/22), fueron adjudicadas en pago en plena propiedad por la arrendadora, propietaria de dichas heredades a tres sobrinos suyos —una finca a cada uno de ellos—, al haberse obligado solidariamente todos estos, en dicho documento público “a servir, cuidar y atender a Doña M. F. C.” (la adjudicante), “prestándole todos los servicios, cuidados y atenciones que su estado requiera, lo mismo sana que enferma” y “a suplir aquello en que los recursos propios de la misma no bastaren para atender debidamente a sus necesidades”; en la misma escritura pública, los adjudicatarios aceptaron las adjudicaciones efectuadas a su favor. La propietaria-arrendadora falleció el 10 de Julio del corriente año (folio 8 del presente rollo), encontrándose esta causa en trámite de apelación.

CONSIDERANDO: Que la primera cuestión que se suscita es la relativa a la legislación aplicable a la acción de retracto legal ejercitada, ya que la transmisión de las fincas se llevó a cabo, vigente el contrato de arrendamiento del actor, el día 12 de Diciembre de 1978, como antes se expresó, y la nueva legislación de Arrendamientos Rústicos —Ley 83 de 31 de Diciembre de 1980—, entró en vigor, al no disponer nada especial al efecto, a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 30 de Enero de 1981; declarando al artículo 89 de esta última Ley —precepto nuevo en nuestro ordenamiento positivo—, que en la adjudicación en pago, entre otros supuestos, el arrendatario podrá ejercitar su derecho de adquisición preferente en la misma forma establecida para el tanteo o el retracto. Se trata pues de un problema de determinación de la eficacia de dicha nueva normativa en el tiempo, o en otros términos, si tiene o no efecto retroactivo.

CONSIDERANDO: Que el Código Civil en su artículo 2º.3 proclama que “Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”. Tal precepto en su esencia, es solo una regla dirigida al Juez, quien únicamente deberá aplicar retroactivamente una Ley cuando ella misma lo mande, pues en nuestro ordenamiento legal ha dominado ininterrumpidamente el respeto a las situaciones jurídicas creadas al amparo de las Leyes anteriores, siempre que las disposiciones de la nueva legislación alteren, lesionen o desconozcan los derechos legítimamente adquiridos o contradigan sus consecuencias legales, según se deduce del transcrito precepto del Código Civil —que sanciona el principio de irretroactividad— y del sentir general de sus Disposiciones transitorias, las cuales, según la jurisprudencia, tienen el carácter de reglas interpretativas y complementarias de lo que preceptúa dicho apartado tercero. Si bien, atendido los términos literales del párrafo primero de la disposición transitoria primera de la repetida Ley de 31 de Diciembre de 1980 que dice: “Quedan sujetos a esta Ley los contratos de arrendamiento o aparcería sobre

fincas rústicas, cualquiera que sea la fecha de su celebración, con las salvedades que establecen las reglas siguientes: Primera...”, podría estimarse que lo estatuido en la nueva legislación es aplicable a los contratos que se hallaren en vigor el momento en que empezó a regir, para regular sus efectos —pasados, presentes y futuros—, sin mas excepciones que las que resultan de las tres reglas que contiene dicha disposición transitoria, no ha sido esta interpretación literal la que ha predominado en la doctrina y en la jurisprudencia —cabe citar la sentencia de 12 de Noviembre de 1958 que, si bien se refiere a la irretroactividad de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es de total aplicación a la Ley de 31 de Diciembre de 1980, pues la forma de retroactividad querida por el legislador en el precepto ultimamente transcrito, es la de grado mínimo o atenuada, de modo que solamente los efectos producidos por los contratos, cualquiera que sea su fecha, con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley, habrán de regirse por los preceptos de esta, debiendo resolverse, en cambio, por las normas del Derecho derogado, los efectos que dichos contratos hayan podido producir anteriormente, o los hechos que con anterioridad hayan podido tener lugar, salvo en aquellos casos en que la Ley disponga expresamente lo contrario. Conforme al principio antes mentado, no ofrece dudas que los efectos generales producidos por el contrato con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley se regirán por el Derecho derogado, y los efectos generales del contrato que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la Ley número 83 de 1980, serán disciplinados por el Derecho nuevo.

CONSIDERANDO: Que, consecuentemente con lo que se acaba de exponer, y toda vez que la adjudicación en pago de servicios de las referidas fincas arrendadas a los tres demandados hoy sobrevivientes —también fué demandada la adjudicante, hoy fallecida— tuvo lugar dos años antes de promulgarse la nueva normativa arrendaticia aplicable a fines rústicas, es indudable que los posibles efectos jurídicos de tal transmisión, respecto a los legítimos derechos que tenía entonces el hoy apelante-actor, como arrendatario de tales heredades, se han de regular por la legislación especial anterior a la hoy vigente, concretamente por el Reglamento para la Aplicación de la Legislación de Arrendamientos Rústicos, aprobado por el Decreto número 745/1959, de 29 de Abril.

CONSIDERANDO: Que, resuelto el problema de la legislación aplicable, procede entrar en el estudio de la segunda cuestión, la relativa a si a tenor de la normativa especial anterior a la hoy vigente, procede el retracto legal arrendaticio promovido, y en ese sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1975 en la que declara que lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de Abril de 1959, no significa que en todos los casos de transmisiones de fincas rústicas arrendadas puedan, sin mas, ejercitarse el retracto por los arrendatarios, pues han de concurrir entre otros requisitos, el que sea posible la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o primer adquirente, porque aún cuando el retracto arrendaticio rústico regulado en tal precepto constituya, según tiene declarado esta Sala, mas que un simple derecho a subrogarse en el lugar del adquirente de una finca, una forma de acceso a la propiedad de la tierra por parte de quienes la llevan en arriendo, el efecto que del mismo se deriva es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o primer adquirente, y así lo reconoce el propio artículo 16 al decir que se podrá ejercitar “subrogándose el —arrendatario— adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión”; y lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 11 Mayo 1943, 28 Febrero 1950, y 3 de Octubre y 7 Diciembre de 1951, al declarar que el retrayente se subroga en el lugar del primer adquirente en las mismas condiciones del contrato de transmisión, lo cual implica que ocupe el lugar de este y lo sustituya, no solo en el derecho de dominio, sino también en las obligaciones y cargas que en el contrato transitorio se hayan establecido para el primer adquirente, por lo que no podrá ejercitarse el retracto cuando las contraprestaciones del mismo consistan en obligaciones de carácter personalísimo impuestas “intuitu personae”, en cuanto son intransmisibles y no puede el retrayente subrogarse en ellas.

CONSIDERANDO: Que ello es lo que sucede con relación a la transmisión de las fincas rústicas a que se refiere el juicio origen del presente recurso, pues, según el contrato transitorio otorgado ante Notario el 12 de Diciembre de 1978, fueron adjudicadas en pago de servicios por su propietaria a los tres sobrinos de ella, los hoy apelados, a cambio

de haberse obligado solidariamente todos estos, "a servir, cuidar y atender" a la adjudicante, "prestándole todos los servicios, cuidados y atenciones que su estado requiera, lo mismo sana que enferma" y "a suplir a aquello en que los recursos propios de la misma no bastaren para atender debidamente a sus necesidades", no pudiendo los adjudicatarios, enajenar ni gravar por cualquier concepto los inmuebles adjudicados sin el consentimiento de la adjudicante, y quedando la transmisión de las fincas sujeta a la condición resolutoria en caso de que los adjudicatarios no cumplieren bien y fielmente las obligaciones contractuales asumidas; de donde resulta que en tal contrato se estipuló una amplia gama de prestaciones de servicios por parte de los adjudicatarios a favor de la transmitente, teniendo en cuenta el parentesco entre esta y aquellos, y que los adquirentes se obligaron solidariamente al cumplimiento de todas las prestaciones asumidas, tanto personales como económicas, lo que revela el carácter fundamental y personalísimo de las mencionadas obligaciones o contraprestaciones de tracto sucesorio, en las que, por tanto, no puede subrogarse el arrendatario retrayente; sin que el hecho de que varios meses después de haberse dictado la sentencia de primera instancia, haya fallecido la transmitente de las fincas, altere jurídicamente la cuestión que quedó planteada con la interposición del escrito inicial de este proceso y que ahora es objeto de revisión en esta alzada.

CONSIDERANDO: Que, de acuerdo con lo expuesto, se estima que el arrendatario demandante no puede ejercitar el retracto de las fincas aludidas, como así lo declaró el Juez "a quo" por ello procede desestimar el presente recurso.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por Don A. S. G., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Señor Juez de Primera Instancia del Juzgado de Manacor, en el juicio de retracto de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. Dada la no personación de la herencia yacente de la codemandada Doña M. F. C., notifíquese esta sentencia en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si no se insta en el término de tres días su notificación personal al representante legal de dicha herencia.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

234

234. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima. Peatón alcanzado al cruzar un paso de peatones con el semáforo en rojo. Desestimación de la excepción. Pluspetición: hecho ocurrido antes de entrar en vigor el Dr. 1653/80, de 4 de Julio y pensión asistencial fijada con arreglo al mismo. Estimación de esta excepción. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, como consecuencia de la instauración de normativa específica para sucesos lesivos ocurridos con la intervención de vehículos de motor, inspirada primordialmente en una finalidad social de atender a quienes, viéndose envueltos en un hecho luctuoso ocasionado por un vehículo, con o sin culpa de los mismos, pueden no encontrarse en una aceptable situación económica para subvenir a posibles gastos cuantiosos derivados de ellos, se hizo nacer un mecanismo originador de responsabilidad que, aunque inicialmente basado en los criterios clásicos de las relaciones jurídicas extracontractuales, quedaba extraordinariamente mermado al denotarse una tendencia objetivizante en el nacimiento de esa responsabilidad que tan sólo cede en concretos supuestos prefijados taxativamente por la norma. En efecto, dado el modo en que aparece redactada la norma aplicable, se establece, en contemplación a ese fin social y protector, la responsabilidad de todo aquél que, de uno u otro modo, haya intervenido en un accidente de tráfico, con las solas excepciones que ella misma determina, entre las que se encuentra la de la culpa única o exclusiva de la víctima, lo que equivale a afirmar una presunción de responsabilidad civil en quien haya participado en la producción de un resultado dañoso, la cual presunción únicamente puede disiparse demostrándose que no se contribuyó en la producción del daño, sino dentro de los límites de estricta causalidad, esto es, que se actuó del modo previsor y diligente exigido por la misma norma, pues de lo contrario —y en virtud del juicio normativo de reproche a efectuar por no haberse atemperado a las exigencias legales— surgirá la responsabilidad civil (de ordinario, en las entidades aseguradoras correspondientes). En consecuencia, se hace preciso determinar previamente el contenido de la culpa o negligencia, del causante del resultado lesivo así como la intensidad con que le es exigible, para hacer luego la oportuna aplicación al caso concreto.

CONSIDERANDO: Que los elementos necesarios para que pueda aseverarse la existencia de culpa o negligencia son los siguientes: 1º) la cognoscibilidad del resultado, esto es, que el sujeto agente pueda saber (presupuesta su capacidad natural cognoscitiva) la naturaleza dañosa o lesiva del resultado luctuoso, de acuerdo, claro está, con las concepciones que mantiene el ordenamiento jurídico y no conforme sus particulares o personales concepciones, debiéndose presumir este requisito en toda aquella persona que circula conduciendo un vehículo de motor, en tanto que si es capaz de manejarlo también lo es para saber los posibles daños que de su conducción pueden derivarse; 2º) la previsibilidad de ese resultado, es decir, la posibilidad previsora (poder prever) que ha de darse en el conductor representándose mentalmente la posibilidad de la producción de un resultado lesivo para terceros, no significando este requisito sino la anticipación intelectual de la posibilidad de una acción culposa o negligente de parte de la víctima y un "ir por delante" de ésta, que le haga adoptar las precauciones necesarias en evitación de un accidente; y 3º) la evitabilidad de tal resultado, o sea, la posibilidad de impedir su efectiva realización (poder evitar), lo que no siempre es dable aún cuando concurren los anteriores requisitos. Así pues, tan sólo cuando el resultado dañoso sea cognoscible, evitable y previsible podrá afirmarse la culpa de quien intervino en un accidente circulatorio sin ser su víctima. Pero tales condiciones no pueden operar jurídicamente sin ser analizadas desde una perspectiva normativa —la que regula las cuestiones automovilísticas en nuestro derecho— que las haga exigibles en atención a las circunstancias del caso concreto (deber de prever y de evitar, siempre que exista posibilidad de prever y de evitar), surgiendo así el juicio normativo de culpabilidad, que sin duda tiene aplicación en esta parcela del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el criterio legal sobre la exigibilidad de tales deberes —de prever y de evitar— se caracteriza por una especial intensidad que, desde luego, excede los baremos propios de la culpa penal y aún de la civil ordinaria, de tal suerte que, en virtud del ministerio de la ley, surge un deber extremado de diligencia que, aún encontrándose dentro de los límites de lo que a toda persona puede serle exigido, excede del concepto de normalidad habitualmente utilizado en el campo jurídico ordinario, y ello es así en virtud de las especiales características que rodean la circulación viaria, singularizada por el riesgo que emana de la misma utilización de vehículos de motor que incrementa en gran medida la probabilidad de causación de lesiones a quienes circulan o deambulan próximos a lugares por los que aquéllos discurren, de tal suerte que esa intensificada exigibilidad sólo debe ceder en aquellos casos en los que queda diáfananamente demostrada la imposibilidad o extraordinaria dificultad de prever o de evitar un resultado luctuoso, pues de no ser así se jugaría con los criterios que usualmente suelen informar los demás órdenes jurídicos y aún el civil fue-

ra de los casos que ahora se analizan. Esa demostración, destructora de una especial presunción de culpa o negligencia impuesta por imperativo legal, aún siendo indudablemente dificultosa, dada la intensidad con que aparece establecida, y aún abocando en numerosas ocasiones a resultados malogrados, pues no sólo debe probarse una conducción respetuosa de las normas de tráfico, sino que impone una drástica demostración de la observancia del principio de conducción defensiva, eminentemente precavida (sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1981), no supone en puridad una radical imposibilidad de demostración de la corrección con que circulaba el causante del accidente, sino tan sólo un aumento de los obstáculos a salvar, impuesto por el fin social que sin duda persigue nuestro ordenamiento jurídico en cuestiones como éstas.

CONSIDERANDO: Que, haciendo aplicación al caso presente de cuanto se acaba de indicar, el problema de la determinación de si en el conductor de la motocicleta hubo o no culpa se centra, en primer término, en comprobar si su comportamiento fué lo suficiente previsor en atención a las circunstancias concurrentes, pues es evidente que aquella exigencia normativa intensificada ha de conjugarse con las particulares circunstancias que rodeaban al agente para calificar adecuadamente su posible responsabilidad. Y si resulta claramente acreditado, y así se desprende de cuanto se actuó en las diligencias penales precedentes a este litigio, que el motorista se dirigía hacia una vía que no es muy ancha, en la que existe un paso de peatones muy concurrido en pleno día por ser lugar céntrico, procedente aquél de una plaza cuyo recorrido le permitía percatarse adecuadamente —siempre que circulara con la diligencia que en cualquier caso le es exigible y marchara a velocidad moderada, tal y como lo reconoció el mismo conductor— de cuanto allí sucedía, viendo, conforme se aproximaba a esa velocidad moderada, que varios peatones cruzaban la calzada pese a hallarse cerrada la luz que les autorizaba a ello y tener preferencia de paso los vehículos, es claro que podía prever cualquier eventualidad o contingencia que de aquellos cruces indebidos de calzada pudiera presentarse, porque el requisito de la previsibilidad se caracteriza por una "visión anticipada" de probables eventos dañosos, por un "ir por delante", incluso, de los mismos infractores, previendo las consecuencias lesivas inmediatas que sus inadecuadas conductas pueden producir; y el hecho mismo de irse aproximando hacia aquel punto, acercando el riesgo hacia los peatones, pudo y debió hacer nacer en su conductor la representación de un posible resultado luctuoso y, como consecuencia de ello, la puesta en marcha de los mecanismos correctores precisos que impidieran transformar en realidad lo que debió pensar como posible, esto es, la reducción de la velocidad a que marchaba como medio de impedir cualquier accidente, pues el hecho de circular con estricta sujeción a las normas de tráfico no le justificaba suficientemente, al menos desde la óptica civil concreta a partir de la cual se enjuician los hechos. Con lo expuesto, queda patentizada la falta de previsión de un hecho que era perfectamente previsible, porque a nadie se le escapa la indudable imprudencia de personas de edad o de niños que inconscientemente cruzan calles sin cerciorarse en muchos casos del estado de la circulación, y esto era susceptible de ser pensado y previsto por quien llevaba en sus manos un elemento generador de riesgo, máxime si se toma en consideración que junto a la lesionada marchaban varios peatones que tuvieron que ser vistos por el motorista y que, por consiguiente, éste, en previsión de cualquier contingencia que a éstos pudiera acaecer, quedaba obligado a aminorar la marcha. En segundo término, se manifiesta también la posibilidad de evitación del accidente, pues si el motorista hubiese actuado con la previsión que le era exigible, de acuerdo con los cánones que informan el tipo de diligencia que se está aplicando, sin duda hubiese evitado un resultado como el que se produjo. Por todo ello, y en vista de que el accidente era previsible y evitable, desde la óptica de una persona que se comportase con la diligencia exigida por el ordenamiento jurídico en cuestiones como la examinada, procede entender que no sólo hubo actuación imprudente en la víctima, sino también en el conductor de la motocicleta, por lo que debe ser revocada la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que, desestimada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, procede examinar la de plus petición también alegada por el ejecutado y no atendida por la sentencia recurrida por razones obvias, la cual excepción encuentra su fundamento en doctrina que reiteradamente ha pronunciado esta Sala en orden de la cuantía a conceder al amparo de los autos expedidos con arreglo a las prescripciones de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor cuando los hechos sucedieron con anterioridad a la vigencia

de la normativa actual, reflejada en el Real Decreto 1653/1980, de 4 de julio, según la cual debe concederse la cantidad máxima de doscientas pesetas diarias por cada uno de los días que la víctima haya tardado en curar de las lesiones padecidas, debe accederse a tal pretensión precisamente por ser aplicable a la normativa ya derogada, cuyo artículo 23 ha de ser el índice determinante del importe indemnizatorio a conceder, conforme señalaron las sentencias de esta Sala de 20 de julio de 1975, 2 de noviembre de 1979 y 23 de noviembre de 1981, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que siempre cabe a la parte de acogerse, si es que así le interesa, al resultado del oportuno juicio declarativo promovido a su instancia, reduciéndose pues la cantidad a conceder a la suma de 14.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que, dado lo anteriormente expuesto, ha de entenderse expedido el título ejecutivo irregularmente, al señalarse una cantidad superior a la determinada legalmente en el momento de producirse el accidente (el día 22 de agosto de 1979), conllevando ello la nulidad del juicio en todo lo que exceda de esa cantidad, debiéndose acoger aquella excepción de plus petición y reducir a la suma señalada el montante a conceder judicialmente. Por consiguiente, aplicándose el párrafo tercero del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer declaración especial sobre el pago de las costas causadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don J. C. P., en nombre y representación de Doña M. G. A., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de esta Capital, en dieciséis de abril de mil novecientos ochenta y dos, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y, en consecuencia, desestimando la excepción de culpa exclusiva de la víctima y estimando la excepción de plus petición aducida por el Procurador Don F. R. O., en nombre y representación de "M.N., S.A." decretando parcialmente nulo el juicio en la cantidad de sesenta y dos mil ciento setenta y dos pesetas, debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución por la suma de catorce mil pesetas, acordando se haga pago de la misma a la parte ejecutante con cargo a la cantidad consignada, más el abono de los intereses legales de esa cantidad conforme el artículo 921 bis desde la fecha de esta sentencia hasta que el pago se verifique. Todo ello sin hacer especial declaración sobre costas en ambas instancias.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

239

239. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Resolución del contrato por abandono de la explotación y por expiración del plazo contractual y sus prórrogas. Inconurrencia de la primera causa. Análisis de la prueba. Finalización del término: determinación precisa de si el arrendatario es cultivador personal y directo, lo que ha de ser objeto de interpretación amplia: se infiere que lo es del aprovechamiento propiamente agrícola al resultar probado que lo es del ganadero (principal, según el contrato). Improcedencia de esta causa resolutoria. Normativa aplicable. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el contrato litigioso celebrado el 12 de diciembre de 1963 entre la entonces propietaria Doña C. M. F., madre de la actora, y el demandado Don J. M. M., tuvo como objeto la cesión a éste, a cambio de renta, de la finca "Can Company", de seis cuarteradas aproximadamente, para que fuera dedicada, combinada y simultáneamente, a una explotación agropecuaria en la que el aprovechamiento avícola resulta prevalente según se estipuló en la cláusula segunda del documento en que se plasmó la contratación (folios 18 y 19), y el agrícola accesorio, dada su conexión subjetiva y objetiva, sin que a la conceptualización agropecuaria sea oponible el específico destino avícola obrante en la cláusula segunda citada pues en línea teórica moderna se entiende que la ganadería comprende especies animales que, por regla general, no han estado ligadas al cultivo fundiario, tales como la avicultura, cría de conejos, abejas, etc.

CONSIDERANDO: Que del contenido de la demanda se infiere que la actora solicita la resolución del precitado contrato por, en primer lugar, haber abandonado el arrendatario la explotación agrícola y, en segundo lugar, por expiración del plazo contractual y prórrogas aplicables dado que al no predicarse del demandado su condición de cultivador agrícola personal no resulta aplicable la norma contenida en el párrafo segundo de la regla primera de la Disposición Transitoria primera de la Ley 83/80, de 31 de diciembre reguladora de los Arredamientos Rústicos.

CONSIDERANDO: Que la falta de explotación de la finca arrendada es causa resolutoria que la actora refiere únicamente al simultáneo y accesorio aprovechamiento agrícola, por lo que, supuesto por tácita admisión el cumplimiento de la prevalente finalidad avícola, la cuestión queda reducida a determinar si el arrendatario realiza o no los cultivos de carácter conexo y siendo que mediante la prueba pericial emitida en la litis (folios 62, 63, 64 y 65) ha quedado acreditado que las porciones de tierra señaladas con las letras A y B, en el plano obrante al folio 65, con una extensión aproximada de 5 cuarteradas, se hallan sembradas de cereal, que si esta siembra se realizó a finales de enero de 1980 o principios de febrero del mismo año fué por la sequía existente, y que la porción de tierra señalada con la letra C, de 1 cuarterada, si bien en el último año agrícola no ha sido cultivada, si lo estuvo en el anterior, es llano concluir, como lo hizo el Juzgador a quo, la inexistencia de la alegada causa de desahucio, sin que el acta notarial aportada con la demanda tenga eficacia probatoria para contrarrestar lo concluido, dado que carece de suficiente potencialidad a causa de la indeterminación de las apreciaciones básicas que contiene.

CONSIDERANDO: Que determinar si la norma contenida en el segundo párrafo de la regla primera de la disposición transitoria primera de la vigente Ley de Arredamientos Rústicos es aplicable al supuesto litigioso constituye operación básica, por cuanto el arrendatario demandado, si es cultivador personal en los términos definidos por el artículo 16 de la Ley citada, tendrá derecho a las prórrogas determinadas en la norma mencionada, hasta el límite de 21 años contados desde la iniciación del contrato.

CONSIDERANDO: Que es obligado precisar que el concepto de cultivo directo y personal, atendidos los Reales Decretos Leyes de 30 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980, debe interpretarse, como expresamente declara la S. del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1982, de forma amplia, haciéndolo extensivo a las fincas de aprovechamiento forestal o ganadero, y no solamente a las agrícolas, por lo que dada la limitación causal de la demanda instauradora de la litis y la implícita admisión de un hecho básico como es que el arrendatario inicie el ciclo productivo avícola en la finca arrendada y lo termina con la comercialización del producto en un puesto de venta de aves y huevos, procede establecer que el demandado es cultivador avícola personal, y atendida la ausencia de cualquier apoyatura probatoria sobre la utilización por el arrendatario de asalariados, circunstanciales o no, para el cultivo referido en el tercer considerando de esta resolución, procede establecer que la antedicha condición de cultivador personal resulta igualmente referida al aprovechamiento agrícola.

CONSIDERANDO: Que de lo anterior resulta que el arrendatario demandado tiene derecho, por aplicación de la normativa cuestionada, a las prórrogas establecidas en el artículo 25.2 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, por lo que el máximo periodo legal de

veintiún años contados desde la iniciación del contrato litigioso —12 de diciembre de 1963— motiva la desestimación de la alegada segunda causa resolutoria y, en definitiva, la del recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que no existe motivo para hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Doña F. M. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el dieciseis de abril de mil novecientos ochenta y dos en el juicio arrendaticio de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente esta resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

241

241. INSALUD. Reclamación de gastos de asistencia sanitaria a la Cia. aseguradora según el Convenio de 30 de Oct. 1974. Finalidad de tal convenio e intrascendencia de responsabilidad de la asegurada. Naturaleza jurídica del mismo: contrato normativo: consecuencias y alcance. Notificación prevenida en el Protocolo Adicional a destiempo y persona distinta de la indicada: principio de la buena fe contractual. Silencio y manifestación tácita de voluntad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, constituida la relación procesal entre el Instituto Nacional de la Salud y una entidad aseguradora, se alega por ésta la falta de legitimación de su oponente para deducir reclamación fundamentada en un Convenio (el suscrito entre la Agrupación Nacional de Entidades Aseguradoras de Automóviles del Sindicato Nacional del Seguro y la Agrupación Nacional de Clínicas y Sanatorios Privados del Sindicato Nacional de Actividades Sanitarias, de 30 de octubre de 1974), cuya adhesión fué suscrita por el extinguido Instituto Nacional de Previsión (en virtud de acuerdo de 11 de marzo de 1975), estimándose que no existe suerte alguna de continuidad entre ambos organismos y que, en consecuencia, no ostenta el reclamante facultad alguna para exigir su cumplimiento. No obstante, tal argumentación no puede ser admitida porque desconoce la normativa que reguló jurídicamente la sucesión del organismo extinto y la prosecución por el nuevo, que ahora litiga, en todos sus derechos, prerrogativas y deberes dentro de la esfera de la administración y gestión de los servicios sanitarios de la Seguridad Social, siendo recogido y regulado todo ello, tal y como expresó la parte apelada en el acto de la vista oral, en el Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (publicado en el B.O.E., número 267 de 18 de noviembre de 1978), en cuyo artículo primero (uno, dos) se determina que corresponde al Instituto Nacional

de la Salud "la administración y gestión de servicios sanitarios", bajo la dirección y tutela del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social en sustitución del Instituto Nacional de Previsión, que queda extinguido (disposición final primera), añadiéndose, en la disposición adicional segunda, que "los bienes, derechos, acciones y demás recursos que tuvieren adscritos o que dispusieran los Organismos a extinguir, a que se refiere la disposición final primera, así como las obligaciones que tuvieran a su cargo, serán asumidos por los mismos títulos, respectivamente, por la Entidad Gestora, Servicio de la Seguridad Social u Organismo autónomo en los que se integran", por lo que queda suficientemente clara la sustitución, por sucesión, producida entre uno y otro organismos, y que en consecuencia el Instituto Nacional de la Salud queda en la misma posición jurídica que anteriormente correspondía al Instituto Nacional de Previsión en relación con el Convenio aludido.

CONSIDERANDO: Que, en relación con los motivos de oposición suscitados ante la instancia y no reproducidos ante este Tribunal, relativos al pago de determinadas facturas reclamadas y a la pendencia o no expresa condena de la entidad aseguradora apelante en relación con algunas de las personas que fueron atendidas por el centro asistencial, conviene indicar que, en relación con el pago de algunas de las facturas adjuntadas al escrito de demanda, ya fueron consentidas unas por la parte reclamante en escrito de réplica y otras descontadas expresamente por el Juez de instancia, reduciéndose en consecuencia el montante inicialmente reclamado, y, habiéndose revisado nuevamente las restantes facturas y justificantes obrantes en autos, no existe razón alguna para efectuar nuevas deducciones al estar perfectamente ajustadas a las condiciones necesarias para su validez y eficacia, por lo que, no habiéndose apuntado explícitamente ni los documentos impugnados ni las razones de ello, no procede examinar más detalladamente esta causa de oposición. Y otro tanto cabe afirmar respecto de posibles pendenencias o no expresas condenas penales de la entidad aseguradora o de la persona lesionada y cubierta contractualmente por ella pues, tanto se haya justificado la pendencia penal o la no condena del asegurado como no se haya traído prueba sobre estos extremos, es claro que, tratándose de hechos por completo tangenciales y al margen del contenido del Convenio en base al cual se acciona, ninguna eficacia han de tener, siendo de recordar a este respecto lo que ya señaló la sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1981, destacando la norma sobre relatividad contractual estatuida en el artículo 1257 del Código Civil que convierte en "res inter alios acta" la responsabilidad o irresponsabilidad de la persona asegurada, no enervando ni extinguiendo la obligación de la entidad aseguradora nacida del mencionado Convenio, cuya única finalidad y razón de ser se halla en favorecer el rápido desembolso de los gastos de asistencia sanitaria con independencia de la responsabilidad de la persona atendida y, por ende, por razón de subrogación, de su entidad aseguradora. Encontrando este fundamento su más clara y paladina expresión en el contenido de la norma sexta del Protocolo adicional, que dispone la imposibilidad de alegar, como causa de exoneración de pago, "la de que la culpa de dicho siniestro, y, por tanto, la obligación de indemnizar sea del conductor del otro vehículo", convirtiendo en estéril toda actividad procesal que se encamine a demostrar la responsabilidad de un tercero, que, exista o no, es ajena por completo al fundamento y soporte jurídico en que se basa la obligación cuya existencia se impugna en esta alzada.

CONSIDERANDO: Que el referido Convenio, en cuyo cumplimiento o incumplimiento se fundamenta la oposición expresada verbalmente por la parte apelante en el acto de la vista oral, tiene como características más salientes: 1ª) la de ser un contrato normativo obligatorio, tal y como han señalado las sentencias de esta Sala de 6 de mayo y 22 de septiembre de 1981, que genera derechos y obligaciones en quienes se hallan sometidos a su cumplimiento y que regula la disciplina de futuros y eventuales negocios jurídicos concretos, prefigurándose en él el contenido, extensión y límites de posteriores relaciones jurídicas, las cuales encuentran en ese Convenio la fuente y la norma vinculante de interpretación, desarrollo y ejecución; es decir, que constituye el marco dentro del cual deben encuadrarse posteriores relaciones jurídicas concretas, las que deberán atenerse a los imperativos contenidos en él; 2ª) como contrato normativo que es, participa de las características y efectos propios de los contratos y de las normas jurídicas, de tal modo que, de un lado, vinculan y obligan en futuras relaciones particularizadas, como norma a que necesariamente deben sujetarse, y, de otro, son de aplicación los principios fundamentales que rigen en la esfera contractual privada (artículo 1254 y siguientes del Código Civil), cobrando

especial relieve algunos preceptos básicos para toda relación contractual, destacando los artículos 1256 y 1258, relativos, respectivamente, al principio de reciprocidad en el cumplimiento de los pactos asumidos, pues la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de ninguno de los contratantes, y al principio de buena fe que debe inspirar toda buena armonía contractual, siendo también de incidencia toda la normativa atinente a las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas; 3º) como consecuencia de lo anterior, y sin perder de vista la doble vertiente, normativa y contractual, que caracteriza a todo contrato normativo, como es el que se analiza; emerge como principio básico y esencial, impuesto por la noción de buena fe que debe presidir cualquier relación jurídica, el de que el incumplimiento de alguna obligación por una de las partes no autoriza a la otra a poder incumplir la suya, sino que, dado el carácter normativo que el convenio ostenta y la consiguiente vinculatoriedad que, por sí misma, conlleva el conjunto de derechos y obligaciones pactados como normativa-marco, se hace preciso, siempre y en cualquier caso, su cumplimiento fiel y exacto, pues de lo contrario, incumplida una obligación propia, ha de decaer la posibilidad de reclamar el incumplimiento ajeno. La normativa contractual, en pactos de las especiales características como el examinado, adquiere, por sí misma, el carácter vinculante que es propio de cualquier otra norma jurídica, y ello es así, y consiguientemente obliga a su cumplimiento conforme a lo pactado y ordenado, con plena independencia o autonomía respecto del comportamiento, adecuado o no, del resto de los obligados por aquella norma contractual, y, si esto es así, difícilmente cabe admitir pretensiones encaminadas a impugnar posibles incumplimientos ajenos cuando es el mismo reclamante quien ha dejado de atenerse a lo mandado. Admitir otra cosa conduciría inexorablemente a permitir que el cumplimiento de los contratos quedara el arbitrio de uno de los contratantes y, consiguientemente, a autorizar a una parte a incumplir una norma (contractual) justificada en un incumplimiento ajeno.

CONSIDERANDO: Que cuanto se ha expuesto tiene perfecta aplicación al presente caso, pues, habiéndose aducido que el centro asistencial apelado afectó la comunicación (prevista en la norma primera del Protocolo adicional al aludido Convenio) a persona distinta a la convenida y fuera del plazo marcado, no pueden sin embargo acogerse sus argumentaciones. En efecto, y en relación con el destinatario del parte de asistencia, aún cuando se haya pactado —y así consta en la referida norma primera— que debería ser la Dirección General de la entidad aseguradora, es lo cierto que, conforme a un uso reiterado que se ha ido transformando en costumbre, tales notificaciones han venido efectuándose en las delegaciones provinciales de dichas entidades, verdaderos organismos conocedores del estado en que se hallan las relaciones contractuales habidas entre los mismos y las personas asistidas por lesiones y aseguradas en ellos, simplificándose así trámites molestos e ineficaces que conducían en definitiva al resultado sencillo impuesto por la práctica diaria, lo que ha derivado en una tácita y recíproca aceptación en lo concerniente al modo de realizar las remisiones de partes asistenciales que, de un lado, facilita la comunicación entre las partes, y, de otro, no elimina ni oscurece el fin perseguido por la norma asumida contractualmente. De esta manera cobra entidad el principio de buena fe contractual que debe imperar siempre en el cumplimiento de cualquier pacto y que en modo alguno es posible eludir. La manifestación más evidente de la eficacia que debe otorgarse al principio de buena fe se halla, pues, en la existencia de numerosas relaciones habidas entre las partes que desembocan en el pago de las cantidades a que ascienden los gastos de curación, pese a que la comunicación —remisión del parte de asistencia— no se haya remitido a la Dirección General de la aseguradora, algunas de las cuales obran en estos autos y han sido reconocidas expresamente por ambos litigantes. Queda así patentizada la vinculatoriedad que la repetición de actos, que objetivamente contrarían un contrato normativo, tiene en orden a imposibilitar la ulterior impugnación de incumplimientos tácitamente admitidos por la parte que podía impugnarlos: si la entidad aseguradora pudo impugnar en su momento el deficiente y extemporáneo cumplimiento de un concreto deber (el de enviar el parte de asistencia a determinada persona), y sin embargo no lo hizo, pese a que podía hacerlo, no puede posteriormente, una vez transcurrido no sólo el plazo contractualmente establecido (72 horas) sino un plazo muy superior al en que se retrasó la otra parte, como veremos, valerse de ese incumplimiento para impugnar la ejecución concreta del contrato normativo. Este es el criterio sustentado en resoluciones dictadas por esta Sala con fechas de 11 de junio de 1981 y 24 de noviembre del mismo año, refiriéndose esta última al deber

que tiene la entidad aseguradora de rechazar expresamente o impugnar, o en su caso exigir aclaraciones, cuando observe algún defecto en el cumplimiento de las obligaciones propias de la otra parte.

CONSIDERANDO: Que iguales razonamientos procede explayar en relación con la pretendida inobservancia del plazo de cinco días, establecido en la norma primera mencionada, durante el cual debía remitir al centro asistencial el parte de atención de lesionados, siendo de subrayar que, aún cuando en efecto no se haya cumplido exactamente lo ordenado, y haya transcurrido un lapso de tiempo superior al pactado, no cabe olvidar tampoco: 1º) que el mismo Convenio autoriza (norma segunda del Protocolo) a no atenerse estrictamente al plazo estipulado siempre que concurra causa justificada; 2º) que, en cualquier caso, se haya cumplido o no el plazo fijado, subsisten idénticas las obligaciones de las entidades aseguradoras, sin que, en consecuencia, repercuta desfavorablemente en la aceptación del siniestro por parte de éstas; 3º) que, en relación con lo dicho, el silencio mantiene siempre la eficacia convenida en orden a tener por tácitamente aceptada la asunción de su pago; y 4º) que, dada la subsistencia que se otorga al valor y eficacia del silencio, como tácita manifestación de voluntad, se hace preciso que, siempre y en cualquier caso, se exprese claramente la voluntad contraria a la aceptación del siniestro, de tal suerte que, de no ocurrir así, en modo alguno cabrá aducir con posterioridad actuaciones incorrectas de la otra parte, pues la propia incorrección, no manifestando más que silencio (con los efectos inherentes a él, contractualmente aceptados), sin decir nada ni reclamar en tiempo oportuno inobservancias o incumplimientos convencionales, pese a que podía haberse hecho, impide el que ulteriormente, transcurrido incluso un plazo superior al en que se cifra el incumplimiento ajeno, pueda ser éste alegado eficazmente. Por consiguiente, informando la ejecución y cumplimiento del Convenio los principios de reciprocidad y buena fe, y dadas las especiales características y efectos que ostenta el silencio como manifestación implícita de voluntad, se hace necesaria la denuncia en tiempo oportuno del incumplimiento ajeno de obligaciones, de tal suerte que, de no ocurrir así, queda enervada esa posibilidad de reclamación; y, siendo esto lo ocurrido en el presente caso, procede desestimar las alegaciones de la parte recurrente y confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial declaración en cuanto al pago de costas al no apreciarse temeridad ni mala fe en los litigantes.

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don M. B. R., en nombre y representación de la entidad 'A. y F. A., S.A. DE SEGUROS', contra la sentencia de ocho de enero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los Palma, y, en consecuencia, debemos confirmarla íntegramente y la confirmamos, sin especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

242

242. **INCONGRUENCIA.** Inexistencia de declaraciones complementarias del fallo. Temeridad procesal manifestada por el uso del recurso de apelación en lugar de usar el de aclaración. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, centrándose el objeto de la impugnación de la parte recurrente en una presunta incongruencia del fallo respecto de la fundamentación del mismo, apreciándose, en el sentir de dicha parte, que el fallo no se ajusta con pureza a lo que procedentemente se argumenta, debe ser rechazada tal impugnación, porque de la lectura del fallo recurrido se desprende que, si bien no presenta la pureza sintáctica y literaria que podría alcanzar, sin embargo no se plantea duda alguna acerca de lo que quiere decir y de qué es lo que resuelve, no existiendo tampoco incongruencia alguna ni con la fundamentación que le precede ni con las pretensiones de las partes, las cuales se allanaron respectivamente con lo pedido por la otra en su demanda y en su reconvencción, por lo que debe desestimarse el recurso planteado, el cual carece de una fundamentación mínimamente sólida, siendo lo solicitado en esta instancia más bien objeto de un recurso de aclaración, tal y como aparece regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, y con el objeto de precisar y puntualizar el fallo apelado, ha de completarse, sólo a efectos estilísticos y de mayor concreción sintáctica, en la forma que se consignará en la parte dispositiva de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar una indudable temeridad y mala fe en la parte apelante, quien lejos de servirse de la vía procesal sin duda más elemental y simple, cual es la de la aclaración de sentencia, si es que le cabía alguna duda sobre el contenido del fallo de instancia, decidió acogerse al camino de mayor complicación y más dilatorio en tanto que probablemente detraería de ello algún provecho o beneficio, por lo que, no observándose verdaderas razones que pudieran soportar la interposición de un recurso como el presente, habida cuenta de que ambos contendientes se allanaron a las pretensiones de su oponente, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta instancia, pues ello parece penetrar, prima facie, dentro del campo de la estafa procesal.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don P. B. M., en nombre y representación de Don W. G., contra la sentencia de uno de abril de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de esta Capital, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante. Y, a efectos puramente aclaratorios y con el objeto de corregir posibles errores meramente sintácticos o de estilo, deberá sustituirse la expresión "debiéndose practicar la división horizontal de la finca" por la de "debo condenar y condeno al demandante reconvenido, precedentemente citado, para que, juntamente con el demandado, otorgue escritura de división horizontal", quedando idéntico el resto del fallo apelado.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

249

249. CONTRATO DE CORRETAJE Agente de la propiedad inmobiliaria. Reclamación de la comisión a persona no comitente. Desestimación de la demanda: doctrina del T.S. Aranceles colegiales: su inoperancia frente a la regulación del contrato por el C. c. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el consentimiento del actor al pronunciamiento de instancia

absolutorio del codemandado Don M. L. G. centra el tema de esta alzada en determinar si la relación extrapocesal habida entre el demandante, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, y la entidad demandada, ahora recurrente, "Hotel S. C." S.A., contiene un principio obligacional que sustente la condena de esta Sociedad al pago de lo pretendido por aquél.

CONSIDERANDO: Que para el análisis de dicha cuestión y de las excepciones que opuso la Sociedad demandada en primera instancia y, por desestimada, reproduce en ésta, es preciso exponer el supuesto de hecho que alegado como básico por el actor fué admitido por el demandado absuelto y que está formado por los actos siguientes: 1) Un tercero ajeno a esta litis, Don P. A. N., interesado en adquirir un hotel de dos o tres estrellas situado entre las zonas de El Arenal y Paguera, de Palma de Mallorca, encarga al actor, agente de la Propiedad Inmobiliaria, la realización de las gestiones necesarias para encontrar un vendedor; 2) El actor inicia el cumplimiento de tal encargo mediante la publicación en distintos diarios de Palma de Mallorca de anuncios cuyo texto dice "Interesa comprar", "varios hoteles en cualquier lugar de Palma de Mallorca desde 150 a 350 plazas" "Rogamos la máxima información con sus ofertas, fotos, planos, etc."; 3) Posteriormente y como consecuencia de dichos anuncios, el demandado Don M. L. G., Director del Hotel-Residencia S. C., propiedad de la Sociedad recurrente, acude a las oficinas de la Agencia de la Propiedad Inmobiliaria de la que es titular el actor, y ofrece el mencionado hotel del que aporta por escrito sus características, así como postales y folletos del mismo; 4) El actor, continuando la gestión del encargo realizado por el Sr. N. pone en contacto a éste con el Sr. L. G., y los tres juntos visitan y examinan el hotel; y 5) Posteriormente se perfecciona el contrato de compraventa del mencionado hotel.

CONSIDERANDO: Que atendidas las relaciones materiales mencionadas y la pretensión del actor destinada a obtener se condene principalmente a Don M. L. G. y, subsidiariamente, a la entidad mercantil "Hotel S. C. S.A.", al pago de la retribución correspondiente, es claro que la resolución sobre las excepciones planteadas por esta Sociedad no puede ser distinta a la dictada por el Juez a quo, por cuanto: A) La falta de legitimación pasiva es una cuestión de derecho material que afecta al fondo del proceso, por referirse a la falta de acción contra la demandada; B) La falta de llamamiento del Sr. N. a la litis, si bien puede fundamentar una errónea dirección en el ejercicio de la acción, no permite calificar de defectuosa la relación jurídico-procesal constituida dado que la resolución que adecuadamente se dicte sobre la pretensión no vulnera los esenciales principios de audiencia y contradicción; y C) La alegada inconcreción del petitum de la demanda fué válidamente eliminada en el escrito de réplica.

CONSIDERANDO: Que en las relaciones jurídico materiales contenidas en el supuesto de hecho anteriormente relatado se aprecia la existencia de: A) Un contrato de corretaje por el que una persona —Don P. A. N.— encarga a otra —el actor— la realización de una actividad encaminada a ponerle en relación con un tercero a fin de concertar un contrato determinado —compraventa de un hotel— en el que, como declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 21 de octubre de 1965 y 6 de marzo de 1967, el mediador no tendrá participación alguna, pues dicha actividad, como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1956, no va más allá de la perfección del contrato, a menos que otra cosa se pacte, pues con ella se termina la misión que le ha sido confiada; y B) Una conducta —la del tercero Hotel S. C. S.A.— que se ha limitado a aceptar la oferta de compra publicada por el actor.

CONSIDERANDO: Que como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de junio de 1978 "La retribución del mediador, cuando su gestión se haya referido a la venta de fincas rústicas o urbanas, ya se ajuste en su cuantía a lo pactado, en los supuestos previstos en la Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1969 o a las tarifas de los Colegios Oficiales de estos Agentes, conforme a lo ordenado en el artículo 23, párrafo 1º y D.T. 2º del Reglamento de 4 de diciembre de 1969, debe exigirse exclusivamente del comite u oferente —Ss. de 28 de febrero de 1957 y 3 de marzo de 1967— o de la persona o personas que hicieron el encargo, S. de 27 de diciembre de 1972, que son las únicas contra las que esta activamente legitimado el gestor para reclamar su comisión —S. de 8 de marzo de 1967—".

CONSIDERANDO: Que en aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial es clara la inexistencia de principio obligacional que, nacido del encargo realizado por Don P. A. N. al actor, fundamenta la condena de la Sociedad demandada al pago de la retribución que corresponda a éste.

CONSIDERANDO: Que a igual resultado conduce la valoración de la conducta de la entidad vendedora, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo en S. de 5 de mayo de 1973 recogida por la de 5 de junio de 1978 "sin que venga obligado al comprador (el vendedor en la litis) a satisfacer el importe de dichos honorarios, cuando no fué él, sino el vendedor (el comprador en la litis), quien celebró con el agente el contrato de corretaje o mediación y limitó su actuación a aceptar la oferta que el mediador le brindaba, aunque con éste tuviera frecuentes conversaciones sobre tal objeto, puesto que semejante modo de proceder no le vincula, sin previo contrato, al pago de ninguna clase de retribución al gestor ni le convierte en cliente del mismo".

CONSIDERANDO: Que frente a lo expuesto —que conduce necesariamente a la estimación del recurso—, carece de fuerza contradictoria tanto la variante fáctica intentada introducir por el actor en su escrito de réplica pues no ha existido medio probatorio alguno —como especialmente podía ser la nota de encargo a que se refiere el artículo 30 del D. de 4 de diciembre de 1969— que verifique que la entidad mercantil demandada acudiera a las oficinas de la Agencia no llamada por la pública oferta de compra, sino para concretar un nuevo y distinto encargo destinado a gestionar la venta de su hotel, como la apoyatura jurídica del actor dado que los Aranceles del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares si bien resultan operativos, a tenor del párrafo 1º del artículo 23 y D. Transitorio 2º del Reglamento de 4 de diciembre de 1969, en cuanto establecen las tarifas determinantes de los honorarios de los Agentes, sin embargo carecen de entidad normativa —tendidos los obligados principios de jerarquía— para contrariar la regulación que sobre la contratación contiene el Código Civil.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad "HOTEL S. C. S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad el ocho de enero de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y desestimando íntegramente la demanda formulada por DON J. R. de R. debemos absolver y absolvemos a la citada entidad recurrente de sus pedimentos, quedando confirmado el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida; sin hacer expresa declaración sobre las costas de ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

252

252. TERCERIA DE DOMINIO. Reivindicación de un bien mueble. Identificación: no se alcanza con la mera marca, sino conforme a lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Valoración de la prueba de la que resulta la identificación pese a aquella incompleta descripción. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que analizada la estructura de la litis el thema decidendum de esta alzada queda centrado en determinar si la titularidad alegada por el tercerista recae sobre el bien mueble objeto de su pretensión reivindicatoria y que fue embargado en el juicio ejecutivo del que la tercería que se resuelve es incidencia.

CONSIDERANDO: Que valorado exclusivamente el documento aportado inicialmente por el tercerista recurrente —certificación del Secretario del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma de Mallorca en que consta que el actor se adjudicó en la subasta celebrada el 21 de septiembre de 1979 en el juicio ejecutivo n.º 285/79-F, una máquina envasadora de frutos secos marca WhirtMonart— es claro, como entendió el juzgador a quo, que no puede estimarse verificada la básica alegación dominical pues la designación del bien citado no es la misma que corresponde al bien objeto de la tercería —una máquina Mon-o-bag Weigher (Monobagnen la diligencia de embargo cuyo levantamiento se solicita), pesadora y empaquetadora automática de patatilla—.

CONSIDERANDO: Que sobre el simple razonamiento anterior es obligatorio hacer dos precisiones de eficacia resolutoria: A) La mera constatación de la marca de un bien de equipo es dato insuficiente para su indentificación que debe realizarse expresando, al modo establecido por el artículo 43 de la Ley Hipoteca Mobiliaria, las características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan al fin citado; y B) Las posibilidades probatorias del tercerista no se consumen con la documental aportada con la demanda instauradora de la litis, pues es válida la aportación en posterior período probatorio de los medios adecuados para obtener la finalidad pretendida y que por tal razón, deben ser igualmente valorados.

CONSIDERANDO: Que analizado el material probatorio obrante en la litis resulta acreditado que 1) El embargo practicado en el juicio ejecutivo de que trae causa el título del tercerista se trabó sobre una máquina envasadora de fruto seco o patatilla perteneciente a la entidad ejecutada "E. y D. B., S.A."; 2) Esta entidad ejecutada poseía una sola máquina destinada a la función mencionada; 3) Dicho bien fue objeto de subasta; 4) Como consecuencia de esta venta judicial, el tercerista se lo adjudicó; 5) En ejercicio de tal titularidad, el actor lo poseía cuando fue objeto del embargo cuyo levantamiento ahora se solicita 6) La marca del bien industrial referido es Mon-on-bag Weigher.

CONSIDERANDO: Que los datos expuestos como acreditados conforman la base indiciaria de la que esta Sala infiere, por la vía del artículo 1253 del Código Civil, que el bien inmueble industrial embargado a la entidad "E. y D. B., S.A." en el juicio ejecutivo número 285/79-F, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca, subastado y adjudicado al tercerista recurrente, es el mismo que siendo consecuentemente poseído por éste, fue objeto de embargo en el juicio ejecutivo de que dimana esta tercería. Deducción frente a la que no es válida oposición la formal incorrección de su denominación tanto porque siendo está insuficiente a efectos indentificadores no puede prevalecer sobre una probada identidad física, como porque el apuntado defecto en la constatación de la marca no pudo obedecer a un error de transcripción fácilmente producido cuando la medida cautelar se traba sin tener a la vista el bien objeto de la misma y sin mas fuente de conocimiento que una comunicación verbal.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y cumpliéndose los requisitos reiteradamente exigidos por la jurisprudencia sobre la titularidad dominical y la identidad del bien objeto de ésta, bien cuyo embargo se pretende dejar sin efecto, procede estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia objeto del mismo.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer expresa declaración sobre las costas causadas en alguna de las dos instancias.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. C. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio sobre tercería de dominio de que dimana este rollo, debemos revocar y re-

vocamos dicha resolución y estimando la demanda interpuesta por el citado recurrente debemos declarar y declaramos que la máquina marca "Mon-o-bag Weigher", pesadora y empaquetadora automática de patatilla, embargada en el juicio ejecutivo de que dimana este incidente, pertenece al actor Don J. C. B., por lo que, deberá alzarse el embargo citado, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. Dada la incomparencia en esta alzada de la entidad demandada-apelada "E. y D. B., S.A." notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si dentro del término de tres días, no se insta su notificación personal.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

255

255. DAÑOS Y PERJUICIOS. Contrato de obra. Error de planificación origina retardo en la entrega. Aumento, en el interim, de los costos. Datos y elementos a tener en cuenta: estimación parcial de la demanda. Contratos de obra del Estado: legislación. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada es apelada por todos los litigantes. Los dos demandados, por las mismas causas que en su día alegaron en sus respectivos escritos de contestación a la demanda como fundamentos de sus oposiciones a la acción promovida contra ellos y además por la condena de costas impuesta; el actor, adherido a la apelación, por no habersele concedido el importe total de la cantidad reclamada.

CONSIDERANDO: Que al haber sido rechazadas en primera instancia, con total acierto, las dos excepciones previas formuladas —cada demandado interpuso una—, y al no haber sido desvirtuadas por los razonamientos de los recurrentes, las completas y claras fundamentaciones contenidas en la sentencia dictada para desestimar tales excepciones, es por lo que se estima innecesario insistir sobre tales fundamentaciones, para evitar innecesarias reiteraciones.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el fondo de la cuestión litigiosa, y con relación al recurso formulado por el dueño de la obra, Sr. A. S., haya que señalar que si bien dicho demandado inicialmente reconoció "que en determinado momento surgió una anomalía respecto al Plano de Situación de la finca" (contestación al hecho cuarto de la demanda), luego negó la existencia de tales deficiencias, postura que mantiene en esta alzada, rechazando el contenido de dos escritos suyos dirigidos al Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Marratxi, en los que, en uno de ellos, declara "Que por error se incluyeron en el proyecto de una Vivienda Unipersonal sita en calle Jaime I, s/n, del término de Marratxi, un plano de emplazamiento que contiene deficiencias" (folio 70), y en el otro, "Que una vez rectificadas los planos de Emplazamiento erróneos del proyecto de una Vivienda Unifamiliar sita en la calle Jaime I, s/n término municipal de Marratxi..." (folio 74); el rechazo del contenido de los referidos documentos, es improsperable pues, desde que reconoció como auténticas suyas las firmas de dichos dos escritos (posiciones 6ª y 7ª), asumió, haciéndolos suyos el contenido de los mismos, con los consiguientes efectos lega-

les respecto a el mismo (artículo 1225 del Código Civil), dada "la específica función de la firma en cuanto gráfica exteriorización del asentimiento a un contenido documental" (Sentencia de 2 de Octubre de 1980).

CONSIDERANDO: Que el motivo de apelación formulado por ambos demandados de que antes de iniciar las obras, el actor debió solicitar del propietario el aumento experimentado en los costes, no puede prosperar, no solo por desconocerse en aquel momento el importe de tal incremento, como afirma el juez "a quo", sino porque los trabajos empezaron el día 28 de Marzo de 1980 y el aumento del 23,39 por cien que se reclama se produjo en el período de 1º de Abril al 30 de Septiembre del citado año, según certificación obrante al folio 11.

CONSIDERANDO: Que igual resultado adverso ha de recibir el motivo impugnatorio del codemandado Sr. A. S., de haber sido abonada la totalidad del precio de la obra, según nota firmada por el demandante aparece extendida en el reverso del último recibo pagado (folio 34), ya que tal nota no tiene el carácter de finiquito de todas las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato de ejecución de obras, —arrendamiento de obras, según la terminología legal (artículo 1544 del Código Civil)—, celebrado por dicho demandado y el actor, sino de haberse satisfecho, como expresamente se dice, la cantidad total presupuestada —1.300.000 pesetas, sin que pueda deducirse de ella, a tenor de las reglas del artículo 1281 del supradicho Código, renuncia del demandante al cobro de los incrementos sufridos, que es lo que pretende en esta litis.

CONSIDERANDO: Que la alegación del arquitecto demandado, Sr. N.; reiterada en esta alzada como motivo de recurso, de que los planos que él confeccionó son correctos y por ello no le alcanza la reclamación de esta litis, no puede prosperar ya que las deficiencias que se apreciaron no son de la construcción de la obra en sí, sino del emplazamiento de la edificación, como reconoció el dueño del inmueble, según se ha expuesto con anterioridad, y el propio apelante, al confeccionar un nuevo plano de emplazamiento de la obra, que lleva fecha 21 de Diciembre de 1979 que fue presentado al Ayuntamiento de Marratxi (folio 75) y que dio lugar a que los Servicios Técnicos de la mencionado Corporación local emitiesen, con fecha 5 de Febrero de 1980, dictamen de que "la deficiencia en cuanto al emplazamiento de la edificación se ha subsanado" (folio 76) y que en ese mismo sentido recayera acuerdo municipal del expresado Ayuntamiento, en sesión celebrada el 15 de Febrero del mismo año (folio 77), acuerdo que fue comunicado al Sr. A. en oficio fechado el 7 de Marzo de 1980 (folio 78).

CONSIDERANDO: Que la impugnación formulada en cuanto a la condena de costas impuestas en primera instancia, debe ser acogida ya que al estimar en parte la sentencia impugnada la cantidad reclamada en la demanda —en mucho menos de la mitad—, no se dan elementos para apreciar temeridad ni mala fe en los codemandados.

CONSIDERANDO: Que entrando en el estudio del recurso del actor, que postula que la condena de los demandados sea por el importe total de lo postulado en su escrito de demanda —372.735 pesetas—, hay que señalar como elementos reconocidos o probados, básicos para su resolución, los siguientes: A) El codemandado Sr. A. S. contrató con el actor, la construcción por parte de éste, de una estructura de vivienda, sita en el término municipal de Marratxi, con un presupuesto de 1.300.000 pesetas (folio 8). B) La construcción de dicha estructura que iba a comenzar a finales de Octubre de 1979, tuvo que suspenderse, por deficiencias del plano de emplazamiento de la obra, confeccionado por el arquitecto codemandado, nombrado por el Sr. A. S., como antes se expuso. C) Subsanaada tal deficiencia técnica, la obra se inició el 28 de Marzo de 1980 (posición 4ª de la confesión del demandante), y terminó en la primera quincena del mes de Diciembre del mismo año. D) Durante el período de 1º de Abril al 30 de Septiembre de 1980, el aumento experimentado por la mano de obra y facturación en Mallorca, fue de un 23,39 por cien, según certificación de la Asociación Patronal de Albañilería, Edificación y Obras de Baleares (folio 11). Por ello, si la obra contratada cuya ejecución duró 8 meses y medio aproximadamente, como antes se expuso, hubiera empezado en la fecha inicialmente programada y su duración hubiese sido la misma que la realmente tuvo —diecisiete quincenas—, no ha sido expresa-

mente impugnada tal duración, si bien se hicieron algunas manifestaciones al particular, es por lo que resulta de total inoperancia en esta litis, el dictamen del perito de que "el plazo normal para construir una estructura como la del edificio del Sr. A., con dos parejas de albañiles, es de tres meses incluso cimentación" (folio 116)—, hubiera concluido en la primera quincena del mes de Junio de 1980, y por lo tanto la mano de obra y facturación por los trabajos realizados en los meses de Abril y Mayo y primera quincena de Junio del citado año, ya hubieran sido afectados por el incremento del 23,39 por cien mencionado en la referida certificación y tal aumento de coste hubiera sido de cargo del hoy demandante, al no haberse pactado cláusula ni compromiso alguno de revisión de precios de la obra contratada; en su consecuencia, la responsabilidad cuantitativa de los demandados, a tenor de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, solo comprende el incremento del 23,39 por ciento correspondiente a los trabajos de la quincena segunda del mes de Junio y las de los meses de Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y primera de Diciembre del año 1980, o sea doce diecisieteavas partes del incremento total de la obra, que asciende a 304.070 y no a 372.735 pesetas, como se declara, por error aritmético, en el hecho quinto, apartado quinto, de la demanda, que afirma que "aplicando el primer aumento experimentado, del 23,39%, a la cantidad presupuestada, 1.300.000 pesetas, nos resulta la de 372.735 pesetas". El resultado de dicho porcentaje, 12/17 sobre 304.070 pesetas, es el de 214.638 pesetas, cantidad que los demandados deben pagar solidariamente al actor en vez de la fijada en la sentencia recurrida; al no ser de aplicación al presente caso la revisión de precios señalada por el Decreto-Ley de 4 de Febrero de 1964, completado por el Decreto de 19 de Diciembre de 1970, por referirse tal normativa a los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos dependientes del mismo y no haberse sometido expresamente a dichas normas los contratantes de la ejecución de la obra, según criterio sustentado por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Noviembre de 1976; ni aceptarse tampoco el resultado del peritaje emitido —artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— basado en la aplicación de fórmulas polinómicas fijadas por la legislación complementaria a la normativa especial antes mencionada —Decreto-Ley de 4 de Febrero de 1964—, que según el propio perito no son de aplicación a la obra de que dimana la reclamación que se debate, y recaer sobre la totalidad de la obra ejecutada y no sobre una parte de ella, según se fundamentó con anterioridad.

CONSIDERANDO: Que a los efectos del apartado último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que puntualizar que no se da agravación del fallo recurrido, no obstante incrementarse la cantidad que los demandados-apelantes deben pagar al actor, ya que también se revoca la condena de costas impuestas en dicho fallo a los codemandados; y al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguno de los recurrentes, no procede hacer expresa imposición de las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que, estimando en parte, tanto el recurso de apelación formulado por Don J. V. R., como los interpuestos por Don B. A. S. y Don P. N. B., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha tres de Abril de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez accidentalmente encargado del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto al particular que concreta en CIENTO TREINTA MIL QUINIENTAS VEINTIUNA PESETAS, la cantidad que los demandados deben pagar solidariamente al actor, que ahora se fija en DOSCIENTAS CATORCE MIL SEISCIENTAS TREINTA Y OCHO PESETAS, y en cuanto al extremo que condena al pago de las costas a los demandados, que se sustituye por el siguiente: "sin condena de costas en esta primera instancia"; confirmando todos los demás pronunciamientos de la sentencia apelada. Sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

258

258. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Comportamiento correcto del asegurado, conductor de vehículo a motor, aunque no con una diligencia excepcionalísima —lo que no está probado ni dejado de probar—, lo cual origina una responsabilidad en la entidad aseguradora y en el que éstas encuentran su razón de ser. Condena en costas al apelante por temeridad en la apelación. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, si bien es cierto la tendencia eminentemente objetivante que cada día con mayor intensidad informa el área de la responsabilidad extracontractual, nuestro ordenamiento jurídico jamás se ha apartado por completo del principio subjetivista o espiritualista que sin duda se encuentra en la base del artículo 1902 del Código Civil, y demás concordantes, de tal suerte que, como con acierto expone la sentencia recurrida, no se produce automática o mecánicamente esa responsabilidad, sino que ha de ser destilada debidamente analizando la concurrencia de cuantas condiciones se hacen precisas para poder afirmarla, ya que, además del resultado luctuoso causado, base a partir del cual puede surgir la responsabilidad pretendida, es imprescindible una acción u omisión que sea directa y causalmente desencadenante de ese resultado, siendo siempre necesario analizar el comportamiento, activo o pasivo, de quien aparece presuntamente como responsable, pues de lo contrario se caería en un objetivismo puro en contradicción radical con las exigencias de equidad y justicia inherentes a toda idea de Derecho. Nos encontramos, además, ante una noción de responsabilidad (extracontractual) en la que la nota de exigibilidad no se halla revestida de unas características tan especiales, agudas e intensificadas, como se da en el ámbito de la circulación viaria, en donde, sin lugar a dudas, se impone una inversión en la carga de la prueba y un deber de demostrar al máximo y con todo lujo de detalles que se actuó no sólo correctamente sino de acuerdo con la diligencia más extrema, y ello en virtud del riesgo que comporta la utilización de aparatos o vehículos generadores de un peligro inmediato para las personas o las cosas. Sin embargo, no es éste el caso que se debate en el presente procedimiento, sino otro en el que el grado de exigibilidad se halla adaptado a una diligencia media y que le sería imponible a la generalidad de las personas, cobrando así indudable importancia el principio subjetivista, debidamente atemperado a corrientes objetivistas asentadas cada vez con mayor solidez, el cual obliga a examinar, según se ha dicho, el comportamiento de quien aparece como causante de los daños. Y, de las actuaciones obrantes en autos, no se desprende que el demandado, ahora apelado, haya dejado de actuar con aquella diligencia que le era exigible, sino que se ha limitado, al igual que cualquier otra persona en su lugar, a proceder del modo ordinario, sin adoptar especiales precauciones que las impuestas normativamente y sin estar especialmente obligado a tomarlas, so pena de hacer imposible la convivencia y estar siempre sujeto a un riesgo o posibilidad de producción de daños que es el que sin duda se transmite a las entidades aseguradoras y en el que éstas encuentran su razón de ser. Así pues, el apelado se comportó de un modo correcto, aunque no con una diligencia excepcionalísima —lo que, por otro lado, ni está probado ni ha dejado de estarlo—, la cual es insuficiente para hacer nacer una responsabilidad que de ordinario es asumida por las mismas entidades aseguradoras mediante el pago de las oportunas primas. Sino que siempre ha actuado en la forma que le era exigible, y, por consiguiente, no es dable admitir responsabilidad alguna que deba soportar en base a una pretendida falta de diligencia que ni es existente ni en modo alguno ha quedado probada. Por todo ello procede desestimar el recurso de apelación formulado.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar temeridad y mala fe en la parte apelante, al no existir razones con la suficiente consistencia como para soportar este recurso, por lo que debe ser condenada al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS: Los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor N. R., en nombre y representación de B. V. E., S.A., contra la sentencia de catorce de abril del corriente año, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Ibiza, en los autos juicio declarativo de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

262

262. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Concepto de culpa o negligencia: reciente doctrina del T.S. Presunción de existencia desvirtuada por la prueba a cargo del presunto responsable. Rotura de un cable telefónico subterráneo: la existencia de una arqueta próxima revela su existencia. Estimación de la demanda. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que consentida por el demandado la desestimación de su defensa formal, el objeto del enjuiciamiento que debe realizarse en esta alzada queda circunscrito a la cuestión de fondo que al haber sido admitida por el recurrente en cuanto a sus elementos fácticos y a la relación causal existente entre éstos —la excavación realizada por el conductor de la máquina propiedad del demandado y empleado de éste ocasionó la rotura de unos cables subterráneos propiedad de la Compañía Telefónica— queda reducida a determinar si la acción enunciada encaja en las previsiones establecidas en el artículo 1902 del Código Civil en cuanto exige la intervención de culpa o negligencia en la acción originadora del daño, a fin de establecer el fundamento para que la responsabilidad que se derive del mismo sea atribuible al demandado conforme al párrafo cuarto del artículo 1903 del mismo Cuerpo legal citado.

CONSIDERANDO: Que la culpa o negligencia consiste, en el supuesto de culpa extracontractual o aquiliana y como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias de las que se cita la de 26 de marzo de 1982 “en la omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, de la diligencia en las relaciones humanas, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho y no querido”. Culpa o negligencia civilmente sancionable, conforme a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, que, co-

mo declara el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 18 de marzo de 1982, "se estima existente en la conducta productora del daño causado, salvo cuando, aparte la fuerza mayor, el autor de la acción u omisión determinante del mal, acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias del lugar y tiempo", lo que tiene su fundamento, como expone el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de mayo de 1982, "en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum* y hasta tanto no se demuestre frente a la víctima que el autor de los daños obró en el ejercicio de actos lícitos con toda prudencia y diligencia para evitarlos".

CONSIDERANDO: Que la defensa del demandado se articula sobre la inexigibilidad de diligencia específica alguna dada la inexistencia de signo que revelase la presencia de los cables subterráneos dañados, al modo expuesto por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1983 "La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo, cuyo aspecto objetivo radica en la diligencia que puede esperarse de toda persona en atención a los efectos de sus actos u omisiones, y el subjetivo en la posibilidad dada a un sujeto determinado de prever las circunstancias en la situación del caso concreto, habiendo de determinarse en principio la diligencia exigible según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso".

CONSIDERANDO: Que la precipitada defensa queda sin su apoyo esencial —ausencia de signo que revele la existencia de los cables subterráneos— desde el momento en que el propio conductor de la máquina excavadora reconoce, (folio 101) la existencia de una cámara de registro en la proximidad inmediata al lugar de los hechos. Dato exterior, habitualmente revelador de la existencia de condiciones subterráneas, que impone la obligación de realizar las averiguaciones precisas para tener un conocimiento de las circunstancias de aquellas que permita ejecutar las obras de excavación sin riesgo alguno, por lo que al haberse iniciado éstas sin adoptar tal diligencia exigible es claro que la acción del conductor de la excavadora debe calificarse de civilmente culposa.

CONSIDERANDO: Que sobre lo anterior no puede operar la alegada culpa de la Compañía Telefónica pues el hecho que el demandado entiende culposo —los cables subterráneos habían sido colocados a la escasa profundidad de 25 cm— ha quedado carente de apoyatura probatoria eficaz, sin olvidar que, en todo caso y dado que por el razonamiento expuesto en la fundamentación anterior no podría calificarse como hecho exclusivamente determinante de los daños, habría generado únicamente la aplicación del mecanismo compensatorio.

CONSIDERANDO: Que establecida la existencia de los requisitos necesarios para que se genere la obligación indemnizatoria prevista en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, resta por fijar su quantum, y siendo que la actora ha aportado las facturas correspondientes a la mano de obra empleada —6.540 pesetas—, al material utilizado —137.236 pesetas— y a la dirección técnica y administrativa —28.755 pesetas—, y que la primera ha sido reconocida como auténtica y el importe de las otras dos ha quedado acreditado que se ajusta al vigente en la fecha de ejecución de la obra de reparación, procede fijarlo —una vez deducido el importe de 768 pesetas correspondiente al valor del material dañado y recuperado— en la cantidad de 171.763 pesetas.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108 del Código Civil procede condenar al demandado al pago de los intereses legales del principal precitado computados desde la fecha de interposición de la demanda y en aplicación de la normativa contenida en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil al de los intereses en ella establecidos computados desde la fecha de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer expresa condena al pago de las costas de primera instancia, sin que dada la estimación del recurso proceda hacerlo en cuanto a las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la **COMPANÍA TELEFONICA NACIONAL DE ESPAÑA** contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando la demanda interpuesta por la citada recurrente debemos condenar y condenamos al demandado a que abone a Compañía Telefónica Nacional de España la cantidad de ciento setenta y una mil setecientos sesenta y tres pesetas (171.763'-), mas la correspondiente a los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la demanda y al de los establecidos por el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, sin hacer expresa declaración en cuanto al pago de las costas de ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

264

264. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por subarriendo. Litis consorcio pasivo necesario: inexistencia al no ser preciso demandar al subarrendatario. Percepción de las rentas y ejercicio de la acción resolutoria: no suponen conductas contradictorias. Existencia de subarriendo: prueba. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente a la resolución del contrato de arrendamiento celebrado entre los litigantes en las últimas fechas del año 1968 y cuyo objeto es el local de negocio ubicado en el piso 1º de la calle San Antonio, esquina Santa Inés, nº 4, de San Antonio María Abad, de Ibiza, —resolución pretendida por causa de subarriendo in consentido y declarada por la sentencia impugnada— la demandada articuló su oposición en base a los motivos siguientes: 1º) Excepción de litis consorcio pasivo; 2º) Incompatibilidad del ejercicio de la acción resolutoria con la percepción por el actor de la renta; 3º) Existencia de dos distintos contratos de arrendamiento y 4º) Inexistencia de subarriendo.

CONSIDERANDO: Que la defensa formal, enunciada como primer motivo de oposición, procede ser rechazada, pues como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias básicas recogidas por el Juez "a quo", no es necesario demandar al subarrendatario dado que el subarriendo sigue la condición del arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de oposición procede ser igualmente rechazado por cuanto la percepción de rentas es un derecho cuyo contenido económico constituye la contraprestación conmutativa del uso del local de negocio arrendado y cuya realización persiste válidamente en tanto no se resuelva la relación arrendaticia que sobre éste se concertó, mientras que la resolución contractual, en cuanto pretensión del arrendador, es facultad legal cuyo ejercicio se vincula a la existencia de alguna de las causas específicamente establecidas por la normativa arrendaticia urbana. Distinción de naturaleza y fundamento que permite la compatibilidad de ambos derechos, de suerte que la percepción de rentas no revela una voluntad conservadora de la relación arrendaticia ni con-

vierte en contradictoria una posterior pretensión resolutoria pues, caso contrario, se concluiría absurdamente que en tanto el pago de las rentas fuera aceptado por el arrendador la aplicación de la normativa establecida en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos quedaría suspendida.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al tercero de los motivos de oposición enunciados por cuanto la unidad contractual que acredita tanto el documento obrante el folio 9 mediante el que los litigantes expresaron su común voluntad arrendaticia como los recibos aportados por el demandado con los que se acredita el pago de una sola renta como contraprestación correspondiente al "alquiler del piso dedicado a peluquería", debe prevalecer ante una división material de éste realizada por razón de funcionalidad.

CONSIDERANDO: Que paralela conclusión desestimatoria procede establecer en relación con el último de los motivos de oposición por cuanto que la arrendataria demandada ha introducido en el local de negocio, sin consentimiento del arrendador, terceras personas ajenas a la relación arrendaticia originaria, es un hecho que en relación con Don J.M.G. ha quedado plenamente acreditado mediante el documento obrante a los folios 10, 11 y 12 —contrato de arrendamiento concertado entre la arrendataria y el tercero citado— y mediante los recibos que obrantes a los folios 90, 107, 108 y 109 reflejan el pago de rentas que éste ha realizado a la demandada, y que en relación con Don S.B.A. ha quedado plenamente probado mediante el documento obrante al folio 57 en cuanto refleja la baja de la arrendataria ante la Mutualidad Laboral de Trabajadores por cese en la actividad laboral de peluquería que desarrollaba en el local arrendado y la correlativa alta de Don S.B.A. en su condición de continuador de dicha actividad en base a la existencia de un contrato de arrendamiento de industria concertado entre él y la arrendataria demandada.

CONSIDERANDO: Que las anteriores fundamentaciones motivan la desestimación del recurso cuyas costas, dada la temeridad que revelan la inconsistencia de las causas de oposición y la negación de un hecho que como el subarriendo aparece acreditado mediante documentos que directamente recogen su existencia y en los que ha intervenido directamente la demandada, deben ser impuestas a ésta en cuanto recurrente.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso interpuesto por Doña A.C.G., contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Ibiza en veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y dos en el juicio arrendaticio de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia.
(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

267

267. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Accidente de circulación seguido de muerte. Presunción de culpa en contra del causante salvo casos de fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero extraño. Concurrencia de culpas. Compatibilidad entre las percepciones derivadas del seguro obligatorio y la indemnización postulada. Aminoración de la misma como consecuencia de aquella concurrencia. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que se estiman como hechos demostrados, a la vista de los elementos probatorios traídos a esta causa, los siguientes: el día 6 de Julio de 1973, sobre las 13'45 horas, cuando J.R.T. circulaba por la carretera T-111, de Valldemosa a Palma, en dirección a ésta última, conduciendo un ciclomotor, y cuando D.T.G., súbdito británico, declarado en rebeldía, circulaba en la misma dirección, conduciendo el turismo Seat 600, con matrícula PM-159.228, perteneciente a J.V.P. y asegurado en la entidad "H.L.", al llegar a la altura del kilómetro 8,700, en cuyo lugar existe, situada en la parte izquierda de la carretera (según el indicado sentido de marcha), una gasolinera en la que precisamente trabajaba el primero, señaló éste con el brazo su inmediato desvío hacia la izquierda, iniciándolo a continuación, al propio tiempo que el citado turismo, que marchaba a 60 kilómetros a la hora y que se había ido aproximando progresivamente al ciclomotor, por ser mayor la velocidad de aquél que la de éste, se fue colocando en la banda izquierda de la vía con el objeto de adelantarlo al motorista, de tal modo que, situado el automóvil ya en el lado izquierdo de la calzada, e iniciado por el ciclomotor el desvío hacia ese lado, colisionaron ambos, golpeando éste en la parte derecha del turismo, en punto situado ya en la banda izquierda de la carretera, resultando muerto el motorista a consecuencia del accidente.

CONSIDERANDO: Que las responsabilidades nacidas del uso y circulación de vehículos de motor, derivadas de la culpa extracontractual o aquiliana, se caracterizan, cada vez con mayor solidez, por una tendencia decididamente objetivista, en la que se realiza el riesgo derivado de la mera utilización de aparatos o mecanismos que, como ocurre con los automóviles, son susceptibles de engendrar daños para las personas o las cosas, de tal suerte que, aunque la normativa contenida en el Código Civil (artículo 1902 y siguientes) está informada por una línea de índole subjetiva, en la que la atención a la persona causante del daño cobra particular relieve, hasta el punto de que la inexistencia de culpa (bien sea por falta de previsibilidad, bien por falta de evitabilidad, que, a su vez, se traducen en falta de exigibilidad) impide el nacimiento de aquella responsabilidad, no es posible sostener lo mismo, por el contrario, cuando el daño ha sido ocasionado a raíz de poner en movimiento determinados instrumentos que, por sí solos y por el uso de las personas, son susceptibles de engendrar con gran probabilidad un resultado dañoso; y esas particulares características de tales instrumentos, y el consiguiente daño que pueden originar, imponen una drástica modificación de los principios jurídicos que informan lo que es tradicional en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, afectando la variación incluso a los principios procesales sobre la carga de la prueba, debiendo ser el causante del resultado lucioso quien habrá de demostrar que actuó con la diligencia que era exigible, porque se parte del principio de que quien pone en movimiento un mecanismo generador de riesgo es quien, en principio, aparece como responsable del mismo, con independencia de su culpa, y su responsabilidad habrá de estimarse siempre a menos que el daño sea ocasionado por fuerza mayor o por un accidente inevitable que sea atribuible al mismo perjudicado o a un tercero extraño, siempre que, claro está, aquél haya observado la diligencia que, en cualquier caso y según las circunstancias fácticas y normativas le era exigible. Esta tendencia objetivizante, claramente aceptada por la doctrina jurisprudencial, no rompe, sin embargo, con la inicial orientación normativa de carácter subjetivo, sino que lo operado es tan sólo la corrección en ella por razón del riesgo que comporta la movilización o funcionamiento de determinados artefactos, y, en consecuencia, aun cuando se parta de una presunción de responsabilidad achacable, en principio, al causante del daño, ello no elimina el deber de examinar concienzudamente el comportamiento de cuantos intervinieron en su ocasionamiento, analizando si la conducta de éstos pudo influir, decisivamente o no, en su producción, pues de no procederse así se adoptaría un mecanismo contrario a la idea de Derecho.

CONSIDERANDO: Que cuanto se acaba de exponer tiene perfecta aplicación al presente caso, haciéndose preciso determinar la naturaleza del comportamiento de cada implicado en el accidente de tráfico acaecido y su respectiva influencia en su causación. En relación con el conductor del turismo, queda claramente patentizado que, súbdito inglés, se iba aproximando progresivamente al ciclomotor que le precedía y que ya en trance de alcanzarle y ponerse a su altura marchaba por la banda izquierda de la carretera, sin duda con el fin de adelantarle, pues no parece aceptable entender que lo que pretendía era introducirse en la gasolinera, ya que en tal caso su velocidad hubiese sido inferior a la que lleva-

ba, y tanto mientras se aproximaba como estando a su altura ni dió aviso sonoro o de otra especie que indicara su presencia, tal y como reglamentariamente viene exigido en el Código de la Circulación, ni actuó con el cuidado ni diligencia debida que le hubieran permitido reaccionar de inmediato ante la percepción del aviso de girar a su izquierda que el motorista hizo con su brazo, sino que, lejos de actuar de un modo previsor, y así debe desprenderse de los elementos probatorios obrantes en autos, prosiguió con su maniobra, avanzando por la banda izquierda de la vía, dejando de hacer aquello que sin duda hubiere impedido el accidente, esto es, avisar a los demás conductores de su presencia y estar siempre dispuesto a reaccionar debidamente ante cualquier emergencia. En cuanto al motorista, es bien cierto que su maniobra se ajustó, en principio, a las reglas impuestas para desviarse a la izquierda, pero dejó de atender a los vehículos que circulaban por su parte posterior, obligación de cuyo cumplimiento se ha hecho eco la doctrina del Tribunal Supremo, exigiendo que el conductor compruebe, antes de realizar la desviación, cual es la situación real de la vía en su parte posterior, así como las incidencias del tráfico en la misma, y sobre todo si sus señales son atendidas por los que le siguen, en evitación de previsibles accidentes (sentencias de 25 de enero, 20 de mayo y 16 de octubre de 1972), encontrándose el fundamento de esta obligación en lo ordenado en el artículo 30 del Código de la Circulación (apartados i) y j)), que, obligando a todo conductor a permitir que le adelante por el lado izquierdo cualquier vehículo de marcha más rápida y que, de uno u otro modo, le pida paso o evidencie con su inequívoca actitud, perceptible a través del espejo retrovisor, que se propone adelantarle, porque juzga propicio y favorable el momento, y ha procedido ya a iniciar su maniobra, es claro que en el espíritu de esa norma late el que el conductor del vehículo adelantado no ha de poder cumplir tal obligación si no comprueba, antes de desviarse hacia la izquierda, que no le sigue ningún vehículo que trate de pasarle, y el no hacerlo así genera el grave riesgo de cortar el paso al que trata de adelantar (sentencia de 18 de junio de 1975). Es esto precisamente lo que ocurrió, a la vista de los elementos probatorios, pues el motorista anunció su inmediato desvío hacia la izquierda sin efectuar previamente aquella comprobación, la que sin duda hubiese evitado también la colisión y su propia muerte, y comenzó a derrotar hacia el lado opuesto sin percatarse, pese a que podía y debía hacerlo, de que un turismo se aproximaba en dirección hacia el punto que debía atravesar, originando también un riesgo que podía haber evitado si se hubiese comportado del modo correcto, y el no haberlo hecho así no justificándose además que se procediese de otra forma, pues son endebles las pruebas aportadas en apoyo de una completa corrección de su actuación viaria, determinó concausalmente la producción del evento dañoso que se examina.

CONSIDERANDO: Que se hace evidente, pues, que en la producción del accidente de tráfico intervinieron como concausantes tanto el conductor del vehículo como el motorista, si bien, graduando la incidencia de cada uno de esos comportamientos, es manifiesta la mayor relevancia de quien conducía el automóvil al haber realizado una maniobra tan peligrosa y delicada como es el adelantamiento a otro vehículo sin ajustarse a las prevenciones reglamentarias, esto es, sin anunciar de modo efectivo su intención de efectuarlo, lo que indudablemente lo hubiese evitado, convirtiéndose así en causa principal y eficiente del resultado letal. Aunque, según se ha apuntado, debe aminorarse su responsabilidad en la medida en que el perjudicado contribuyó, parcialmente y de modo menos directo, a su causación, todo ello según el libre criterio de los Tribunales que atienda a cuantas circunstancias se han expuesto. Y, estando acreditado que la viuda del motorista, actora en la primera instancia, y también apelante (junto con el propietario del vehículo y su entidad aseguradora, y no el conductor, extranjero, que se encuentra en rebeldía), percibió en anterior juicio ejecutivo la suma de 300.000 pesetas, reclamándose ahora la cantidad de 1.500.000 pesetas, en modo alguno puede entenderse que aquella suma pueda quedar englobada en ésta, porque se trata de cantidades distintas que responden a conceptos diferentes: la primera, derivada del seguro obligatorio de vehículos de motor; la segunda, proveniente del seguro voluntario tomado por el propietario del automóvil. En consecuencia, no parece aceptable deducir la suma de 300.000 pesetas, obtenidas ya con cargo al seguro obligatorio, del importe que ahora se reclama, sino que si alguna deducción debe hacerse ha de ser en virtud de la apreciación de una concurrencia de culpas que adecúe el montante a indemnizar a las circunstancias concurrentes. Aunque el juzgador "a quo" alude ciertamente a las culpas concurrentes de los intervinientes en el accidente, sin embargo con

posterioridad estima que la deducción de lo reclamado debe comprender precisamente el montante de lo que fué objeto de indemnización con cargo al seguro obligatorio, debiéndose entender que efectúa una deducción dineraria incorrecta en el concepto, aunque correcta en su finalidad, pretendiendo sin duda hacer efectiva la compensación a que se refiere en la fundamentación de la sentencia apelada. No obstante, la suma satisfecha con cargo al seguro obligatorio es algo ajeno por completo al objeto litigioso presente, centrado precisamente en todo aquello no abarcado por aquél, por lo que si alguna deducción debe hacerse ha de ser la proveniente de una compensación de culpas; y, teniendo en cuenta cuanto se ha dicho acerca de la incidencia de cada comportamiento en la producción del resultado dañoso, se hace procedente rebajar de la cantidad inicialmente reclamada (1.500.0000 pesetas) la suma de 300.000 pesetas (distintas por completo al seguro obligatorio), que son materialización pecuniaria de la conducción parcialmente imprudente del motorista, quedando reducido el importe a indemnizar a la suma de 1.200.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que, habiéndose suscrito póliza de seguro voluntario cuya suma asegurada asciende a 500.000 pesetas, corresponde a la entidad aseguradora soportar, junto con los restantes condenados y con carácter solidario, la indemnización por el total importe de lo asegurado, y no sólo por doscientas mil pesetas, tal y como se hizo constar en la sentencia de instancia, ya que se trata de con conceptos distintos que han de atender a indemnizaciones diferentes.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial declaración en cuanto al pago de costas.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor A.S. en nombre de C.M.M. contra la sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos ochenta, dictada por el ltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, sustituyendo el fallo dictado por otro en virtud del cual debemos condenar y condenamos a D.T.G. y J.V. a pagar solidariamente a C.M.M. en nombre propio y en el de su hijo menor de edad, F.R.M., la cantidad de un millón doscientas mil pesetas (1.200.000'-), condenando igualmente a la entidad "H.L." a que concurra, solidariamente con aquéllos, al pago de quinientas mil pesetas (500.000'-) de la cantidad antes mencionada. Asimismo debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores señor J.J. y señor C.P., en nombre y representación de Don J.V.B. y "H.L.", respectivamente, confirmando la sentencia recurrida en sus restantes extremos. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparencia en esta alzada de Don D.T.G., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si dentro del término de tres días, no se insta su notificación personal.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

268

268. SEPARACION MATRIMONIAL. Infracción del deber de ayuda mutua: larga convalecencia de la esposa durante la cual no recibió ayuda marital ni moral del marido. Pensión: presupuestos: a) desequilibrio económico b) empeoramiento en la situación anterior del

matrimonio. Atención a las circunstancias del art. 97 del C.c. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada es apelada por el demandado por los siguientes motivos: A) por ser improcedente la separación matrimonial decretada. B) por haberse fijado en 15.000 pesetas mensuales el auxilio económico que el ahora recurrente debe prestar a su esposa y C) por haber sido condenado al pago de las costas devengadas en primera instancia.

CONSIDERANDO: Que consta acreditado por la prueba practicada, apreciada en su conjunto, que la demandada, de 63 años de edad, sufrió el 9 de Mayo de 1981 una caída que le causó la fractura de la primera vertebra lumbar, siendo hospitalizada en el Complejo Sanitario "Virgen de Lluç" de esta ciudad, donde se le dio de alta cuatro días más tarde, debiendo en su convalencia guardar reposo absoluto en cama dura, según prescripción facultativa (folio 38), y al no tener el bar donde vivía con su marido, sitio ni condiciones para su larga convalencia y no contar en dicho lugar más asistencia que la de su marido, única persona que vive y atiende el bar que éste regenta —antes de su lesión también trabajaba por la mañana, en dicho establecimiento la actora, aquí apelada—, se trasladó a un piso de su propiedad, sito en esta misma ciudad, ocupado por un hermano suyo, haciéndolo saber a su esposo, por conducto de un sobrino suyo, y no obstante conocer el marido la vivienda donde permanecía su esposa reponiéndose, no le prestó ni le ofreció auxilio alguno, ni siquiera se interesó por teléfono, durante el largo período que duró la convalencia, por el estado físico de su esposa y la evolución de su convalencia, no obstante residir en esta misma población; siendo patente por ello, como afirma el juez "a quo", que el hoy apelante dejó de prestar, sin causa que lo justificase, la ayuda que debía dispensar a su esposa, pues la obligación recíproca que el artículo 67 del Código Civil, impone a los cónyuges de "ayudarse mutuamente" comprende no sólo el auxilio físico o material —que no prestó el demandado—, sino también la ayuda moral o espiritual, que le negó de forma total y constante a su cónyuge durante el largo período que duró la convalencia de su esposa; conducta ésta que, incluida en el ordinal primero del artículo 82 del citado Código que menciona, entre otras causas de separación matrimonial, la violación grave de los deberes conyugales, determina la desestimación del primer motivo del recurso formulado.

CONSIDERANDO: Que, respecto al segundo motivo de apelación, hay que señalar, como ya lo hizo esta Sala en su sentencia de dieciséis de Julio del presente año, que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil, tiene dos presupuestos fácticos, 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. La fijación de tal pensión, se ha de realizar en resolución judicial, teniendo en cuenta, en su caso, las circunstancias que menciona el mismo precepto 97; siendo significativo que la última circunstancia que especifica, la octava, es 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 logicamente mencionado en primer lugar y no en el último.

CONSIDERANDO: Que, consecuente con lo anteriormente expuesto, hay que señalar en primer lugar que concurren los dos presupuestos fácticos a
J.C12

CONSIDERANDO: Que, consecuente con lo anteriormente expuesto, hay que señalar en primer lugar que concurren los dos presupuestos fácticos antes mencionados, y

luego, en relación con las circunstancias del supradicho artículo 97, que consta probado o reconocido lo siguiente: a) que el marido tiene 59 años, ella 63 (folio 8) y acaba de sufrir una grave lesión en la columna vertebral. b) el marido explota desde hace años el bar que más adelante se menciona; la esposa carece de cualificación profesional y de probabilidades de acceso a un empleo. c) no tienen descendencia. d) la esposa, desde que contrajo matrimonio en Noviembre 1979, colaboró trabajando y atendiendo a la clientela del bar de su marido, por las mañanas, hasta que se lesionó, por una caída sufrida en dicho establecimiento. e) los hoy litigantes contrajeron matrimonio en esta capital el 6 de Noviembre de 1979; y f) el marido explota un bar de cuarta categoría, sito en el c/. Camino de la Vileta, de este término municipal, que le produce una recaudación diaria entre 3.000 y 4.000 pesetas y tiene diversas imposiciones a plazo fijo en una entidad bancaria por un importe total de 2.100.000 pesetas (folio 33); la esposa es propietaria, de un piso, el anteriormente mencionado, y como pensionista de Invalidez del Régimen General, percibe desde Agosto de 1977, 13.550 pesetas mensuales (folio 18 del expediente de medidas provisionales unido a autos). Por todo ello se fija como pensión mensual que el marido debe entregar a su esposa, la suma de diez mil pesetas, en vez de la señalada en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que el último motivo de la apelación formulada, debe ser acogido al no apreciarse temeridad ni mala fe en el demandado, por lo que la sentencia impugnada debe igualmente revocarse en cuanto a la condena de costas impuestas a dicha parte litigante.

CONSIDERANDO: Que no existen circunstancias que determinen declaración especial de imposición de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación formulado por Don A. P. F., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha once de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo: a) en cuanto se fija en DIEZ MIL PESETAS el auxilio económico que el marido debe entregar a su esposa durante los cinco primeros días de cada mes, en vez de las quince mil pesetas que se señalan en el fallo impugnado, y b) en lo referente a la condena al esposo del pago de las costas procesales, cuyo particular se sustituye por él "sin expresa imposición de costas"; confirmando todos los demás particulares de la parte dispositiva de la sentencia apelada. Sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

269

269. ADOPCION. Demanda en petición de su extinción. Alegación de que el consentimiento del padre del adoptado estaba viciado por tener suspendido el derecho de guarda y educación por el T. Tutelar de Menores: desestimación de este motivo al conservar el padre la patria potestad. Otros motivos en que la demanda se basa: avanzada edad de la adoptante, residencia en despoblado, mala salud, convivencia con un

hombre separado de hecho (no ofende los sentimientos operantes en esta población): no constituyen los motivos graves a que se refiere el art. 177 del C.c. Circunstancias de hecho probadas por la adoptante demandada. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia estimatoria de la demanda, que declara extinguida la adopción plena del menor G. S. P., del que es madre adoptante la demandada Doña M. C. P. R. por existir motivos graves que afectan al cuidado del referido menor, es apelada en su integridad, con lo que transfiere a esta Sala de segunda instancia, el conocimiento íntegro y pleno y por tanto con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis, según tiene declarado con reiteración la jurisprudencia patria, —entre otras, la sentencia de 12 de Abril de 1980—.

CONSIDERANDO: Que la demanda instauradora de este juicio declarativo ordinario de mayor cuantía que ahora se revisa en esta alzada, fue formulada por el Ministerio Fiscal con base fáctica en que "El niño G. S. P., nacido el 26 de Febrero de 1978, hijo de J. S. D. y de L. P. G., ésta fallecida el 11 de Febrero de 1980, fue adoptado plenamente por la demandada Doña M. C. P. R., soltera, nacida el 15 de Agosto de 1913, mediante escritura pública otorgada en Palma de Mallorca, el 22 de Julio de 1981, ante el Notario Don Florencio de Villanueva Echevarria, que fue previamente aprobada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca, en el expediente número 870/1981 y auto de fecha 8 del mismo mes de Julio" (hecho 1º) y "el consentimiento prestado en el expediente de adopción por el padre del niño mencionado, está viciado por haber ocultado que tenía suspendido el derecho de guarda y educación sobre su hijo por resolución del Tribunal Tutelar de menores de Palma de Mallorca de fecha 5 de Junio de 1981" (hecho 2º) y no ser conveniente para el niño dicha adopción plena, por la edad avanzada de la adoptante —68 años, en relación con los tres del adoptado—, por vivir la adoptante en lugar despoblado, ser soltera y vivir amancebada con un hombre casado y separado de hecho de su esposa, y no gozar de buena salud la adoptante ni el hombre con el que convive (hecho 3º y último de la demanda). La parte demandada fundó su oposición, que ahora reitera como motivos de recurso, en la firmeza e irrevocabilidad de la adopción efectuada, el no estar viciado el consentimiento prestado por el padre del menor en el expediente de adopción, y no darse en el presente caso, ninguna de las causas de extinción de la adopción que estatuye el artículo 177 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que en la afirmación de la parte actora de estar viciado el consentimiento prestado por el padre del menor en el expediente de adopción, por haber omitido que la guarda de su referido hijo estaba confiada a un matrimonio, por el Tribunal Tutelar de Menores de Palma de Mallorca, hay que distinguir y separar el hecho cierto de tal omisión de la consecuencia que le atribuye la parte demandante: el viciar el consentimiento y por ende la nulidad de la adopción, que sin embargo no postula. En efecto, la privación de la guarda y educación del expresado menor, acordada por el mentado Tribunal de Menores en el ejercicio de sus facultades protectoras —apartado B) del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de Junio de 1948—, no lleva consigo la privación ni siquiera la suspensión de la patria potestad sobre el menor tutelado, y en su consecuencia el padre conserva la facultad de prestar su consentimiento para la adopción de su hijo menor, que exige a tal efecto el artículo 173 del Código Civil. Ciertamente que el haber silenciado el padre del repetido menor que su hijo estaba bajo otros guardadores, determinó, al no conocer tal circunstancia el Juez encargado de la tramitación del expediente de adopción, la no audiencia en dicho procedimiento de los que estaban ejerciendo la guarda del menor, ya que según el apartado septimo del mencionado artículo 173, deben ser oídos en dicho expediente, si bien la declaración de los guardadores, no tiene efecto vinculante para el Juez; amén que, la existencia de dicha guarda y educación del adoptado por un matrimonio joven, fue co-

nocida por el Ministerio Fiscal, hoy apelado-actor, unos días después de haberse dictado el auto de aprobación de la adopción instada, por habersele dado traslado de la comunicación que así lo expresaba detalladamente, del Presidente del Tribunal Tutelar de menores de esta ciudad dirigido al Juez de Primera Instancia (folio 67/70), y a la vista de tal documento y de su contenido, dictaminó que mantenía "su criterio de fecha 8 de Julio de 1981, no oponiéndose a la adopción solicitada" (folio 71). Por ello, se estima que el consentimiento prestado por el padre en el expediente de adopción de su supradicho hijo, no está viciado y en su consecuencia se reputa válido.

CONSIDERANDO: Que, entrando en el estudio de la causa de extinción invocada —3ª del artículo 177 del Código Civil—, hay que señalar previamente que, una vez cumplidos todos los trámites legales de la adopción —aprobación judicial del expediente, otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Civil— (artículo 175 del mismo Cuerpo legal), no se puede llevar a cabo una nueva valoración judicial de la conveniencia de la adopción para el adoptado, de ahí que el mencionado artículo 177 proclame en su apartado primero que "La adopción es irrevocable", si bien el mismo precepto señala a continuación quienes y por que causas pueden "pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción"; y en su ordinal tercero expresa que puede instar tal extinción "El Ministerio Fiscal, siempre que llegue a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado". Por lo tanto, procede determinar si después de la adopción, han llegado al conocimiento del Ministerio Público, aquí actor-apelado, los motivos que aduce y si éstos son de tal entidad y gravedad que los cuidados que ha de recibir el menor adoptado son nulos o perjudiciales para él.

CONSIDERANDO: Que los hechos aducidos por la parte demandante como base de la pretensión ejercitada, de que la adoptante tiene 68 años de edad, en relación con los tres del adoptado, que vive en un lugar despoblado, circunstancias éstas que constan en el aludido expediente de adopción, y que no goce, dada su avanzada edad, de buena salud, como tampoco la tiene su compañero, no pueden ser incluidos en el concepto de "motivos graves que afecten al cuidado" del menor adoptado a que alude el artículo 177 en el ordinal tercero, como tampoco el que desde hace años la adoptante demandada viva con un hombre casado y separado de hecho de su esposa, pues en la actualidad tal convivencia no ofende gravemente los sentimientos sociales imperantes en esta población, y así lo apreció el propio Tribunal Tutelar de Menores de esta capital, que condecoró de tal circunstancia (folio 5) acordó, previo informe del Inspector adscrito a dicho Organismo tutelar y tramitación del expediente de facultad protectora número 296/80, por abandono de los padres, dejar al mentado menor, provisionalmente en compañía del hombre con el que convive la hoy adoptante (folio 18). Frente a tales hechos inoperantes para la extinción de la adopción plena instada, cabe mencionar, por contra, los siguientes que aparecen acreditados en autos, a saber: a) que la adoptante y su compañero han observado buena conducta, cobrando entre los dos unas 32.000 pesetas mensuales por jubilación y poseen una finca de media cuarterada (informe de la Guardia Civil de Santa María —folio 20—); b) que las relaciones entre la adoptante y el repetido menor son profundamente afectivas por ambas partes, según informe del Delegado Técnico de dicho Organismo tutelar (folios 26/27); c) que la adoptante cuida muy bien al adoptado (informe del Reverendo Cura Arcipreste de Santa María del Camí obrante al folio 84); d) que el adoptado está matriculado en el Centro Preescolar del Colegio San Vicente de Paul de la localidad de Santa María y asiste a las clases con regularidad (folio 85); y e) que la adoptante observa buena conducta pública y privada, se preocupa adecuadamente de la guarda y educación del adoptado, al que cuida con esmero, según informe del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la localidad tantas veces mencionada (folio 86); por lo que al no apreciar este Tribunal "ad quem" y a los exclusivos efectos de la extinción instada en esta litis, la existencia de motivos graves que afecten al cuidado del adoptado, es por lo que procede, previa estimación de la apelación formulada, revocar el fallo dictado que declara la extinción de la adopción plena mencionada; sin que ello repercuta en las medidas protectoras que el Tribunal Tutelar de Menores de esta ciudad haya acordado o pueda adoptar respecto al menor adoptado.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña M. C. P. R., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiuno de Abril de mil novecientos ochenta y dos dictada por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez accidentalmente encargado del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rolo; y en su lugar dictamos la siguiente: Que, desestimando la demanda formulada por el EXCMO. SR. FISCAL DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA contra Doña M. C. P. R., debemos absolver y absolvemos a dicha demandada de la pretensión contra ella promovida; sin perjuicio ni merma de las medidas acordadas y que pueda acordar el Tribunal Tutelar de esta ciudad, en su facultad protectora, respecto al menor G. P. R. —G. S. P. antes de su adlpción plena—, sin imposición de las costas de primera instancia. Tampoco se hace especial pronunciamiento de las costas devengadas en esta alzada.

(Ponente: Julio A. Llovet Alabau)

271

271. **SEGURO.** Contrato. Interpretación de la póliza: objetiva, teniendo en cuenta la mayor reciprocidad de intereses, su finalidad objetiva y la buena fe. Notificación al asegurador: se entiende cumplida al poner el hecho en conocimiento del Delegado de la Compañía. **DAÑOS Y PERJUICIOS** producidos a la asegurada al tener que suplir las obligaciones de la aseguradora: falta de prueba de los mismos. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el contenido de los recursos interpuestos por las Sociedades litigantes contra la sentencia de instancia que admitiendo parcialmente la demanda instauradora de la litis condenó a la Compañía Aseguradora demandada a que abonara a la Sociedad actora la cantidad de 852.181 pesetas en base a la obligación nacida de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil suscrita por la actora, y la cantidad de 1.000.000 de pesetas como indemnización de los perjuicios que el incumplimiento de la obligación citada había causado, motivan que la temática de esta alzada esté configurada por dos cuestiones: 1ª) Obligación de la Compañía Aseguradora de hacerse cargo de las indemnizaciones a cuyo pago fue condenada la Sociedad demandante como responsable civil subsidiaria, lo que exige analizar: a) si la cobertura de la póliza alcanzada al hecho generador de los daños y lesiones a terceros; y b) si, caso positivo, la entidad Aseguradora ha cumplido con su obligación de notificar el siniestro; y 2ª) Obligación de la Compañía Aseguradora de indemnizar los perjuicio que su incumplimiento contractual ha ocasionado a la entidad asegurada, lo que presupone el análisis de la existencia de aquellos y de su relación causal con el incumplimiento referido.

CONSIDERANDO: Que la expresión "no se halle amparado por el seguro del automóvil" contenida en las condiciones particulares de la póliza de seguro como condición necesaria para la inclusión en la cobertura de las indemnizaciones a que de lugar el daño sufrido por un tercero con ocasión de ser probados por los empleados de la Aseguradora

los vehículos objeto de reparación debe entenderse referida exclusivamente a Seguro Obligatorio del Automóvil tanto porque así se deduce de la redacción en singular del texto transcrito, como porque lo impone el análisis comparativo de éste con las condiciones generales, pues si en éstas se establece que “quedan excluidos, en todo caso, de las garantías de la póliza... f) los daños causados por vehículos terrestres de motor, que puedan cubrirse por el Seguro Obligatorio o Voluntario de Vehículos de motor...” y en el citado texto se omite la referencia al Seguro Voluntario, es claro que la intención de los contratantes fue la de no otorgar a éste efecto paralelo al Seguro Obligatorio.

CONSIDERANDO: Que a igual resultado práctico conduciría la tesis contraria dado que el vehículo causante de los daños y lesiones —vehículo depositado en los talleres de la actora para ser reparado— estaba amparado únicamente por el Certificado de Seguro Obligatorio concertado con la entidad “M. N., S.A.” sin que del análisis de las cláusulas especiales en relación con las generales, pueda entenderse que existe referencia a Seguros Voluntarios entendidos como posibles, sino como realmente concertados dado que la expresión “... que puedan cubrirse...” obrante en éstas fue voluntariamente omitida en aquellas, sin olvidar que, caso contrario, la excepción adquiriría una dimensión absoluta eliminando la vigencia del supuesto contractual y haciendo desaparecer la razón de ser que la contratación tenía para la Compañía asegurada.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente el segundo extremo de la misma cuestión es necesario precisar que las condiciones generales de los contratos deben interpretarse objetivamente, dado que en rigor no ha existido una intención común de los contratantes, siendo criterios fundamentales el de la mayor reciprocidad de intereses, el de la mayor conformidad con la finalidad objetiva del contrato desde el punto de vista del interés colectivo y el de la adecuación a la buena fe. Criterios interpretativos que autorizan a establecer como cumplida la obligación de notificar el siniestro establecido por los artículos 18 y 19 de las condiciones generales de la póliza, cuando, como ha quedado acreditado en la litis, (esta Sala asume la valoración probatoria realizada por el Juez a quo sobre este extremo), la asegurada lo ha puesto en conocimiento del Delegado de la Compañía Aseguradora, dado que, en definitiva, esta forma de notificación es práctica usual que sustituyendo a la obligación contenida en las condiciones generales —notificación a la Dirección General de la Compañía— cumple igualmente la finalidad contractual.

CONSIDERANDO: Que sentado en las anteriores fundamentaciones la inexistencia de impedimento alguno para que la Compañía Aseguradora tome a su cargo las indemnizaciones a que dio lugar los daños y lesiones sufridas por terceros y a cuyo pago fue condenada como responsable civil subsidiaria la entidad asegurada y acreditada la insolvencia del responsable principal y deducida de aquellas la cantidad de 300.000 pesetas satisfechas por la entidad “M. N., S.A.” en virtud de certificado de Seguro Obligatorio, procede confirmar el pronunciamiento de instancia correspondiente al objeto de que la entidad actora se reintegre de la suma ya satisfecha de 500.000 pesetas y haga frente al resto de lo obligado —352.181 pesetas—.

CONSIDERANDO: Que la renuncia que al percibo de la indemnización de los daños sufridos por el Vehículo PM-4939-A efectuó su titular ante el Juzgado de Instancia número Uno de esta ciudad, motivó que la entidad aseguradora no fuera condenada al pago de su importe, por lo que no procede adicionar éste —como pretende la sociedad actora— a la suma concedida por el juzgador a quo.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la segunda cuestión enunciada es necesario partir de la reiterada doctrina jurisprudencial en cuanto establece que la indemnización de daños y perjuicios no va ineludiblemente ligada al incumplimiento contractual, ni éste supone la existencia de aquellos al efecto de relévar de la prueba de los mismos, por lo que es preciso demostrar: 1) La existencia real de los daños y perjuicios, sin que pueda derivarse de supuestos meramente posibles y 2) La presencia de nexo causal entre el incumplimiento y los daños y perjuicios existentes.

CONSIDERANDO: Que la actora afirma en su demanda que el incumplimiento contractual de la Aseguradora recurrente motivó que el Juzgado de Instrucción número Uno de esta Ciudad embargara todos los bienes y derechos de arrendamiento de que era titular, por lo que se originó una pérdida de prestigio/pérdida de clientela materializada en una notable disminución de ingresos y en una reducción de la plantilla de trabajadores.

CONSIDERANDO: Que valorado el material probatorio obrante en la litis la pretensión indemnizatoria debatida procede ser desestimada por cuanto: A) El embargo de ocho vehículos de motor —única afirmación acreditada— no es hecho que implique pérdida de clientela cuando el titular de los bienes sobre que recae ha sido nombrado depositario de los mismos, como sucede en el caso litigioso; y B) El resto de las afirmaciones no puede entenderse verificadas dada la deficiencia probatoria que supone incorporar declaraciones testificales como único medio probatorio destinado a acreditar la disminución de ingresos —afirmación básica por constituir el menoscabo patrimonial resarcible— y omitir la incorporación de los documentos en que necesariamente se constata la situación económica de la empresa y que constituyen el medio probatorio adecuado.

CONSIDERANDO: Que aunque a efectos simplemente argumentativos se estableciera como acreditada la realidad de unos perjuicios, la desestimación precitada se impondría igualmente dado que la relación causal entre el incumplimiento contractual y aquellos ha quedado carente de apoyatura probatoria, siendo también destacable en este particular de la temática indemnizatoria la falta de prueba documental destinada a trasladar al proceso la situación económica de la Sociedad actora al objeto de analizar la incidencia negativa que un desembolso como el realizado por la actora —500.000 pesetas— haya podido producir en la misma.

CONSIDERANDO: Que la desestimación parcial de la demanda motiva la inexistencia de causa que fundamente la condena que al pago de las costas declaró la sentencia de instancia, y el tenor de esta resolución basa paralelo pronunciamiento sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad "E.O., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el catorce de junio de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que trae causa este rollo, y desestimando el recurso de apelación adhesivo interpuesto por la entidad "M.C.O.A.B., S.A.", debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, y manteniendo el pronunciamiento condenatorio de la entidad "E.O., S.A." al pago de la cantidad de ochocientos cincuenta y dos mil ciento ochenta y una peseta más sus intereses legales, debemos absolverla y la absolvemos del resto de los pedimentos de la demanda incluido el relativo al pago de las costas de la primera instancia sobre las que, igual que sobre las de esta alzada, no se hace expreso pronunciamiento. Y estese a lo demás acordado.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

272. CONTRATOS, NULIDAD. Compraventa: vendedor que padece artereosclerosis senil probada por la declaración del médico de cabecera. Nulidad del contrato. **SIMULACION de la venta.** Datos de la que se infiere. **DONACION encubierta.** Falta de aceptación que obsta a la misma. **DONACION remuneratoria.** Inexistencia y doctrina del T.S. liberalizándola de formalismos. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el consentimiento de los contratantes, requisito esencial para que exista el contrato, no puede existir si los que lo prestan no tienen capacidad para contratar. Capacidad ésta que, a tenor de la normativa contenida en el artículo 1263 del Código Civil, no corresponde a los locos o dementes, siendo indiferente —excepto en temática probatoria— para obtener la invalidación de los contratos por éstos celebrados, que proceda la declaración judicial de incapacidad. . .

CONSIDERANDO: Que frente a la regla general de que toda persona es capaz para contratar —regla implícita en nuestro Derecho positivo dado que la regulación de la capacidad para contratar se halla estructurada de forma negativa— y frente a la presunción específica de que toda persona se halla en su cabal juicio como atributo normal de su ser, esta Sala, apreciando en conjunto la prueba practicada —constituida esencialmente por los informes médicos librados y declaraciones prestadas por Don M.S.C., médico de cabecera del padre de los litigantes—, establece como acierto que Don M.M.M, de 81 años de edad, se hallaba incurso, en la fecha de celebración del contrato de compraventa objeto de la pretensión anulatoria, en un proceso arterioesclerótico senil que, influyéndole en la inteligencia, le privaba del ejercicio de sus potencias anímicas que era necesario para que su contratación pueda válidamente estimarse como producto del libre arbitrio de su voluntad. Incapacidad para contratar que genera, por tanto, la nulidad de la contratación que celebrada con su hija demandada el 20 de mayo de 1980 tenía por objeto transmitir a ésta la casa señalada con el número 23 de la calle de Las Rocas, de Ciudadela.

CONSIDERANDO: Que si, a efectos argumentativos, se estimara que la presunción de sanidad mental no había sido adecuadamente destruida, el análisis de las cuestiones restantes conduciría a resultado idéntico al precitado, por cuanto: 1º) En el supuesto contractual concurren una serie de datos que, apreciados conjuntamente autorizan a inferir que la compraventa era simulada, como son: a) El precio de ésta es confesado; b) el precio escaturido —225.000 pesetas— y el afirmado por la demandada como real —800.000 pesetas— son notablemente inferiores al que, a tenor del dictamen pericial obrante en autos, corresponde al inmueble en la fecha de celebración del contrato —2.668.000 pesetas—; c) El vendedor no tenía probada necesidad de enajenar el bien por cuanto percibía una pensión suficiente, según la propia recurrente, para atender a su sustento; d) La demanda compradora no entregó el precio, pues si bien en urgencias defensivas afirma que el mismo quedó guardado en un cajón de la casa, sin embargo su existencia resultó omitida en la formación de los lotes de los bienes hereditarios siendo que la propia demandada participó en la designación de estos; y 2º) La pretendida donación encubierta carecería de validez, pues si bien el requisito de la forma exigido por la normativa contenida en el artículo 633 del Código Civil se entiende cumplido por la constatación del contrato simulado en escritura pública, sin embargo aparecen incumplidos los requisitos preceptuados por la misma normativa relativos a la aceptación de la donataria y al conocimiento

por el donante de esta aceptación, sin que el hecho de haber cuidado la recurrente a su padre durante veinte días aproximadamente —periodo de tiempo existente desde que se encarga de su cuidado hasta que se intenta otorgar ante el Notario de Ciudadela la escritura de compraventa que, posteriormente, se autorizaría por el Notario de Mahón—, constituye elemento suficiente de la que inferir la existencia de una donación remuneratoria, único supuesto donacional en que, como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 1982 —“ni la invalidez del negocio simulado ni la ausencia de literal expresión de voluntad de donar y aceptar la donación, deben ser obstáculos para la eficacia del contrato disimulado”.

CONSIDERANDO: Que por las razones expuestas procede confirmar la resolución recurrida, integrándola con el pronunciamiento desestimatorio de la demanda reconventional en cuanto es derivada consecuencia de la nulidad contractual que se declara.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Doña M.M.T. contra la sentencia dictada por el señor Juez de Mahón el diez de abril de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, rectificándola en cuanto la nulidad contractual declarada lo es por incapacidad para contratar de Don C.M.M. y complementándola con la desestimación de la demanda reconventional formulada por la recurrente con la consiguiente absolución de los en ella demandados, sin hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas en ambas instancias.

(Ponente: José Luis Calvo Cabello)

C. INDICE ANALITICO

- Abogados
 - Honorarios, 176
- Acción
 - Cambiaria declarativa, 174
 - De petición de legítima, 246
 - Ordinaria y no cambiaria, 173
 - Reivindicatoria, 179, 184
- Actos propios, 194
- Adopción, 269
- Agentes Propiedad Inmobiliaria
 - Honorarios. Normas colegiales, 249
- Arquitectos
 - Hoja de encargo: naturaleza, 179
- Arrendamientos
 - De obras, 168, 220, 238, 243
 - Rústicos
 - Abandono del cultivo, 239
 - Expiración del plazo, 239
 - Retroactividad. Ley vigente, 232
 - Urbanos
 - Almacén y local, 187
 - Cierre, 187, 227, 228
 - De industria, 233, 256
 - Falta de pago, 257
 - Obras in consentidas, 210
 - Pérdida y destrucción del objeto, 210
 - Subarriendo, 233, 264, 266
 - Transformación, 227
 - Traspaso, 207, 211, 217, 236
- Bienes gananciales
 - Vivienda y divorcio, 221
- Buena fé
 - Tráfico mercantil, 191
 - Contractual, 241, 271
- Congruencia, 186, 242
- Compensación, 190, 199
- Compraventa
 - Mercantil, 190
- Comunidad de bienes, 170, 260
- Concurso de acreedores
 - Improcedencia, 194
- Consentimiento
 - Adopción, 269
 - Diferencias con conocimiento, 227
 - Manifestaciones tácitas, 212, 227, 241
 - Negocial, 193, 272
 - Testamentario, 193
- Cosa juzgada, 193, 257
- Costas procesales
 - Temeridad, 242
 - Mala fe, 247
- Contratos
 - Calificación, 250
 - Condiciones generales, 270
 - Cumplimiento irregular, 203, 205, 240
 - De corretaje, 249
 - De seguro, 169, 270, 271
 - De sociedad, 175, 250
 - Nulidad, 272, 193

- Resolución por incumplimiento, 182
- Simulación, 272
- Divorcio
 - Alimentos, 253
 - Convenio previo, su valor, 208
 - Cese convivencia, 221
 - Pensión, 208, 253
 - Vivienda ganancial, 221
- Documentos privados, 170
 - Aportación, 174, 186, 219
 - Fotocopias, su valor, 233
 - Tercería de dominio, 185
- Domicilio
 - Emplazamiento, 189
- Donación
 - Encubierta, 272
 - Inoficiosa, 193
 - Remuneratoria, 272
- Ejecutivo
 - Póliza de crédito, 230
 - Intereses, 230
- Ejecutivo cambiario, 223, 261
 - Compensación, 216
 - Contrato irregularmente cumplido, 195, 235
 - Contrato subyacente y mora, 178
 - Deuda no exigible, 181
 - Domicilio del librado, 226
 - Falta de provisión de fondos, 195, 229
 - Iliquidez, 189
 - Legitimación activa y pasiva, 192, 225
 - Pago, 316, 226, 231
- Ejecutivo de tráfico
 - Culpa exclusiva de la víctima, 222, 234
 - Pluspetición, 214, 234
- Emplazamiento
 - Domicilio, 189
- Enriquecimiento injusto, 237
- Excepciones procesales
 - Falta de legitimación activa, 168, 174, 192, 225, 237, 275
 - Falta de personalidad, 270
 - Forma de proponerlas, 216
 - Incompetencia de jurisdicción, 199
 - Litis consorcio pasivo necesario, 183, 264
- Partición hereditaria
 - Privada, 209
 - Imzugnación, 180
- Patria Potestad
 - Privación, 221
 - Suspensión, 245
- Precio
 - Cierto, 168
- Prescripción
 - Adquisitiva, 209
 - Extintiva, Acción cambiaria, 174
 - Honorarios de Letrado, 176
 - Inicio, 186, 200
 - Interrupción, 186, 200
 - Responsabilidad extracontractual, 183
- Prueba
 - Apreciación, 202, 217
 - De testigos, 191
- Quiebra
 - Y no concurso, 194
- Reclamación de cantidad, 198, 201, 237, 238, 240, 241, 244, 251, 260
- Recursos
 - Apelación. Cuestiones nuevas, 196

Rendición de cuentas, 213

Responsabilidad civil

Accidente de tráfico, 200,
267, 274

Concurrencia de culpas, 267

Culpa y negligencia, 262

Daños y perjuicios, 163, 248

Decinal, 177

Error de planificación, 255

Ruina por obras en solar veci-
no, 183

Transporte terrestre, 215

Retracto

Arrendaticio rústico, 232

Retractividad de las leyes, 171,
234, 239, 245

Separación matrimonial

Alcoholismo, 171

Auxilio económico, 218

Ayuda mutua, 268

Infidelidad, 172

Pensión, 204, 223, 268

Retroactividad Ley 30/81,
171

Vivienda, 218

Servidumbre

De luces y vistas, 259

Sociedades anónimas

Impugnación acuerdos, 265

Solidaridad, 177, 183

Tercera de dominio, 185, 206,
219, 252, 273, 275

Testamento

Nulidad por falta de capaci-
dad mental del testador, 193

III. SALAS 1ª Y 2ª DE LO CRIMINAL (I)

A. INDICE CRONOLOGICO

371. **Robo.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** Agravante de reiteración y doble reincidencia. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1982.* (2ª).
372. **Robo con violencia en las personas.** Autoría; Acompañar con un vehículo al lugar del atraco y quedarse fuera vigilando con el motor en marcha. **Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** *Sentencia de 8 de Septiembre de 1982*.*
373. **Salud pública.** Tenencia de drogas, parte de ellas para el tráfico y parte para consumo propio. Conformidad. *Sentencia de 8 de Septiembre de 1982.*
374. **Salud pública.** Entrega gratuita a sus amigos. Favorecimiento. *Sentencia de 9 de Septiembre de 1982.* (2ª).
375. **Apropiación indebida.** Alquiler de un vehículo no devolviéndolo. Conformidad. *Sentencia de 9 de Septiembre de 1982.* (2ª)*
376. **Robo.** No queda suficientemente acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1982.* (2ª).
377. **Apropiación indebida.** Abuso de confianza como circunstancia cualificativa. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1982.*
378. **Robo con intimidación. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico. Falta de hurto.** Con-

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

- currencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1982.*
379. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Tenencia de sustancias y aparatos explosivos. **Tenencia de armas. Daños, Receptación.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia, reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1982*.*
380. **Uso de documento de identidad falso. Uso público de nombre supuesto. Salud pública. Falsedad en documento público.-** Autoría por inducción. *Sentencia de 13 de Septiembre de 1982. (2ª).*
381. **Detención ilegal.** Ausencia de conducta típica. El padre y los detectives privados para recuperar a la hija no realizaron ninguna conducta prevista en el art. 480 del C.P. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1982*.*
382. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Absolución. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1982.*
383. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 16 de Septiembre de 1982.*
384. **Estafa.** Falsa apariencia de saldo en cuenta corriente. Circunstancia agravante de doble reincidencia. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1982. (2ª).*
385. **Robo.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982.*
386. **Estafa.** Simulación de compra-venta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982.*
387. **Robo.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982.*
388. **Abusos deshonestos.** Animo libidinoso. "Besos y frotamientos corporales sin desprenderse de la ropa con niña menor de 12 años". *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982*.*

389. **Imprudencia con infracción de reglamentos.** Omisión del deber de socorro. El lesionado está desamparado mientras no recibe auxilio sanitario. No siendo admisibles las alegaciones del procesado de no haber atendido a la víctima por ser un lugar concurrido. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982. (2ª).*
390. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico. Imprudencia temeraria.- Delito de omisión del deber de socorro.** A la propia víctima. Conformidad. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982. (2ª).*
391. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982. (2ª).*
392. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982. (2ª).*
393. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1982. (2ª).*
394. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Eximente de enajenación mental. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1982. (2ª).*
395. **Robo con violencia en las personas.** No queda acreditada la participación del procesado, por lo que procedió su absolución. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1982. (2ª).*
396. **Cheque en descubierto.** No se da los requisitos que integran el tipo de injusto, si la persona que recibe el cheque conocía su falta de cobertura. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982. (2ª)*.*
397. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982. (2ª).*
398. **Hurto.** Delito continuado. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Delito continuado. Circunstancia agravante de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982. (2ª).*
399. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. No es necesario resultado para su consumación al ser un delito de riesgo o de peligro. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982. (2ª).*

400. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Circunstancias de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982.* (2ª).
401. **Falsificación de documento privado.** Perjuicio de terceros o ánimo de causárselo. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982.* (2ª).
402. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta de una caja. Disponibilidad de la cosa. Consumación. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982.*
403. **Robo con fuerza en las cosas.** Consumación. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982.*
404. **Abandono de familia.** El restablecimiento de la convivencia conyugal presupone el perdón del agraviado que es causa de extinción de la acción penal (Art. 487 último párrafo). *Sentencia de 24 de Septiembre de 1982.* (2ª).
405. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1982.* (2ª).
406. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1982.* (2ª).
407. **Cheque en descubierto.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1982.*
408. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Rotura de ventanilla de un vehículo. Conformidad. *Sentencia de 6 de Octubre de 1982.*
409. **Receptación.** Consumación. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. Conformidad. *Sentencia de 6 de Octubre de 1982.*
410. **Escándalo público.** Acto de exhibicionismo a menor. **Falta contra la moral y las buenas costumbres.** Art. 567-3º. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*

411. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de un candado que sujetaba un ciclomotor. Consumación. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*
412. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada: escalamiento, es decir entrada por vía no destinada al efecto. Rompimiento de ventana. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982.*
413. **Imprudencia simple con infracción de reglamento. Omisión del deber de socorro.** Situación de desamparo. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 7 de Octubre de 1982. (2ª)*.*
414. **Apropiación indebida.** Abuso de confianza. *Sentencia de 8 de Octubre de 1982. (2ª).*
415. **Robo con fuerza en las cosas. Falsificación de documento mercantil.** Delito continuado. **Estafa.** Delito continuado. Frustración. Conformidad. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 8 de Octubre de 1982. (2ª).*
416. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Resistencia a los agentes de la autoridad.** Intento de fuga tras la identificación de los agentes. Conformidad. *Sentencia de 8 de Octubre de 1982.*
417. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 8 de Octubre de 1982.*
418. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Análisis de los elementos objetivo y subjetivo del art. 433 del Código Penal. *Sentencia de 9 de Octubre de 1982.*
419. **Parricidio.** "Animus necandi". Frustración. Circunstancias atenuantes obcecación y arrebató y arrepentimiento espontáneo. **Falta de lesiones.** "Animus vulnerandi". *Sentencia de 11 de Octubre de 1982 (2ª)*.*
420. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 14 de octubre de 1982. (2ª).*
421. **Receptación.** Aprovechamiento de los efectos del delito con conocimiento de su ilícita procedencia. Circunstancia agravante de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 14 de Octubre de 1982. (2ª).*

422. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Conformidad. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1982.*
423. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 C.P. *Sentencia de 14 de Octubre de 1982.*
424. **Robo con fuerza en las cosas.** El procesado saltó un muro de altura escasa. *Sentencia de 15 de Octubre de 1982.*
425. **Robo con fuerza en las cosas.** Acuerdo previo. Consumación. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Octubre de 1982.*
426. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". Delito continuado. **Falsificación de documentos.** Delito continuado. *Sentencia de 16 de Octubre de 1982. (2ª)*.*
427. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 18 de Octubre de 1982. (2ª).*
428. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 18 de Octubre de 1982 (2ª).*
429. **Violación.** Empleo de fuerza y privación de sentido de la víctima. Circunstancia atenuante muy cualificada de provocación por parte de la víctima. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 18 de Octubre de 1982. (2ª)*.*
430. **Hurto.** Apoderamiento de cosa perdida. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 18 de octubre de 1982.*
431. **Desacato.** Estragos —mediante explosivos— conspiración. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal.** Concurrencia de las agravantes de reiteración, reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1982*.*
432. **Robo con fuerza en las cosas.** Apoderamiento violento de bienes muebles ajenos. *Sentencia de 18 de Octubre de 1982.*
433. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 19 de Octubre de 1982.*

434. **Violación.** "Coniunctio membrorum". Señales de violencia en la víctima. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 20 de Octubre de 1982.*
435. **Robo con intimidación en las personas.** Arma simulada. *Sentencia de 21 de Octubre de 1982.*
436. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Frustración. Circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 21 de Octubre de 1982. (2ª).*
437. **Hurto.** Circunstancia agravante de doble reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 22 de Octubre de 1982. (2ª).*
438. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 22 de Octubre de 1982.*
439. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982.*
440. **Salud pública.** Transporte. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982.*
441. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982.*
442. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Absolución de otro procesado por no quedar acreditada su participación. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982. (2ª).*
443. **Tenencia ilícita de armas.** Coautoría. Agravante de reiteración. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982 (2ª).*
444. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982. (2ª).*
445. **Hurto.** Cosa perdida. Circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982. (2ª)*.*
446. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Circunstancia agravante de multirreincidencia y reiteración. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982. (2ª).*

447. **Robo con intimidación en las personas.** Autor. Cómplice. Circunstancia agravante de disfraz. **Falsificación de placas de matrícula en vehículo automóvil. Falsificación del documento de Identidad. Uso público de nombre supuesto.** Circunstancia de enajenación mental, aplicada como atenuante analógica. *Sentencia de 19 de Octubre de 1982. (2ª).*
448. **Hurto.** Delito continuado. Abuso de confianza. *Sentencia de 29 de Octubre de 1982. (2ª).*
449. **Estafa.** Delito continuado. **Falsificación de documento mercantil.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Octubre de 1982. (2ª).*
450. **Hurto. Resistencia a agentes de la Autoridad.** Resistencia al ser detenido. Circunstancia agravante de multirreincidencia y reiteración. Falta de lesiones. *Sentencia de 29 de Octubre de 1982. (2ª)*.*
451. **Lesiones graves.** "Animus laedendi". Eximente incompleta de legítima defensa. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982.*
452. **Robo con intimidación de las personas y uso de armas.** Frustración. Atenuante de menor edad. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1982. (2ª).*
453. **Robo con intimidación en las personas y uso de armas.** Circunstancia atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1982. (2ª).*
454. **Abusos deshonestos no violentos. Falta de intrusismo.** Ausencia de conducta típica al ser un acto aislado y requerir habitualidad. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1982. (2ª).*
455. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Autoría. Encubrimiento. Circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1982. (2ª).*
456. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1982. (2ª).*
457. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del C.P. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1982. (2ª).*

458. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de reincidencia. Atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1982.* (2ª).
459. **Robo con fuerza en las cosas.** Autor por prestar vigilancia. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1982.* (2ª).
460. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Tenencia ilícita de armas de fuego. Delito de robo con intimidación.** Circunstancia atenuante de menor de edad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1982.* (2ª).
461. **Robo con intimidación en las personas con uso de arma.** Consumación. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1982.* (2ª).
462. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1982.* (2ª).
463. **Robo y tenencia ilícita de armas.** No queda acreditado la participación del procesado. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1982.* (2ª).
464. **Lesiones graves.** Deformidad. Pérdida de incisivos. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1982*.*
465. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rompimiento de caja fuerte. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982.*
466. **Salud pública.** Favorecimiento y facilitación: intermediario. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982.*
467. **Robo.** Delito continuado. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Sustitución de placas de matrícula —art. 279 bis—. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982.*
468. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1982.* (2ª).
469. **Receptación.** Desconocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982.* (2ª).
470. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia

- atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982. (2ª).*
471. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1982.*
472. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1982.*
473. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de menor edad. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1982. (2ª).*
474. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Circunstancia atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1982. (2ª).*
475. **Estafa.** Concurrencia de todos los elementos del tipo: engaño, error, acto de disposición, perjuicio y ánimo de lucro. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1982. (2ª).*
476. **Hurto.** Delito continuado. Unidad de designio. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1982. (2ª).*
477. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1982.*
478. **Cheque en descubierto.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1982. (2ª).*
479. **Robo con fuerza en las cosas.** Eximente incompleta de enajenación mental. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1982. (2ª).*
480. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Existencia de balanzas de precisión. Conformidad. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1982.*
481. **Imprudencia temeraria.** Conducción de vehículo automóvil bajo la influencia del alcohol. Conformidad. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1982. (2ª).*
482. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Delito

- continuado. Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1982. (2ª).*
483. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Por tiempo inferior a 24 horas. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1982. (2ª).*
484. **Robo. Conducción ilegal. Falsedad en documento oficial. Falsedad en documento mercantil. Estafa. Frustración.** *Sentencia de 24 de Noviembre de 1982.*
485. **Robo con intimidación en las personas y uso de armas.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1982.*
486. **Tenencia ilícita de armas.** Eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. Conformidad. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1982.*
487. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Atentado a los agentes de la Autoridad.** Circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1982.*
488. **Tenencia de explosivos.** Ausencia de conducta típica. Falta de pruebas. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1982.*
489. **Hurto.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982.*
490. **Salud pública.** Ofrecimiento en venta, sin llegar a realizarse. Consumación anticipada por ser un delito de peligro. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982.*
491. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de menor edad. Circunstancia agravante de multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982.*
492. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982.*
493. **Acusación y denuncia falsa.** Falsa imputación en la conducta del arrendador por parte del inquilino. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982. (2ª)*.*

494. **Delito relativo a la prostitución.** Concurrencia de los requisitos del tipo. Es indiferente que el procesado disponga de otros medios económicos. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982. (2ª).*
495. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Hurto. Daños.** Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982. (2ª).*
496. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982. (2ª).*
497. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Encubrimiento. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1982.*
498. **Robo con fuerza en las cosas.** En cabinas telefónicas. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1982.*
499. **Receptación.** Ausencia de conducta típica por desconocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1982.*
500. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982.*
501. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. Conformidad. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982.*
502. **Homicidio.** Frustración. Circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982.*
503. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982. (2ª).*
504. **Receptación.** Absolución por desconocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982. (2ª).*
505. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1982. (2ª).*
506. **Robo con fuerza en las cosas. Delito de incendio.** *Sentencia de 30 de Noviembre de 1982. (2ª).*

507. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1982.*
508. **Robo con intimidación en las personas.** Empleo de armas. **Tenencia ilícita de armas.** Encubrimiento. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad y de la circunstancia agravante de disfraz. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1982.*
509. **Salud pública.** Venta. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982.*
510. **Realización arbitraria del propio derecho.** Azoderamiento violento de cosas pertenecientes a su deudor, para hacerse pago. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982*.*
511. **Salud pública.** Dadas las circunstancias el Tribunal aplica el párrafo 3º del art. 344. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982. (2ª).*
512. **Falta de vejación injusta.** *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982. (2ª).*
513. **Delito relativo a la prostitución.** Ausencia de conducta típica. Absolución. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982. (2ª).*
514. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Absolución. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1982. (2ª).*
515. **Abusos deshonestos.** Tentativa. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 3 de Diciembre de 1982. (2ª).*
516. **Falsificación de documento oficial.** Cupón de ciegos. **Falta de Estafa.** Ausencia de conducta típica. Absolución. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1982. (2ª).*
517. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1982.*
518. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno con violencia.** Apoderamiento de yate. Concurrencia de las agravantes de reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1982.*
519. **Robo.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1982.*

520. **Robo.** Absolución. Presunción de inocencia. El Tribunal consideró insuficiente el reconocimiento que el perjudicado hizo del procesado ante la Policía. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1982.*
521. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Utilización de cuchillos. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1982. (2ª).*
522. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Tentativa. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1982. (2ª).*
523. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1982. (2ª).*
524. **Robo con fuerza en las cosas. Falta de hurto.** *Sentencia de 9 de Diciembre de 1982.*
525. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y rompimiento de ventana. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito continuado. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1982.*
526. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1982.*
527. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito continuado. Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1982.*
528. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982. (2ª).*
529. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito. **Contra la seguridad del tráfico. Hurto.** Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982. (2ª).*
530. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Estafa.** Delito continuado. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982. (2ª).*
531. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 13 de*

Diciembre de 1982. (2ª).

532. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Conformidad. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1982. (2ª).*
533. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1982.*
534. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*
535. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*
536. **Robo con intimidación.** Empleo de arma. Concurrencia de la agravante de reiteración y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*
537. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristales. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982. (2ª).*
538. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el consumo. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982. (2ª).*
539. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1982.*
540. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración, reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1982.*
541. **Falsificación de documento privado.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1982. (2ª).*
542. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1982. (2ª).*
543. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Empleo de arma blanca. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia eximente

- incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1982. (2ª).*
544. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Conformidad. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1982. (2ª).*
545. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1982. (2ª).*
546. **Salud pública.** Transporte. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1982.*
547. **Robo con violación.** En casa habitada y con empleo de armas. **Violación. Lesiones.** Con alevosía. Concurrencia de las agravantes de abuso de superioridad, reiteración, reincidencia, ejecución en morada de la víctima. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1982. (2ª)*.*
548. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Conformidad. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1982.*
549. **Robo con intimidación.** Empleo de armas. En oficina urbana. **Tenencia ilícita de armas de fuego.** Alteración de placas de matrícula. Concurrencia de las agravantes de reiteración y multirreincidencia. Concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982.*
550. **Estafa.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982. (2ª).*
551. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento, rotura de ventanas. **Delito contra la seguridad del tráfico. Receptación.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia y reiteración. Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental y la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982. (2ª).*
552. **Hurto.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1982. (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES.

372

372. ROBO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS. Autoría; Acompañar con un vehículo al lugar del atraco y quedarse fuera vigilando con el motor en marcha. **TENENCIA ILICITA DE ARMAS. UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR AJENO. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO** *Sentencia de 8 de Septiembre de 1982.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado V. D. M. y el otro procesado J. L. O. M. de 17 años de edad, se trasladaron de Madrid a Ibiza a mediados del mes de abril de 1981, siendo portadores de dos escopetas calibre 16 una de ellas marca "Mundial" de dos cañones yuxtapuestos y la otra marca "Sean" de un solo cañon que habían sido recortadas en su parte anterior y culata, ya en la isla en fecha no bien precisa, posiblemente entre el día 16 al día 19 de aquel mes J.L.O.M. regresó a Madrid, mientras que V. D. que se quedó con las armas entró en relación con A. M. C. ya juzgado, y otro individuo declarado en rebeldía y puestos plenamente de acuerdo decidieron que el día 20 de abril atracarían un club sito en San Antonio de la isla de Ibiza, a tal fin, el citado día 20 uno de los componentes del grupo se apoderó de un Seat 124, que se encontraba estacionado en una calle de la Ciudad de Ibiza, le hizo "el puente" y pasó a recoger a los compañeros. Ya en el coche se puso al volante V. D. M., que no tenía carnet para conducir dirigiéndose hacia el pueblo de San Antonio distante quince kilómetros, portando las referidas armas sus acompañantes y al encontrar cerrada la Sala de fiestas "G." según tenían proyectado, cambiaron de idea y regresaron a la ciudad de Ibiza acordaron atracar el club "80" sito en las afueras, ya en el lugar, mientras V. D. quedaba al volante con el coche en marcha, los otros dos penetraron en el local, esgrimiendo las armas y con el rostro cubierto uno con careta y otro con una bolsa de plástico, prendas que se colocaron en el momento de entrar en el local para evitar su identificación, ordenando a grandes voces que se tiraran al suelo, advirtiéndole se trataba de un atraco, disparando un cartucho que causó daños cifrados en 500 pesetas a continuación uno de los que había entrado en la Sala se dirigió a la barra y se apoderó de 2.300 ptas. no consiguiendo la recaudación del día que tenía la dueña en su bolso; el tiempo que permanecieron en el establecimiento dieron un culatazo con la escopeta a B. S. M. que tardó 14 días en sanar sin defecto ni deformidad, a R. C. G. le causaron lesiones de tres días de duración sin dejar secuela y D. P. V. al ser obligada a tirarse al suelo sufrió lesiones que tardó siete días en sanar sin defecto ni deformidad, salieron inmediatamente del local al tiempo que se quitaban las caretas y con el botín se dirigieron al coche que les esperaba en marcha y al volante como se ha dicho V. D. alejándose rápidamente del lugar procediendo al abandono del vehículo momentos después y a dejar ocultas las armas en un descampado donde fueron

halladas días más tarde por la referencia que dió de las mismas el repetido V. D.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo con intimidación de los artículos 500, 501-5º, un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 245; otro de conducción sin carnet o contra la seguridad del tráfico del artículo 340; otro de utilización ilegítima de vehículo de motor del artículo 516 bis todos del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados V. D. M. de todos ellos y J. L. O. M. del segundo de tenencia ilícita de arma de fuego con la concurrencia en éste de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad penal y en V. D. la agravante de disfraz 3ª del artículo 9 y 7º del artículo 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquellos las penas de seis años de presidio menor por el primer delito, tres años de prisión menor por el segundo delito; 30.000 pesetas de multa por delito contra la seguridad del tráfico y la de tres meses de arresto mayor y un año de privación de obtener el carnet de conducir para el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor; para el procesado J. L. O. la pena de un mes y un día de arresto mayor accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 500 pesetas, 14.000 pesetas, 2.300 pesetas al perjudicado B. S. M., 3.000 pesetas a R. G. y 7.000 pesetas a M. D. P. V.; dar a las armas el destino legal y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de los procesados en igual trámite con su propia versión de los hechos, aceptó el letrado defensor de V. D. la participación en los hechos de su patrocinado en concepto de cómplice, sin circunstancias y solicitó penas correspondientes a su supuesta intervención; el letrado defensor del otro procesado solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos para el procesado: V. D. de un delito de robo con intimidación en las personas de los artículos 500, 501-5º, y último párrafo de este artículo, en concepto de autor, por cuanto su intervención es principal y decisiva en la ejecución del atraco, ya que aparte el transporte desde Madrid de las armas y haberlas entregado a dos de sus compañeros de cuadrilla, el día del atraco su actividad y colaboración es directa al resultado, conduce el vehículo después de hacerle "el puente" les sitúa en los locales que son objeto de atraco en proyecto o se lleva a cabo y les aguarda fuera del establecimiento con el motor en marcha para facilitar su huida conducta tan relevante en el suceso tiene un claro encaje en la autoría y no en la complicidad como pretende su defensor; igualmente son constitutivos para el mismo de un delito de tenencia ilícita de arma de fuego del artículo 254 del C. Penal, otro de utilización ilegítima de vehículo de motor del artículo 516 bis y otro contra la seguridad del tráfico del art. 340 todos los Códigos penal; para el procesado J. L. O. M. son constitutivos de un delito de tenencia de arma de fuego, ya que tuvo en su poder las escopetas recortadas y pudo disponer por consiguiente de las mismas.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autores los procesados V. D. M. y J. L. O. M.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad penal en el procesado J. L. O. M. que resulta de su partida de nacimiento obrante en el sumario conforme al artículo 9º párrafo 3º del Código Penal; no es de apreciar la concurrencia en el procesado V. D. de la circunstancia agravante de disfraz 7ª del artículo 10º del Código penal ya que de los hechos no se desprende que tuviera conocimiento que los miembros del grupo tenían proyecto o propósito de utilizar las caretas o medias que para dificultar su identificación usaron en el interior del establecimiento, la duda que sobre este conocimiento surge impide que sea aplicada en el presente caso.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados V. D. M. y J. L. O. M. en concepto de autores responsables el primero de un delito de robo con intimidación con uso de medios peligrosos, otro de tenencia ilícita de arma de fuego, otro de utilización ilegítima de vehículo de motor y otro contra la seguridad del tráfico sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a las penas de cinco años de presidio menor por el delito de robo; dos años de prisión menor por el delito de tenencia ilícita de armas de fuego, a la pena de tres meses de arresto mayor y un año de prohibición de obtener el carnet de conducir por la utilización ilegítima de vehículo de motor y a la de veinte mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de diez días caso de impago por el delito contra la seguridad del tráfico; a J. L. O. M. en concepto de autor de un delito de tenencia de arma de fuego con la concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría penal se le condena a la pena de un mes y un día de arresto mayor, 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 ofendidos B. S. M. R. C. y M. P. V. la suma de treinta y siete mil pesetas, tres mil pesetas y siete mil pesetas y al pago de costas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene; dese a las armas intervenidas el destino legal.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

375

375. APROPIACION INDEBIDA. Alquiler de un vehículo no devolviéndolo. Conformidad. *Sentencia de 9 de Septiembre de 1982.*

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: "En Palma de Mallorca, el procesado J. M. B. N., de mala conducta, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 14 de enero de 1978 alquiló a "Garage V." el Seat 127 matrícula P.M.-7123-E tasado en 150.000 ptas. no devolviéndolo el día siguiente como estaba contratado y siendo recuperado por la Policía el día 10 de febrero del año en curso, ascendiendo los perjuicios ocasionados a la entidad arrendataria a 23.385 ptas."

RESULTANDO: Que la acusación más grave, en sus conclusiones provisionales calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida a los artículos 535 y 538-2º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquel la pena de un año y un día de presidio menor, accesorias, indemnización de veintitrés mil trescientas ochenta y cinco pesetas al perjudicado y costas.

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

CONSIDERANDO: Que al concurrir el supuesto de los artículos 694 y 697, en rela-

ción con el 655 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 relativos 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; por lo que al haberse modificado las cuantías con posterioridad a la calificación provisional por la Ley 20/1978 de 8 de mayo, los hechos resultan penados en el número 3º y uno en el 2º del artículo 528 del Código Penal, por lo que, en aplicación del artículo 24 del mismo procede la pena de arresto mayor en el grado que se dirá.

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, 655, 694, 697, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. B. N. en concepto de autor responsable de un delito consumado de apropiación indebida en cuantía de ciento cincuenta mil pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN MES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido "Garaje V." la suma de veintitrés mil trescientas ochenta y cinco 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.

Se decreta la libertad de dicho procesado, librándose al efecto el oportuno mandamiento.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

379

379. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. Delito continuado. Tenencia de sustancias y aparatos explosivos. **TENENCIA DE ARMAS. DAÑOS. RECEPCION.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia, reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1982.*

RESULTANDO: Probado, y así se declara, que han intervenido en los hechos que se indicarán los que a continuación se expresan: A) M. C. A., mayor de edad, de mala conducta. (f. 409), ejecutoriamente condenado por delito de robo en virtud de sentencia de 2 de mayo de 1978, declarada firme el día 15 de mayo del mismo año, a la pena de dos años de presidio menor en causa tramitada ante el Juzgado de Instrucción de Palma

de Mallorca número tres, y por delito de robo, en virtud de sentencia de 26 de marzo de 1980, declarada firme el siete de mayo de 1980, a la pena de seis años y un día de presidio mayor, en causa seguida en el Juzgado de Instrucción de Manacor, sin que conste la apreciación en ninguna de ellas de la circunstancia de reincidencia (f. 382, 534, 597, 870); B) J. C. N., mayor de edad, de mala conducta (f. 293), sin antecedentes penales (f. 386); C) J. P. M., mayor de edad, de conducta normal (f. 317), sin antecedentes penales (f. 312); D) J. M. G. M., mayor de edad, de mala conducta (f. 318), condenado por delito contra la salud pública, en virtud de sentencia de seis de febrero de 1980, a la pena de seis meses y un día de prisión menor y a la de multa de 10.000 pesetas, en causa tramitada en el Juzgado de Instrucción de Palma número uno, también condenado por delito de hurto, por sentencia de 31 de mayo de 1979, a la pena de seis meses de arresto mayor, por autos seguidos ante el mismo Juzgado, sin que conste la firmeza de ninguna de dichas resoluciones ni la circunstancia de reincidencia (f. 387, 542, 560, 402); E) L. S. M., mayor de edad, de mala conducta (f. 362) y ejecutoriamente condenado por delito de conducción ilegal, en sentencia de 22 de noviembre de 1969 y de uno de abril de 1969, a sendas penas de multa de 5.000 pesetas en causas seguidas en el Juzgado de Manacor, también por delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de sentencia de 31 de marzo de 1971, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, en causa tramitada por el mismo Juzgado, así mismo por otro delito de robo con fuerza en las cosas y de hurto de uso, en virtud de sentencia de 16 de junio de 1975, a la pena de seis años y un día de presidio mayor, según expediente llevado ante el Juzgado de Instrucción de Palma de Mallorca número tres igualmente condenado por otro delito de robo en grado de frustración, en sentencia de 26 de febrero de 1972, a la pena de cinco meses de arresto mayor, ante el Juzgado número uno de Palma, y, por último un delito de robo con intimidación en las personas, en virtud de sentencia de ocho de marzo de 1976, a la pena de 6 años y un día de presidio mayor, habiéndose tramitado ante el Juzgado número dos de Palma, constando en las dos últimas resoluciones la apreciación de la circunstancia de reincidencia (f. 436, a 438, 458 v., 483, 492, 642, 958, 81-II); F) J. F. R. B., mayor de edad, de mala conducta (f. 294), condenado por delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de sentencia de 11 de julio de 1980, a la pena de un año de presidio menor, en causa tramitada por el Juzgado de Instrucción de Manacor, por otro delito de robo con fuerza en las cosas, en sentencia de 10 de octubre de 1979 a la pena de un mes y un día de arresto mayor, en autos seguidos ante el mismo Juzgado, y por delito de hurto de uso, en sentencia de 11 de abril de 1979; a la pena de 20.000 pesetas de multa y privación del permiso de conducir durante tres meses y un día, sin que conste la firmeza de dichas resoluciones y sin que en ninguna de ellas se haya apreciado la circunstancia de reincidencia (f. 388, 407, 623, 59-II, 134-II); G) J. F. G. mayor de edad de mala conducta (f. 324) y condenado por delito de robo, en sentencia de 26 de marzo de 1980, a la pena de seis años y un día de presidio mayor, en autos seguidos ante el Juzgado de Instrucción de Manacor, y por otro delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de sentencia de 9 de julio de 1980 a la pena de un mes y un día de arresto mayor y 10.000 pesetas de multa, en autos tramitados por el mismo Juzgado, sin que conste la firmeza de ninguna de dichas resoluciones y sin que se haya apreciado en las mismas la circunstancia de reincidencia (f. 384, 746, 477); H) J. H. S., mayor de edad, de mala conducta (f. 292), y ejecutoriamente condenado por delito de robo de uso, en sentencia de 30 de junio de 1975, a la pena de multa de 10.000 pesetas, en autos tramitados por el Juzgado de Instrucción número 13 de Madrid, también por otro de robo con fuerza en las cosas, en sentencia de ocho de julio de 1975, a la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 20.000 pesetas, en causa seguida ante el Juzgado de Instrucción número 10 de Madrid, igualmente por un delito de robo con fuerza en las cosas, en sentencia de 26 de septiembre de 1977, a la pena de un año de presidio menor, en causa seguida ante el Juzgado número dos de Palma de Mallorca, también por otro delito de robo con fuerza en las cosas, en virtud de sentencia de 10 de enero de 1978, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor, en autos seguidos ante el Juzgado de Instrucción de Guadalajara, y, por último, por un delito de hurto, en sentencia de 18 de mayo de 1978, a la pena de seis meses y un día de presidio menor, ante el Juzgado número tres de Palma; en la sentencia de 26 de septiembre de 1977 se apreció expresamente la circunstancia de multirreincidencia, y en la de 18 de mayo de 1978, la de reincidencia (f. 316, 380, 549, 555, 564, 647); I) M. T. M. I., nacida el día once de mayo de 1963 (f. 353), de conducta normal (f. 410) y sin antecedentes penales (f. 354, 383); J) D. C. F., mayor de edad, de mala conducta (f. 364,

969), ejecutoriamente condenado por un delito de conducción ilegal, en virtud de sentencia de 23 de octubre de 1979, a la pena de 10.000 pesetas de multa, en causa tramitada ante el Juzgado de Instrucción de Manacor, no constando la firmeza de tal resolución (ff. 395, 426, 570); K) F. D. B. F., mayor de edad, de conducta normal (f. 1101), cuyos antecedentes no constan. Los hechos en que los citados han intervenido son los siguientes: 1º) En hora no precisada de la madrugada del día 24 de julio de 1980, M. C. A. J., J. C. N. y J. F. G., habiéndose desplazado, en el coche del primero de ellos, al Parador L. M., situado en el kilómetro 41 de la carretera de Palma a Manacor, en término municipal de Villafranca, perteneciente a A. F. N., penetraron en su interior, después de romper dos lirones de la persiana que da al comedor, situada en la parte oeste del edificio, y de astillar también el cristal de la contraventana, y se apoderaron de una escopeta, marca Ugartechea, del calibre doce, de dos cañones paralelos, con número de fabricación 68.179, rompiendo asimismo una estatuilla de barro que se utilizaba como bote que contenía en su interior diversas monedas, de cuantía no precisada, y llevándose una botella de whisky, marca "Doble V". La escopeta ha sido pericialmente tasada en la suma de 20.000 pesetas (f. 977), y se produjeron daños valorados en la cantidad de 18.000 pesetas (f. 19, 24, 29 v. 165 y 915, 171-II). 2ª) Durante las primeras horas del día veinticinco de julio de 1980, los expresados en el número anterior, utilizando semejante medio de transporte, cuando se encontraban en las inmediaciones de la fábrica de productos carbónicos P., sita en la carretera de Muro, sin número, en término municipal de Sa Pobla, cuyo representante legal es J. C. S., entraron en su interior por una ventana lateral, situada a tres metros de altura, y con una barrena realizaron siete taladros de un centímetro de diámetro cada uno en una caja fuerte, marca Deprit, que estaba empotrada en la pared, colocando un cartucho de goma-dos en el centro y sirviéndose la mecha lenta, y, como consecuencia de la explosión, fue descerrajada y arrancada de cuajo su puerta, habiéndose ocasionado la rotura de dos ventanas y de parte del mobiliario. Del interior de esa caja fuerte tomaron 9.000 pesetas en metálico, dejando cheques y otros documentos de valor, y saliendo del local por una de las ventanas delanteras de la edificación. Como consecuencia de ello, se han causado daños pericialmente valorados en la suma de 113.000 pesetas (f. 635). Durante la realización de estos hechos, J. C. N. portaba la escopeta reseñada en el hecho anterior, una vez que le fueron recortados los cañones y la culata (f. 15, 22, 25, v., 165. 3ª) Antes de las tres horas del mismo día mencionado en el número anterior, los tres ya referidos, M. C. A., J. C. N. y J. F. G., después de ejecutar el hecho anterior, se dirigieron a un almacén de cereales y patatas, sito en la calle I. M. G., número 22, de Sa Pobla, perteneciente a J. S. S. y M. G., apoyándose en J. F., penetró por una ventana de ventilación que, situada en la fachada que da a la ronda este, estaba a una altura de tres metros y medio, y, ya en su interior, abrió una puerta metálica, permitiendo el acceso a sus acompañantes; y, habiendo recorrido el almacén, llegaron a sus oficinas, situadas en el otro extremo, y colocaron un cartucho de goma-dos, en pequeños trozos, en la cerradura de la caja fuerte, marca Basculante, J. V., compuesta de dos compartimientos, y, activados con mecha lenta, fue abierta su parte superior, de cuyo interior tomaron un millón doscientas mil pesetas, bien en moneda española, bien en divisas, principalmente marcos alemanes, dólares estadounidenses y francos franceses, y, efectuado esto, salieron del local por la misma puerta por la que habían entrado. Durante la ejecución de estos hechos, J. C. N. portaba la escopeta referida en el hecho anterior. Como consecuencia de los hechos narrados, se causaron daños que han sido pericialmente valorados en la cantidad de 40.000 pesetas (f. 637) (ff. 15, 22, v., 28., 156, 165 v.) 4ª) Durante las primeras horas del día tres de septiembre de 1980, M. C. A. y J. L. S. A., encontrándose en Lluchmayor, se dirigieron a la Cámara Local Agraria, sita en A. P., sin número, y, para acceder a ella, quitaron un barrote de aluminio de la verja que protege una de sus ventanas y forzaron la vidriera de la misma con un destornillador, penetrando a través de un espacio de unos veinticinco centímetros de ancho por unos sesenta de altura, y, ya en su interior, y encontrándose en las oficinas, fue J. L. S. quien desmontó la placa metálica que cubre la cerradura de una caja fuerte allí existente, haciendo un agujero de unos diez milímetros por el alojamiento de la llave metiendo allí unos 50 gramos de goma-dos que conectó a una pila eléctrica, haciendo saltar la puerta de la misma, y produciendo daños, por la fuerza expansiva de la explosión, en la misma pared en que se hallaba empotrada. Del interior de dicha caja fuerte tomaron la suma de 28.255 pesetas y causaron daños ascendentes a 80.000 pesetas (ff. 15 v., 23, 37, v., 73, 90). 5ª) En la madrugada del día once de septiembre de 1980, J. L. S. A. y J. M. S., en

unión de un tercero no identificado, yendo en un automóvil perteneciente al primero, decidieron penetrar en el supermercado T. T., situado en Palma de Mallorca, en la calle F. M. M., número tres, cuyo director era B. M. B. y después de que J. L. S. abriese el candado que cerraba la puerta metálica que dá a la calle P. R., sirviéndose para ello de una ganzúa, fue J. M. quien, valiéndose de una palanqueta, forzó dicha puerta metálica, y penetrando ambos en los mencionados locales y dirigiéndose a sus oficinas, fue J. L. S. quien colocó gomas en una caja fuerte que allí había empotrada en una de sus paredes, y después de abrir las ventanas, la hizo explotar, quedando incrustada la puerta de la caja fuerte en la pared frontal, apareciendo el tabique rajado en ambos extremos. De su interior tomaron 40.764 pesetas en metálico y ocasionaron daños que, según informe pericial (f. 629), han sido valorados en 65.619 pesetas (ff. 15 v., 37, 73, 177, 228). 6ª) A primeras horas de la madrugada del día doce de septiembre de 1980, M. C. A., en unión de otro cuya identidad no ha sido plenamente comprobada, después de saltar una barrera de madera de un metro y medio de altura y de saltar al patio del edificio donde esta la oficina de Correos de C., sita en calle J. C., número uno, se introdujeron seguidamente en la misma, forzando su puerta trasera, y, dirigiéndose a la caja fuerte allí existente empotrada en la pared, destornillaron el embellecedor de la cerradura y partieron al espigón guía de la llave, y, colocando a continuación pequeños trozos de gomas y el correspondiente fulminante, la hicieron explotar, saltando la cerradura y descajándose la puerta y las laterales de la caja. Del interior de ella tomaron 554.412 pesetas en metálico y ocasionaron daños que pericialmente se valoran en la cantidad de 16.163 pesetas, en cuya suma se incluyen 5.768 pesetas, importe de diversos sellos que quedaron deteriorados (f. 265) (ff. 16, 23, v., 1043). 8ª) Alrededor de las dos de la madrugada del día 16 de octubre de 1980, M. C. A., J. C. N., J. F. G. y J. P. M., se dirigieron a la fábrica de calzados, denominada Calzados M, ubicada en Lluçmajor, calle D. F. A., sin número, perteneciente a S. M. C. y después de forzar una portaza de madera sita en la calle M., y de haber pasado a un patio destinado a cochera de la fábrica, abrieron una puerta metálica que permite el acceso a los locales industriales, y, habiendo llegado a las oficinas situadas en la planta baja, fue J. F. quien colocó gomas en una caja fuerte empotrada, en cantidad aproximada de 50 gramos, poniendo también un cebo eléctrico, con lo que, explosionada que fue, abrieron dicha caja, dejándola destrozada y dañando seriamente las paredes de sujeción y empotramiento de la misma, así como una puerta y una ventana de la oficina, ocasionado por la onda expansiva. De su interior tomaron la cantidad en metálico de 2.800 pesetas y ocasionaron daño que, según informe pericial (f. 198-II), ascienden a 150.000 pesetas (ff. 16, 23, 30, 321, 166). 9ª) En la madrugada de día 16 de octubre de 1980 M. C. A., J. C. N., J. F. G. y J. P. N. se dirigieron a la oficina de Correos de C. situadas en la calle P., núm. uno, y, a través de un hueco allí existente, saltó uno de ellos una pared medianera de una altura de dos metros, y este colocó una escalera que se encontraba en el interior del patio que es cerrado por esta pared, lo que permitió a los demás entrar en el mismo, y, ya en el patio, forzaron uno de los cristales de una ventana por cuyo hueco metieron la mano para abrirla, y, a través de ella, penetraron en el interior de la mencionada oficina, y, después de registrar las oficinas, fue J. F. quien colocó gomas en una caja fuerte que, empotrada en la pared, había en el despacho del administrador, y, después de explosionada, tomaron de su interior la suma de 50.643 pesetas. No se han determinado los daños ocasionados por estos hechos (ff. 16 v., 23 v., 30, 32 v., 166, 153-II). 10ª) Durante las primeras horas del día 17 de octubre de 1980, M. C. A., J. F. F., y J. C. N., se dirigieron a una tienda de pieles, perteneciente a G. A. V., situada en Son Servera, en la calle S., sin número de la Cala Millor, y, después de romper algún listón de la persiana de madera de una ventana, penetraron en su interior, apoderándose de cantidades en metálico por importe de 49.080 pesetas, y también tomaron una escopeta de la marca Franchi, calibre dos, con número de fabricación 06080-B, de un sólo cañón, repetidora, valorada en 16.000 pesetas (ff. 19 v., 24, 29, 166, 160-II). No constan los daños que fueron causados. 11ª) En la madrugada del día 24 de octubre de 1980, M. C. A., J. C. A., J. F. G. y J. C. M., se dirigieron a los locales que Avis posee en la carretera de Palma a Santanyi, en su kilómetro diez, y, después de forzar con un destornillador la cerradura de la puerta de una valla metálica que rodea esos locales, penetraron en su interior, y habiendo colocado gomas en una caja fuerte allí existente, y explosionada que fue, se apropiaron de 33.000 pesetas en metálico que había en su interior. Los daños han sido pericialmente valorados (f. 420 y 442) en la suma de 112.193 pesetas (ff. 16 v., 23, 29, 32, 166 v., 219).

12°) Durante la madrugada del día 31 de octubre de 1980 M. C. A., J. C. N., J. F. G. y J. P. M. portando dos escopetas con cañones recortados, se introdujeron, después de saltar una valla de alambre, en la fábrica de Calzados F., perteneciente a A. F. F., situada en la calle G., sin número, en Inca, y se introdujeron en su interior a través de una ventana que se encontraba en un lateral de la misma, y fue J. F. quien colocó goma-dos en la caja fuerte una vez violentado el pestillo de la primera tapa de la cerradura, y, explosionada, tomaron de su interior la cantidad de 421.000 pesetas, más otras divisas (226 dólares norteamericanos y 1940 francos belgas), valoradas en la suma de 21.690 pesetas (f. 528). Se ocasionaron daños valorados (f. 661) en la cantidad de 221.651 pesetas (ff. 16 v., 23 v., 29 v., 32 v., 138, 166).

13°) Durante las primeras horas del día seis de noviembre de 1980, M. C. A., J. C. N., J. P. M., J. F. R. B. y J. M. Q. M.; se dirigieron a los locales de la empresa T. E. de B. S.A. (T.) ubicada en la calle 16 del P. de la V., en Palma, en las Naves S. 57, y, después de forzar una ventanilla del lavabo, en concreto una reja en cruz que la protegía, penetró alguno de ellos, quién, a su vez, franqueó la entrada a los demás, y, ya en su interior, se sirvieron de goma-dos para explosionar una caja fuerte, sin que de su interior tomaran nada; sin embargo, se apoderaron de cuatro radio-telefonos marca Talcom, modelo EP 702, números 5.520, 5.522, 5.523 y 5.524, así como de dos auriculares, modelo KPH 127 R, todo lo cual fue valorado en 276.344 (f. 527). Asimismo se llevaron varios kilos de goma-dos y dos cajas de detonadores así como mecha lenta y rápida, lo que no ha sido valorado. Se ocasionaron daños que han sido tasados en la suma de 50.000 pesetas (f. 632). En la realización de estos hechos llevaban dos escopetas con los cañones y culatas recortados (f. 17, 23, 30 v., 32, 34., 84, 346, 415).

14°) Alrededor de las tres horas, treinta minutos, del día 8 de noviembre de 1980, M. C. A., J. F. R. B. y J. C. M., se dirigieron a la farmacia perteneciente a C. C. M. situada en la calle M. 31, en Pollensa, y, después de arrancar los barrotes que protegían una de las ventanas posteriores del local, de las que estaban situadas en la primera planta, y desmontados los cristales de la ventana, accedieron al interior, en donde se apropiaron de una caja de Brom-hioscin así como de cinco gramos de fosfato de codeína, valorados en 487 pesetas (f. 130 v.) M. C. desmontó y vació la cerradura de una caja fuerte, llenándola de goma-dos y, haciéndola explosionar con un detonador y una pila, no lograron abrirla, por lo que de nuevo colocó otra carga que, explosionada, no permitió el acceso a su interior, desistiendo de intentarlo nuevamente. Se ocasionaron daños valorados (f. 443) en la suma de 39.127 pesetas (ff. 17, 23 v., 35, 42, 124).

15°) Sobre la una y media de la mañana del día 28 de noviembre de 1980 M. C. A., J. C. N., J. P. M. y J. M. G. M., se dirigieron a la fábrica de Calzados Y, situada en la carretera C-713, kilómetro 27, en el término municipal de Inca, y, portando J. C. una escopeta de cañones recortados, una vez que hubieron forzado el candado de la verja que rodea a la fábrica, penetraron en su interior a través de una ventana del primer piso desmontando previamente sus cristales, y cuando estaban en su interior fueron sorprendidos por el vigilante de la fábrica, quien disparó dos veces contra ellos sin alcanzarlos. Como consecuencia de ello, no se apoderaron de objeto alguno, causando daños valorados en la suma de 1.200 pesetas (f. 631) (ff. 23, 26 v., 29 v., 32 v., 36, 130).

16°) Entre la noche del día cuatro y la madrugada del día cinco de diciembre de 1980, M. C. A. y J. M. G. M., se dirigieron al chalet denominado Villa B., perteneciente a J. P. C., situado en la calle B. C., número 11, Cala Mayor, y habiendo forzado la puerta trasera del chalet, subieron por la pared de unos cuatro metros de altura, ayudándose de una escalera existente en el jardín, y abrieron una de las ventanas de una torre de la mencionada vivienda; en su interior, decidieron utilizar goma-dos para abrir una caja fuerte que había detrás de un cuadro, y, abierta que fue, no se llevaron nada de su interior. Sin embargo se apoderaron de un jersey, valorado en 5.000 pesetas (f. 630). Se ocasionaron daños que han sido valorados (f. 610) en la suma de 74.202 pesetas. El chalet constituye la vivienda habitual de su propiedad, si bien no se encontraba presente al tiempo de producirse los hechos descritos (ff. 17 v., 23, 26, 241).

17°) En la madrugada del día 5 de diciembre de 1980, M. C. A., J. C. N. y J. P. M., se dirigieron a Valldemosa, y penetraron en la Oficina de Fomento de Turismo, situada en la plaza de la C., sin número, después de quitar algunos listones de la persiana y el cristal de una de sus ventanas traseras, y, habiendo colocado en la cerradura de la caja fuerte una cantidad de goma-dos, y explosionada, quedó abierta, tomando de su interior la cantidad de 14.607 pesetas, así como dos billetes presuntamente falsos, de mil pesetas cada uno. Se produjeron daños valorados (f. 187-II) en la suma de 19.256 pesetas (f. 17 v., 23 v., 30, 32 v., 922).

18°) En la madrugada del día 10 de diciembre de 1980, M. C. A. penetró en el establecimiento denominado Almacenes S., sito en Manacor, en la plaza C. número seis, perteneciente a P. y M. S. R., a cuyo fin trepó por una farola situada en la calle A. L. S., de donde pasó a una cornisa a una distancia de cuatro metros y medio del suelo, desde donde forzó una ventana de dicho local, por donde penetró en su interior, apoderándose de un televisor marca Sanyo, una calculadora marca Melody, un radio-cassette Sanyo, así como un secador de pelo Braun, un radio cassette Sanyo modelo 9930, doce cintas de cassette Basi, doce cintas de cassette Sony, un juego de altavoces para coche marcha Aleca, dos secadores de pelo Artenol, los cuales fueron valorados en conjunto en la cantidad de 104.000 pesetas. Se ocasionaron daños valorados en seis mil pesetas (f. 19, 836, 840, 844, 848, 849, 858 a 860). Dichos objetos han sido entregados a sus dueños. 19°) Durante las primeras horas del día 11 de Diciembre de 1980, M. C. A. y J. L. S. A., se desplazaron a Manacor, en donde penetraron en la oficina de Correos de dicha localidad, situada en el edificio que forma esquina entre las calles N. y B. R., después de forzar una de las ventanas que caen a la primera de dichas calles, y en su interior forzaron diversos cajones, de donde se apoderaron de 1.000 pesetas. Trataron de abrir la caja fuerte, sirviéndose de goma-dos, y aunque fué explosionada, no consiguieron acceder a su interior. Se ocasionaron daños que han sido valorados (f. 54) en la suma de 50.000 pesetas (ff. 18, 23, v., 512), 20°) El mismo día 11 de diciembre de 1981, M. C. A. y J. L. S. A., valiéndose del mismo mecanismo de entrada que el referido en el número 18, volvieron a penetrar en el hotel comercial expresado en dicho número, apoderándose de un video Marca Sanyo, un televisor marca Phillips, tres calculadoras de la marca Casio modelo PM-80, un amplificador marca Toyo Music Air, una plantina cassette marca Phillips, modelo 2541, otra platina cassette marca Sony modelo TCK 35, un radiocassette marca Sony, modelo CPS 55 L, dos calculadoras marca Casio, modelo ST 24, un radio cassette marca Sanyo, modelo 2438 L, los cuales objetos han sido valorados en la suma de 280.224 pesetas (ff. iguales que los expresados en el hecho 18). Los daños no han sido precisados. Dichos objetos han sido devueltos a sus dueños. 21°) Durante los días anteriores a los hechos anteriormente expresados así como mientras éstos tuvieron lugar, M. C. A., J. C. N., J. F. G., J. P. H., J. F. R. B., J. H. G. M. y J. M. S. poseyeron o tuvieron a su disposición, para poder ejecutar tales hechos, los siguientes objetos: 52 cartuchos de goma-dos, con un peso aproximado de ocho kilogramos (hallados en Son Gotleu el día 4 de diciembre de 1980 (f. 49); 28 cartuchos de goma-dos, con un peso aproximado de cinco kilogramos; más de tres metros de mecha lenta y 39 conectores (encontrado en el hotel abandonado E. R. en el Paseo Marítimo de Palma de Mallorca f. 50); H. C. A. y J. L. S. A., poseían en el interior del Seat 600, con matrícula AL-29.684, perteneciente al segundo, cuatro cartuchos y medio de goma-dos, un detonador con un cable y un detonador explosionado (f. 38); J. L. S. A. poseía en su domicilio en Manacor, en la calle San F., número 10, trece cartuchos de goma-dos (f. 38 v.); M. C. A., portaba, en el momento de ser detenido en el Apartamento T. (4° piso, puerta 14, escalera tercera), el día 12 de diciembre de 1980, medio cartucho de goma-dos, en el interior del bolsillo superior de una cazadora (f. 51). 22°) Las escopetas mencionadas en los hechos primero y décimo, tan pronto fueron poseídas por quienes las tomaron, fueron recortadas en sus cañones y también la culata de una de ellas, quedando a disposición de M. C. A., J. C. N., J. P. M., J. F. R. B., J. F. G. y J. M. G. M., quienes se sirvieron de ellas para la ejecución de varios de los hechos descritos anteriormente. 23°) Hacia septiembre de 1980, J. L. S. A., poseía un revolver Colt, calibre 38 corto, con número de serie 78794, de seis disparos, y fue entonces cuando la entregó a J. M. S. quien la guardó en la terraza de la vivienda sita en la calle C. C. número 25 A, en Palma, junto con 18 cartuchos del calibre 9 mm. largo y 9 mm. corto. Dicho revólver se hallaba en perfecto estado de funcionamiento. Ni J. L. S. ni J. M. estaban en posesión de licencia de armas ni de guía de pertenencia. 24°) Se hallaron en el Seat 600, con matrícula AL-29.684, perteneciente a J. L. S. A., pero que era usado indistintamente por este y por M. C. A., diversos objetos, tales como una cizalla de gran tamaño, una pila de un voltio y medio, una caja de plastelina, varios cartuchos de escopeta, unos alicates, dos destornilladores, un par de guantes negros, diversos cables y una ganzúa. Igualmente, en el domicilio que J. L. S. posee en Palma, en la calle B., número 10, se encontraron tres silenciadores de arma corta, diversas piezas de armas de fuego y seis cartuchos de escopeta de caza del calibre 12. 25°) M. C. A. abrió un boquete en el fondo del armario de la habitación que ocupaba en el apartamento expresado en el hecho 21 (edificio T., sito en calle I. C. R.), cuyo admi-

nistrador es F. de E. G., cuya abertura fue destinada a esconder diversos objetos. Ello ha supuesto daños valorados en 18.000 pesetas. 26º) Según consta manifestado, para la realización de los hechos descritos en los números 17 y 18, quienes participaron en los mismos tomaron, respectivamente, un Seat 600, aparcado en las inmediaciones de la Sala de Fiestas T, en Palma, y de un Seat 850, ignorándose las demás circunstancias relativas a tales vehículos. 27º) A finales de septiembre o principios de octubre de 1980, (M. C. A. entregó a D. C. F. la cantidad de 400.000 pesetas en concepto de préstamo, sin ningún interés; conociendo éste que el dinero que recibía era procedente de algún delito cometido anteriormente por quien le entregaba el dinero. D. C. destinó dicho dinero a la compra de una furgoneta Sava, con matrícula PM-7362-E, en la casa V. de Palma. De dicha cantidad se han recuperado 300.000 pesetas. 28º) M. T. M. I., esposa de J. F. R. B., y amancebada con M. C. A., la que vivía en su mismo domicilio, en el edificio T. mencionado, y en donde se reunían en diversas ocasiones con otros de los que anteriormente se han expresado, recibió de J. P. M., asiduo visitante, en concepto de regalo, diversos objetos de oro y plata conseguidos ilícitamente de un robo cometido en Algaida (f. 18 v., 31, 35 v., 44 v.,) no teniendo certeza de que lo que recibía era proveniente de un anterior delito. 29º) Durante el mes de diciembre de 1980, F. D. P. F. que era discjockey en la discoteca la S. en Cala Mayor, adquirió de M. C. A., después de que éste le ofreciera la compra de diversos aparatos de música, por un precio global de 60.000 pesetas, los siguientes: un televisor portátil en color, marca Sanyo, de doce pulgadas, un radio cassette de la misma marca, tres cassettes de automóvil de la marca Phillips y dos ecualizadores, de las marcas Phillips y Lynnsenic. Cuando compró esos objetos, el adquirente sabía que tenían procedencia ilícita. Tales aparatos han sido devueltos a su propietario. Por último, se hace constar que todos los anteriores reseñados, con excepción de F. D. P. F., y relativamente respecto de M. T. M. I. y D. C. F., se conocían entre sí, y algunos de ellos mantenían relaciones amistosas desde hace tiempo, formando grupos o bandas dedicadas a realizar atentados contra la propiedad ajena como medio de poder vivir, participando en la ideación y realización de los mismos. Se destaca así la unión de M. C. A. con J. L. S. de un lado, y la de M. C. A. con J. C. N., J. P. M., J. F. R. B., J. M. G. M., J. F. G. y J. M. S.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de veinte delitos de robo con fuerza en las cosas, uno de ellos en grado de tentativa, un delito de asociación ilícita para cometer el delito de robo, un delito de tenencia de sustancias y aparatos explosivos, dos delitos de tenencia ilícita de armas, un delito de tenencia de útiles para el robo, otro de daños, dos delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno, y tres delitos de receptación, en relación con los artículos 500, 504, 505, 506, 513, 264, 254, 509, 563, 516 bis y 546 bis a), todos ellos del Código Penal, de los que conceptuó autores a M. C. A., J. C. N., J. P. M., J. M. G. M., J. L. S. A., J. F. R. B., M. T. M. I., D. C. F., J. F. G. y J. M. S. con la concurrencia en cada uno de ellos de diversas circunstancias de reincidencia, reiteración, nocturnidad, y minoría de edad en M. T. M. I., solicitando contra ellos las siguientes penas: a M. C. A.: Por los delitos 3, 6, 7, 12 y 13 la pena de 12 años de presidio mayor por cada uno de dichos delitos. Por el delito 20 la de 11 años de presidio mayor. Por los delitos 4, 9 y 11, la de 6 años de presidio mayor. Por dos delitos 1, 10, 16 y 18 la pena de 5 años de presidio menor por cada delito. La pena de 6 meses de arresto mayor por cada uno de los delitos 2, 8, 14, 17 y 19. Por el delito 15 la pena de multa de 100.000 pesetas. Por el delito 23 la pena de 10 años y 1 día de prisión mayor. Por el delito 24 la de 4 años, 2 meses y 1 día de arresto mayor y por el 28 y 29 además, la privación del permiso de conducir por 1 año. Y finalmente por el delito 27 la pena de 60.000 ptas. de multa. A J. C. N.: Por los delitos 3, 12 y 13 la pena de 12 años de presidio mayor por cada delito. Por los delitos 9 y 11 la pena de 6 años de presidio menor por cada uno. Por los delitos 1 y 10 la de 4 años, 2 meses y 1 día de presidio menor por cada delito. Por cada delito de los números 2, 8 y 17 la pena de 6 meses de arresto mayor. Por el delito 15 la pena de 60.000 ptas. de multa. Por el delito 21 la pena de 2 meses de arresto mayor. Por el delito 23 la de 6 años y 1 día de prisión mayor. Por el delito 24 la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor. Y finalmente por el delito 28 multa de 30.000 ptas. y privación del permiso de conducir o de la facultad de obtenerlo por 6 meses. A J. F. G. Por los delitos 3 y 12 la pena de 12 años de presidio mayor por cada uno de dichos delitos. Por los delitos 9 y 11 la de 6 años de presidio menor por cada delito. Por cada delito de los número 1

y 10 de 5 años de presidio menor. Por los delitos 2 y 8 la pena de 6 meses de arresto mayor por cada uno de ellos. Por el delito 21 la pena de 4 meses y 1 día de arresto mayor. Por el delito 21 la pena de 4 meses y 1 día de arresto mayor. Por el delito 23, la de 10 años y 1 día de prisión mayor. Y finalmente por el delito 24 la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor. A J. L. S. A.: Por los delitos 6, 7 y 20 la pena de 12 años y 1 día de reclusión menor por cada delito. Por los delitos 4 y 5 la de 6 años y 1 día de presidio mayor. Por el delito 19 la de 6 meses y 1 día de presidio menor. Por el delito n.º 23, la de 10 años y 1 día de prisión mayor. La pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor por cada uno de los delitos 24 y 25. Y finalmente la de 4 meses y 1 día de arresto mayor por el delito n.º 26. A J.M.S. Por el delito 7 la pena de 12 años y 1 día de reclusión menor. Por el delito 5 la de 6 años y 1 día de presidio mayor. Por el delito 21 la de 4 meses y 1 día de arresto mayor. La de 10 años y 1 día de prisión mayor por el delito 23. Y finalmente, por el delito 25 la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor. A J. P. M. Por los delitos 12 y 13 la pena de 12 años de presidio mayor por cada delito. Por los delitos 9 y 11 la pena de 6 años de presidio menor por cada uno de ellos. Por el delito 10 la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de presidio menor. Por los delitos 8 y 17 la pena de 6 meses de arresto mayor. Por el delito 15 la de 60.000 ptas. de multa. Por el delito 21 la pena de 2 meses de arresto mayor. Por el 23 la de 6 años y 1 día de prisión mayor. Por el 24 la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor, y por el delito 28, finalmente, la pena de multa de 30.000 ptas. y privación del permiso de conducir por 6 meses. A J. F. R. B. Por el delito 13, la pena de 12 años de presidio mayor. Por el delito 14 la de 6 meses de arresto mayor. Por el delito 21 la de 4 meses y 1 día de arresto mayor. Por el delito 23 la pena de 10 años y 1 día de prisión mayor. Y, finalmente, por el delito 24, la de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor. a J. M. G. M. Por el delito 13 la pena de 12 años de presidio mayor. Por el 16 la pena de 5 años de presidio menor. Por el delito 14 la de 6 meses de arresto mayor. Por el 15 la pena de 100.000 ptas. de multa. Por el 21, la de 4 meses y 1 día de arresto mayor. Por el 23 la de 10 años y 1 día de prisión mayor. Y, finalmente, por el delito 24, la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor. A D. C. F. por el delito de receptación del n.º 30 la pena de 6 meses y 1 día de presidio menor y multa de 20.000 ptas., con arresto sustitutorio de 20 días en caso de impago. A M. T. M. I. por el delito n.º 31 la pena de 2 meses de arresto mayor y multa de 10.000 ptas. con arresto sustitutorio de 10 días en caso de impago. Iguales penas que en el caso anterior- 6 meses y 1 día de presidio menor y multa de 20.000 ptas. con el correspondiente arresto sustitutorio caso de impago- a F. D. P. I. por el delito de receptación del n.º 33. En todos los casos, accesorias correspondientes, arresto sustitutorio en los casos que proceda y abono de prisión preventiva y al pago de costas. Dar el destino legal (artículo 48 del Código Penal) a todos los efectos e instrumentos intervenidos en sus correspondientes casos. Los respectivos participantes en cada delito indemnizarán a los perjudicados en las cantidades de dinero, o en las que se valoraren los efectos, no recuperados, así como en los daños ocasionados en cada caso. Entrega definitiva a los propietarios de los efectos que fueron recuperados. Así mismo modificó sus conclusiones provisionales en relación con determinadas cuantías objeto de indemnización.

RESULTANDO: Que las defensas, en igual trámite, negaron que sus patrocinados hubiesen ejecutado los hechos delictivos de que eran acusados por el Ministerio Fiscal, y solicitaron, por la representación de J.L.S.A. su condena por un delito de tenencia de sustancias y aparatos explosivos, solicitando la imposición de seis meses de arresto mayor, accesorias y costas, así como el abono de la prisión preventiva; por la representación de J. C. N., autor de un robo en grado de tentativa, procediendo una multa de 50.000 pesetas, por la representación de J. M. S., la existencia de un delito de tenencia de armas, a la pena de un año, ocho meses y quince días de prisión menor. Los demás elevaron a definitivas sus respectivas conclusiones provisionales, solicitando la absolución de sus defendidos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados, bajo los números primero al vigésimo, constituyen sendos delitos de robo con fuerza en las cosas, sancionados en los artículos 500 y 504 del Código Penal, todos ellos en grado de consumación, con excepción del hecho decimoquinto que lo es en grado de tentativa, cometidos bien con escalamiento (hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 9º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º y 20º), bien mediante fractura de puerta o ventana (hechos 1º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 13º, 15º,

16°, 17°, 18°, 19° y 20°) bien mediante fractura de armario, arca o muebles cerrados —cajas fuertes y cajones— (hecho 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 11°, 12°, 13°, 14°, 16°, 17° y 19°), bien mediante uso de ganzúas (hecho quinto), concurriendo en algunos de ellos la circunstancia cualificativa de haberse cometido llevando armas (art. 506-1°), en concreto una o dos escopetas de cañones recortados, cuya sustracción aparece sancionada también en esta resolución, y que, aunque nunca haya sido utilizada —lo que, de por sí, significaría otra agravación mayor de esos hechos—, sin embargo contribuyó a dar una mayor seguridad a quienes cometieron tales delitos, creando al propio tiempo una situación de mayor peligro (hechos 2°, 3°, 12°, 13°, 15°), no habiendo quedado suficientemente acreditado que durante la realización de los demás robos portaran también sus autores una o ambas escopetas.

CONSIDERANDO: Que los delitos de robo antes expresados deben ser configurados en relación de continuidad, atendiendo al hecho de que, aunque sus sujetos activos no siempre sean los mismos, sin embargo existe una unidad de propósito o de finalidad comisiva así como una identidad en el modo de actuar sus autores, concurriendo, además de ello, la semejanza de bien jurídico lesionado (el patrimonio ajeno), sin que nunca haya existido ataque alguno contra las personas, siendo aplicable a estos casos la doctrina jurisprudencial que sobre el delito continuado se ha venido sosteniendo en los últimos años, en sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo, 11 de abril, 17 de Junio, 28 de octubre y 20 de noviembre de 1981, así como las de 10 y 26 de febrero, 2 y 23 de abril, 28 de mayo y 9 de junio de 1982, siendo de destacar lo declarado en la sentencia de 20 de noviembre de 1981, según lo cual se requiere para la apreciación del delito continuado que existan diversas conductas delictivas conectadas por la continuidad, no desligadas ni en el tiempo ni en el espacio, presentándose como homogéneas y estando comprendidas en el ámbito de las mismas figuras delictivas; que se capte la unidad de dolo o de designio de sus autores, que se integra por una sola resolución de voluntad dirigido al resultado conjunto de las diversas acciones, lo que no impide la compatibilidad con las resoluciones individuales; y que el resultado obtenido como consecuencia de la aplicación de la figura del delito continuado no afecte a la finalidad de protección social perseguida por la normativa jurídico-penal; y, concurriendo estas condiciones en el caso enjuiciado, procede incluir los robos cometidos dentro de un mismo delito continuado, aunque los autores de cada uno de ellos sean distintos, obteniéndose así, para cada uno de ellos, un indudable beneficio en la aplicación de la pena.

CONSIDERANDO: Que, en relación con los hechos relatados en el número 21, constituyen estos un delito de tenencia de sustancias y aparatos explosivos sancionado en el artículo 264 del Código Penal, reformado recientemente en virtud de Ley 82/1978, de 28 de diciembre, pues aparece suficientemente acreditado que quienes aparecen mencionados en dicho hecho o bien poseían directamente esos explosivos o bien los tenían a su disposición, pudiendo servirse de ellos en cualquier momento. No obstante, dadas las circunstancias que rodean a dicho depósito y a quienes disponían de él, y habida cuenta que la utilización de los explosivos no siempre fue por todos quienes aparecen implicados, sino que fueron, sobre todo, M. C. A., J. C. N., J. F. G., J. L. S. A. y J. P. M. quienes promovieron y utilizaron directamente los explosivos, procede, en uso de la cláusula facultativa reconocida en el párrafo segundo del artículo mencionado, rebajar en un grado la penalidad a imponer por tal delito a J. F. R. B., J. M. G. M. y J. M. S.

CONSIDERANDO: Que, en relación con el hecho expresado en el número 22, constituye un delito de tenencia de armas de fuego, sancionado en el artículo 254 del Código Penal, del que aparecen como responsables quienes se mencionan en dicho hecho, pues todos ellos podían disponer libremente de las escopetas de cañones recortados que ellos mismos habían sustraído. Asimismo debe estimarse que constituye tal delito la tenencia del arma que aparece reflejada en el hecho 23, en cuanto que sus poseedores (J. L. S. y J. M.), carecían de los permisos oportunos y el revólver que se les ocupó se hallaba en buenas condiciones de uso, tal y como ha quedado acreditado en esta causa, no pudiendo exculparles de tal responsabilidad el que los cartuchos que fueron ocupados, juntamente con la pistola, no fueran utilizables en ésta.

CONSIDERANDO; Que, en cuanto al hecho 24, no pueda estimarse que la posesión de diversos instrumentos, ocupados en el coche perteneciente a uno de los acusados, y que sin duda debieron ser destinados a la perpetración de varios de los delitos de autos, pueda ser constitutivo de un delito de tenencia de útiles e instrumentos destinados a cometer el delito de robo, pues la ejecución de éstos impide la estimación del delito en tanto que queda consumido por la realización de los mismos, ya que de lo contrario podría producirse una doble sanción por semejantes hechos, procediendo, en consecuencia, su absolución.

CONSIDERANDO: Que el boquete abierto en la pared de la vivienda alquilada por M. C. A. (hecho 25) constituye un delito de daños sancionado en el artículo 563 del Código Penal, en tanto que su autor ocasionó en la propiedad ajena un daño en contra de la voluntad de su dueño.

CONSIDERANDO: Que, en lo relativo al hecho 26, no puede estimarse la existencia de dos delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor del artículo 516 bis del Código Penal, pues, aunque existen manifestaciones relativas a haberse desplazado a dos localidades en donde perpetraron un delito contra el patrimonio en dos coches sustraídos, no existe ninguna otra referencia sobre tales hechos, constando tan sólo los datos proporcionados por los mismos afectados, y, no habiendo cuerpo del delito, ni piezas de convicción sobre su efectiva y verdadera comisión, procede reputarlo como no probable, procediendo asimismo su absolución.

CONSIDERANDO: Que, en relación con el hecho 27, relativo a los hechos en que aparece implicado D. C. F. por un delito de receptación, procede estimar dicho delito en cuanto que concurren los requisitos exigidos en el artículo 546 bis a), en su párrafo primero, pues el acusado recibió de M. C. A. una cantidad de dinero —400.000 pesetas— conociendo su ilícita procedencia, y obteniendo un lucro de ello, cual era, cuando menos, la posesión de una furgoneta. Debe estimarse que el acusado conocía el origen ilegítimo de la cantidad dineraria que recibía porque conocía desde siempre a M. C. A. y sabía de las actividades a que este se solía dedicar, así como los ingresos que de su trabajo percibía, no muy elevadas, lo que le permitió conocer que la procedencia de lo que le era entregado, sin ningún tipo de interés, no derivaba de una actividad lícita, haciéndose así reo del delito del que viene acusado.

CONSIDERANDO: Que, en cuanto al hecho 28, relativo a la presunta receptación de que aparece acusada M. T. M. I. no cabe estimar la existencia de tal delito, ya que, aunque estuviese conviviendo con M. C. A., es admisible que no tuviese conocimiento de la verdadera procedencia de los objetos de oro o plata que le regaló, uno de sus amigos, pudiendo pensar que se trataba de un regalo, como efectivamente fué, sin tener plena certeza de que tales bienes procedían de un anterior ilícito de robo.

CONSIDERANDO; Que, en relación con el hecho 29, referente al delito de receptación de que aparece acusado F. D. P. F., procede igualmente estimar su existencia, ya que se aprovechó para sí de los efectos de un delito procedente conociendo que lo que adquiría era de procedencia delictiva, y así debe entenderse desde el momento en que, siendo disc-jockey y conociendo cuanto está relacionado con aparatos musicales, y sabiendo en consecuencia que lo que le era ofrecido en venta valía, cuando menos, la mitad de su valor, y pese a haberle preguntado a su vendedor cuál era la verdadera procedencia de lo que compraba y haberle respondido éste que no se lo decía, lo adquirió, conllevando ello el pleno conocimiento de que lo adquirido no era de procedencia legítima, sino que tenía un origen oscuro y delictivo, lo que significa un estado anímico de certeza sobre la procedencia de lo recibido, por lo que, concurriendo los requisitos del artículo 546 bis a) del Código Penal, procede condenarlo como autor de un delito de receptación.

CONSIDERANDO: Que, aunque los acusados formaran, con excepción de los encausados por delito de receptación, una o varias organizaciones o grupos estables para cometer delitos de robo, no existen fundamentos suficientes para castigarlos por el delito de asociación para cometer el delito de robo del artículo 513 del Código Penal, puesto que

aún siendo cierta la existencia de una banda con tal finalidad, dicho delito ha de quedar consumido por los de robo perpetrados, porque de no ser así se podría producir un caso de doble sanción —“non bis in idem”— que en modo alguno puede aceptarse, debiéndose resaltar, a este respecto, lo declarado en sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1980, en la que se subraya que la asociación para cometer el delito de robo es “una modalidad específica de conspiración”, por lo que consiguientemente ha de quedar englobada en los hechos ya ejecutados, procediendo, pues, la absolución por este presunto delito.

CONSIDERANDO: Que son autores de tales delitos los siguientes M. C. A., de los hechos recogidos en los números 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 25, J. C. N., de los recogidos en los números 1, 2, 3, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 17, 21 y 22; J. F. G. de los expresados en los números 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11, 12, 21 y 22; J. L. S. A., de los recogidos en los números 4, 5, 7, 19, 20, 21, y 23; J. M. C., de los mencionados en los números 5, 7, 21 y 23; J. P. M., de los recogidos en los números 8, 9, 11, 12, 13, 15, 17, 21 y 22; J. F. R. B., de los expresados en los números 13, 14, 21 y 22; J. M. G. M., de los mencionados en los números 13, 14, 15, 16, 21 y 22; D. C. F., del hecho recogido en el número 27; y F. D. P. F., del expresado en el número 29. No se reputa autor del hecho sexto a J. L. S. A, en tanto que no aparece suficientemente demostrada su intervención en el mismo, ni se estima la intervención de J. P. M. en el hecho décimo por semejante razón.

CONSIDERANDO: Que concurren las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: a) en M. C. A., la circunstancia agravante de simple reincidencia del número 15 del artículo 10 del Código Penal en relación con los delitos de robo en que ha intervenido (todos los expresados en los hechos primero al vigésimo, con excepción del quinto), así como la agravante de reiteración del número 14 del mismo artículo, en relación con los demás delitos en los que ha intervenido (hechos 21, 22 y 25); b) en J. M. G. M., la circunstancia agravante de reincidencia simple en relación con los delitos de robo en que ha intervenido (hechos 13, 14, 15 y 16), sin apreciarse la circunstancia de reiteración en tanto que, aunque aparece condenado por delitos contra la salud pública y de hurto, en respectivas sentencias de 6 de febrero y de 31 de mayo de 1979, no consta la firmeza de dichas resoluciones, no pudiéndose aplicar, en consecuencia, lo prescrito en el número catorce del artículo décimo mencionado; c) en J. L. S. A., la circunstancia agravante de multirreincidencia, de acuerdo con lo prescrito en el número 15 del citado artículo, en relación con los delitos patrimoniales en que ha participado (hechos 4, 5, 7, 19 y 20), así como la agravante de reiteración en relación con los demás delitos en que ha intervenido (hechos 2^a y 23), procediendo la aplicación de lo dispuesto, en cuanto a la multirreincidencia, en el artículo 61, regla sexta, del Código Penal; d) en J. F. R. B., la circunstancia agravante de reincidencia simple en relación con los delitos patrimoniales en que ha intervenido (hechos 13, 14, 15 y 16), así como la circunstancia de reiteración en cuanto al resto de los delitos en que participó (hechos 21 y 22); e) en J. F. G. no se aprecia circunstancia agravante alguna dado que las sentencias por las que fue anteriormente condenado, por delitos de robos, fechadas al 26 de marzo y 9 de julio de 1980 no aparecen declaradas firmes al tiempo de la ejecución de los hechos ahora enjuiciados; f) en J. M. C., la circunstancia agravante de multirreincidencia, con aplicación de la regla sexta del artículo 61 del Código Penal, en relación con los delitos de robo en que intervino (hechos 5 y 7), así como la de reiteración en relación con los demás hechos en que tuvo intervención (hechos 21 y 23).

CONSIDERANDO: Que toda persona responsable criminalmente en un delito lo es también civilmente, y que, en consecuencia, deben ser indemnizados todos cuantos fueron perjudicados como consecuencia de la perpetración de los hechos delictivos enjuiciados.

VISTOS los artículos citados, y también el 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 23, 27, 29, 30, 31, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 61, 72, 78, 101, 102, 109 y los demás concordantes del Código Penal, así como las disposiciones aplicables de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a los que enseguida se expresarán a las siguientes penas: A) a M. C. A., como autor responsable de un delito continuado de **ROBO** con fuerza en las cosas, portándose armas, con la concurrencia de

la circunstancia agravante de reincidencia simple, a la pena de DOCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR: como autor responsable de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION MAYOR; como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, con la concurrencia de la agravante de reiteración, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR; y como autor responsable de un delito de DAÑOS, con la agravante de reincidencia, a la pena de TREINTA MIL PESETAS DE MULTA. Todas las penas referidas llevan ajenas las accesorias correspondientes. B) a J. C. N., como autor responsable de un delito continuado de ROBO con fuerza en las cosas, portándose armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR: como autor de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, sin circunstancias modificativas, a la pena de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR: y como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, sin circunstancias, a la pena de UN AÑO DE PRISION MENOR. Todas las penas referidas llevan ajenas las accesorias correspondientes. C) a J. F. G., como autor responsable de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, portándose armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR; como autor responsable de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, sin circunstancias, a la pena de OCHO AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR; y como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, sin circunstancias, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR. Todas las penas referidas llevan las accesorias ajenas correspondientes. D) a J. L. S. A., como autor responsable de un delito continuado de ROBO con fuerza en las cosas, con la concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia, a la pena de DOCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR; como autor responsable de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, con la concurrencia de la agravante de reiteración, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISION MAYOR; y como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, con la agravante de reiteración, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR. Todas las penas referidas llevan ajenas las accesorias correspondientes. E) a J. M. S. como autor responsable de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, con la concurrencia de la agravante de multirreincidencia, a la pena de DOCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR; como autor de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, con la concurrencia de la agravante de reiteración, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR: y como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, con la concurrencia de la agravante de reiteración, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR. Todas las penas referidas llevan ajenas las accesorias correspondientes. F) a J. P. M., como autor responsable de un delito continuado de ROBO con fuerza en las cosas, portándose armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIEZ AÑOS Y TRES MESES DE PRESIDIO MENOR: como autor responsable de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, sin circunstancias modificativas a la pena de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR: y como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, sin circunstancias, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR. Todas las penas referidas llevan ajenas las accesorias correspondientes. G) a J. F. R. B., como autor responsable de un delito continuado de ROBO con fuerza en las cosas, portándose armas con la agravante de reincidencia, a la pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR; como autor de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIA Y APARATOS EXPLOSIVOS, con la agravante de reiteración, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR: y como autor de un delito de TENENCIA DE ARMAS, con la agravante de reiteración, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR. Todas las penas llevan ajenas las accesorias correspondientes. H) a J. M. G. M., como autor responsable de un delito continuado de ROBO con fuerza en las cosas, portándose armas, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de DOCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR; como autor de un delito de TENENCIA DE SUSTANCIAS Y APARATOS EXPLOSIVOS, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION ME-

NOR; y como autor responsable de un delito de TENENCIA DE ARMAS, sin circunstancias, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR. Todas las penas llevan anejas las accesorias correspondientes. l) a P. C. F., como autor responsable de un delito de RECEPCION, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR Y VEINTE MIL PESETAS DE MULTA, con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas, en caso de impago, así como a las accesorias correspondientes. J) a F. D. P. F., como autor responsable de un delito de RECEPCION, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR y a la de MULTA DE VEINTE MIL PESETAS, sufriendo, en caso de impago, el arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción que queden impagadas, así como a las accesorias correspondientes. A cada condenado se le abonará el tiempo pasado en situación de prisión provisional. Se condena a todos ellos al pago de las costas causadas en la siguiente proporción: se soportarán de oficio, el total de cinco partes de 33; D. C. F., F. D. P. F. y M. C. A. satisfarán, respectivamente, una parte del resultante de dividir el total de las costas causadas por 33; el resto, esto es, las 25 partes restantes —del total de 33— se dividirá por 74, de las cuales pagará M. C. A. 22 partes, J. C. N. 12 partes, J. F. G. 10 partes, J. B. 9 partes, J. L. S. A. 7 partes, J. M. G. M. 6 partes y J. F. R. B. y J. M. C. cuatro partes cada uno. Se decreta el comiso de los objetos ocupados a los condenados, a los cuales se les dará el destino legal correspondiente. Hagase entrega definitiva de sus propietarios de los objetos recuperados. Se condena a quienes se expresará al pago de las siguientes cantidades en concepto de responsabilidad civil: a) a M. C. A., J. C. N. y J. F. G. al pago, solidariamente y por terceras partes, de la suma de 38.000 pesetas a A. F. N. b) a M. C. A., J. C. N. y J. F. G., al pago solidariamente y por terceras partes, de la suma de 122.000 pesetas al representante legal de la entidad de productos carbónicos P. c) a M. C., J. C. N. y J. F. G., al pago, solidariamente y por terceras partes, de la cantidad de 1.240.000 pesetas a J. S. S. d) a M. C. A. y J. L. A., al pago de la cantidad, solidariamente y por mitad, de 108.255 pesetas al representante legal de la Camara Local Agraria de Lluçmanyor. e) a J. L. S. A. y J. M. S., al pago, solidariamente y por mitad, de la cantidad de 106.383 pesetas al representante legal del Supermercado T. T. f) a M. C. A. al pago de 285.287 pesetas al representante legal de la oficina de Correos de C. g) a M. C. A., J. L. S. A. y J. M. C., al pago, solidariamente y por mitad, de la suma de 1.329.012 pesetas al representante legal de la Cooperativa Agrícola P. h) a M. C. A., J. C. N., J. F. G. y J. P. M., al pago, solidariamente y por cuartas partes, a la suma de 152.800 pesetas a S. M. C. i) a M. C. A., J. C. N. y J. F. G. al pago, solidariamente y por terceras partes, de la suma de 65.080 pesetas, a G. A. V. j) a M. C. A., J. C. N., J. F. G. y J. P. M., al pago de la suma, solidariamente y por cuartas partes, de 185.193 pesetas al representante legal de A. k) a M. C. A., T. C. N., T. F. G. y J. P. M., al pago de la suma, solidariamente y por cuartas partes, de 664.341 pesetas a A. F. F., l) a M. G. A., J. C. N., J. P. M., J. F. R. B. y J. M. C. M., al pago, solidariamente y por quintas partes, de la cantidad en que resulten valorados dos radio-telefonos y dos auriculares, así como en la suma de 50.000 pesetas. 11) a M. C. A., J. F. R. B. y J. M. G. M., al pago, solidariamente y por cuartas partes, de la suma de 39.614 pesetas a C. C. H. m) a M. C. A., J. C. N., J. P. M. y J. M. G. M., al pago, solidariamente y por cuartas partes, de la suma de 1.200 pesetas al legal representante de Calzados V. n) a M. C. A. y J. M. G. M., al pago, solidariamente y por mitad, de la suma de 79.202 pesetas a J. P. C. ñ) a M. C. A., J. C. N. y J. P., al pago, solidariamente y por terceras partes, de la suma de 33.863 pesetas al representante legal de la Oficina de Fomento de Turismo de V. o) a M. C. A., al pago de seis mil pesetas a D. y M. S. p) a M. C. A. y J. L. S. A., al pago, solidariamente y por mitad, de 51.000 pesetas al representante legal de la oficina de Correos de M. q) a M. C. A. al pago de 18.000 pesetas a F. de I. G. Las 300.000 pesetas recuperadas se destinarán al abono de las cantidades correspondientes, según Ley. Reclámesse del Instructor la pieza de responsabilidad civil de F. D. P. F., debidamente cumplimentada. Y debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los procesados, digo, a la procesada M. T. M. I., del delito de que venía acusada.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

381

381. DETENCION ILEGAL. Ausencia de conducta típica. El padre y los detectives privados para recuperar a la hija no realizaron ninguna conducta prevista en el art. 480 del C. P. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1982.*

RESULTANDO: Probadó, y así expresamente se declara, que el día 1 de Febrero de 1980 el procesado S. M. C. mayor de dieciocho años sin antecedentes penales, se desplazó a esta Ciudad de Mahón en compañía de los otros dos procesados R. C. S. y T. A. B. ambos mayores de dieciocho años y sin antecedentes penales, detectives privados cuyos servicios había contratado previamente en Barcelona para que localizasen el paradero de la hija del primero, la menor I. M. M., fruto del matrimonio del procesado M. con D^a. M. T. M. T., cuyo matrimonio fue declarado en estado de separación por sentencia del Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Barcelona de fecha treinta y uno de Mayo de mil novecientos setenta y ocho en la que se disponía que la referida menor quedase bajo la patria potestad de su padre y bajo el cuidado de los abuelos paternos sin perjuicio de que la madre pudiera verla y relacionarse con ella que libremente conviniera a las partes; y en dicho día sobre las dieciséis treinta horas los procesados C. y B. localizaron a la niña referida jugando en la calle en las inmediaciones de un bar en el que previamente había entrado con su madre, lo que comunicaron telefónicamente al procesado M. padre de la misma, el cual se trasladó a dicho lugar y le dijo a su hija que se marchase con él, a lo que la misma accedió marchando a un hotel y posteriormente al aeropuerto para trasladarse a Barcelona siendo detenidos por la Policía que entregó la menor a su madre.

RESULTANDO: Que en conclusiones elevadas a definitivas el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal del artº 480 del Código Penal y designando autores del mismo, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante 1ª del artº 9, en relación con el nº 11 del artº 8, del Código Penal, solicitó se impusiera a cada procesado las penas de 2 meses de arresto mayor y multa de 11.000 Ptas., con accesorias, arresto sustitutorio y costas.

RESULTANDO: Que en el mismo trámite la defensa de los procesados estimó que los hechos no constituían delito alguno y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta resolución no son constitutivos del delito de detención ilegal previsto y penado en el artº 480 del Código Penal y objeto de acusación por parte del Ministerio Público; por cuanto falta el requisito objetivo de impedir a una persona que se traslade donde quiera, de obligarla a permanecer en el lugar en que se halle o de recluirla donde no quiera, con ánimo de atacar la libertad personal (S. de 21 de Octubre de 1971), ya que los procesados detectives privados se limitaron a una actividad específica de su profesión cual la de la localización de la menor y comunicación del paradero de la misma a su padre y el procesado M. sobre ostentar el derecho de patria potestad según se expresa en el relato fáctico, no ejerció intimidación ni presión alguna para que su hija menor le acompañase abandonando el lugar en que se hallaba; por lo que al no concurrir los elementos necesarios del tipo procede dictar la sentencia absolutoria prevenida en el artº 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CONSIDERANDO: Que en consecuencia procede declarar de oficio las costas causa-

das de conformidad con lo dispuesto en el artº 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS los artículos citados y: 1, 3, 6, 12, 14 y 23 del Código Penal y 142, 742, 779 y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente a los procesados S. M. C., R. C. S. y T. A. B. del delito de detención ilegal objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas en esta causa.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

388

388. ABUSOS DESHONESTOS. Animo libidinoso. “Besos y frotamientos corporales sin desprenderse de la ropa con niña menor de 12 años”. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1982.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado J. G. G., mayor de edad, sin antecedentes penales, que prestaba sus servicios como conserje en la biblioteca de la Casa de la Cultura de Mahón, en fechas comprendidas entre los meses de Julio a Octubre de 1980, con ocasión de acudir de forma regular y frecuente a dicho centro la niña X. B. C., de 9 años de edad, para reunirse con su madre que ejercía el cargo de directora del mencionado centro cultural, beso en la boca y frotó sus órganos genitales con la referida menor, en varias ocasiones, con fines lúbricos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de abusos deshonestos, del artº 430 en relación con el nº 3 del artº 429 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. G. G. con la concurrencia de la agravante nº 10 del art. 10 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquél la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor, accesorias del artº 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado por entender que el mismo, no había cometido los hechos que le son imputados.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos legalmente de un delito de abusos deshonestos, previsto y penado en el art. 430, en relación con el nº 3 del artº 429 ambos del Código Penal, al haber sido realizados con una menor de 12 años, consistiendo los actos punibles en besos en la boca y frotamientos corporales con los órganos sexuales, si bien sin desprenderse de la ropa ni el procesado ni la víctima, supuesto que es recogido por el T. S. de forma reiterada, como integrante del tipo delictivo contemplado.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el pro-

cesado J. G. G., por haber tomado parte directa en su ejecución, de acuerdo con el n° 1 del art° 14 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante del n° 10 del art° 10 del Código Penal alegada por el Ministerio Fiscal, ni ninguna otra, pues la condición de funcionario público del procesado no ha tenido incidencia en la comisión del delito, siendo la misma meramente episódica, hasta el punto de que también pudo haber realizado dichos reprobables actos aprovechando su posible condición de lector o usuario de la biblioteca, por lo que procede no estimar la apreciación de dicha agravante.

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

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

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado J. G. G. en concepto de autor responsable de un delito ya definido de abusos deshonestos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **UN AÑO DE PRISION MENOR**, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación sufrida por razón de esta causa. Conclúyase con arreglo a derecho la pieza de responsabilidad civil por parte del instructor.

(Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez)

396

396. CHEQUES EN DESCUBIERTO. No se da los requisitos que integran el tipo de injusto, si la persona que recibe el cheque conocía su falta de cobertura. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1982.*

RESULTANDO: Probado y así expresamente lo declaramos que la procesada M. O. F. mayor de 18 años y ejecutoriamente condenada en sentencias de esta Audiencia de cinco de Enero de mil novecientos cincuenta a la pena de mil pesetas por delito de hurto, de veinte de Agosto de mil novecientos sesenta y cinco a la pena de un mes y un día de arresto mayor por delito de estafa, de catorce de Marzo de mil novecientos sesenta y nueve a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor por un delito de estafa, de veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y nueve a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor por tres delitos de estafa, en la de uno de Octubre de mil novecientos setenta y siete de seis meses y un día de presidio menor por libramiento de cheque sin fondos, aparte de otras condenas por faltas contra la propiedad, en fecha no precisada del año mil novecientos setenta y siete entregó a J. V. L. dos talones contra cuenta corriente en la Banca

March por importe cada uno de ellos de cincuenta mil pesetas a los que puso las datas posteriores al libramiento de veintinueve de Abril de mil novecientos setenta y siete; haciéndole saber en el momento de la entrega que carecía de fondos en la cuenta contra la que habían sido girados aunque confiaba en que en la fecha referida dichos efectos tuviesen provisión, habiendo ya con anterioridad realizado operaciones similares la procesada con dicho perjudicado para cubrir atenciones derivadas de su afición a los juegos de azar.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de dos delitos de cheque en descubierto del artículo 563 bis b) 1º del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada; con la concurrencia de la agravante de multirreincidencia, por lo que solicitó contra aquella la pena de cinco meses de arresto mayor por cada delito, accesorias, indemnización de seiscientos treinta y ocho pesetas al perjudicado J. V. L. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite estimó que los hechos no eran constitutivos de delitos y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que pese a la genérica redacción del artº 563 bis B) del Código Penal, al describir la figura típica con la expresiva cualificación de "con cualquier finalidad", es lo cierto que una reiterada doctrina jurisprudencial, que precisamente por su reiteración releva de su fácil cita promenorizada, ha venido proclamando que aquellas situaciones en las que, como es la del caso que se decide según se recoge en la narración fáctica, el que recibe el o los talones lo hace ha sabiendas de la falta de cobertura del librador por ausencia de provisión en el librado desaparece la tipicidad, al no existir quebrantamiento de bien jurídico protegido por la norma penal; que no es otro que la protección de la fiducia que inspira al tráfico obligacional; por lo que procede dictar la sentencia de libre absolución prevista en el artº 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CONSIDERANDO: Que consecuentemente procede declarar de oficio las costas causadas de conformidad con lo preceptuado en el artº 240 de la referida Ley procesal.

VISTOS Los artículos citados y 1 y 23 del Código Penal y 142, 741, 742, 779 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** libremente a la procesada M. O. F. del delito de libramiento de cheques sin fondos objeto de acusación; declarando de oficio las costas causadas en este proceso.

(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

413

413. IMPRUDENCIA SIMPLE CON INFRACCION DE REGLAMENTO. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. Situación de desamparo. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 7 de Octubre 1982 (2º).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado J. M. H.,

mayor de edad, sin antecedentes penales, a eso de las 3,20 horas, del día 5-6-1981, conducía el turismo de su propiedad Citroen G.S. PM-0909-O, asegurado en la Cía. de Seguros H., con certificado de Seguro n.º 14.303.327, y en posesión del permiso de conducir, en compañía de su hermano P., aquí procesado-circulando por la carretera C-719 (Palma-Puerto de Andraitx) y, al llegar al Km. 3,900, a la altura del cruce con la carretera que procede del dique del Oeste, en tramo ligeramente curvo, con calzada de 17,00 mts. de ancho, en buen estado, seca y limpia, con limitación de velocidad a 60 k/h. buena iluminación y regulación del indicado cruce por medio de semáforos, sin fijarse que tenía el semáforo en rojo para los vehículos que circulaban en su dirección, lo pasó a velocidad que no pudo determinarse y ocasionando su colisión con la moto Derby 74, PM-7739-P, que conducida por su propietario M. L. F. realizaba el cruce, procedente del indicado Dique, por encontrar en verde el semáforo que tenía ante sí, y, a consecuencia de lo cual, se produjeron heridas que tardaron en curar 17 días al conductor de la moto y daños en su moto, tasados en 34.189 ptas. así como gastos acreditados por importe de 12.332 ptas., y ocurridos estos hechos, sin detenerse, el turismo conducido por el procesado J. S. continuó la marcha a buena velocidad, sin pararse a prestar ayuda al herido a pesar de la hora en que esto se producía y a que el lugar era deshabitado, aunque, posteriormente, acudió a Comisaría de Policía donde, en compañía de su hermano relataron lo sucedido. P., aquí procesado, no pudo evitar el que su hermano abandonase el lugar de los hechos sin prestar atención al herido, dada la inminencia de la colisión y la rápida salida del conductor. J. tuvo interenido el permiso de conducir durante 10 meses y dos días y estuvo privado de libertad por esta causa durante dos días.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de delito de imprudencia temeraria arts. 565-1º en relación con arts. 422 y 563 del Código Penal, de delito de omisión del deber de socorro art. 489 párrafos 1º y 2º del Código Penal, y de otro delito igual del párrafo 1º con la atenuante de arrepentimiento espontáneo en los procesados y estimando autores a J. de los primeros delitos y a P. del tercero y solicitando para J. 20.000 ptas. de multa con 20 días de arresto sustitutorio y privación del permiso de conducir por un año, por el primer delito, 6 meses y 1 día de prisión menor por el segundo delito, y para P. 20.000 ptas. de multa con arresto sustitutorio de 20 días, e indemnizaciones de J., con cargo al Seguro Obligatorio, de 35.000 ptas. por las lesiones a M. L. y 12.332 por los gastos y hasta el límite de dicho seguro y de 34.189 ptas. con cargo al procesado por los daños, y ambos procesados en costas, y accesorias del artº 47.

RESULTANDO: Que la acusación particular en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de los mismos delitos que el Ministerio Fiscal tipificó y formulando las mismas conclusiones del mismo interesando además, las costas para sí.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de sus patrocinados por estimar no habían cometido delito alguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de imprudencia simple antirreglamentaria del artº 565 párrafos segundo, cuarto y sexto, en relación con los artículos 422 y 563 del Código Penal, porque consta que el conductor del turismo, al llegar al cruce del relato tenía el semáforo en rojo y pese a ello, siguió su marcha sin efectuar la detención preceptiva dando lugar con su irreflexivo actuar, en relación de causa a efecto, al resultado de lesiones y daños descritos que no se hubiese producido de haber tenido en cuenta el previsible riesgo que supone el desatender en forma el estado en rojo en que el disco que tenía ante sí se encontraba, con quebrantamiento de los arts. 17 y 110 del Código de la Circulación y por otra parte, un delito de omisión del deber de socorro previsto y penado en el artº 489 bis, párrafos primero y tercero del Código Penal que exige, según reiterada doctrina legal S.S. 2-11-1979 y 23-2-1981 los siguientes requisitos: 1º Una conducta omisiva sobre la actividad de socorrer, con un condicionamiento positivo y otro negativo, el primero, marcado por la presencia de una persona en desamparo y en peligro manifiesto y grave, debiéndose entender la situación de desamparo cuando la persona necesita protección, **INDEPENDIENTEMENTE DE QUE EXISTAN OTRAS PERSONAS**, además del agente que puedan protegerla, siempre que la contingencia del

daño sea conocida y de cierta entidad; y, el negativo, constituido por la ausencia de riesgo propio o de un tercero. 2º Antijuricidad de la conducta omisiva. 3º Conciencia del desamparo, necesidad de auxilio y conciencia del deber de actuar y que aparecen en la conducta del conductor procesado en estos autos.

CONSIDERNADO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. S. H. por su participación voluntaria y directa en los mismos y sin que participase en la omisión de socorro su hermano P., también procesado, que debe ser absuelto.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar en el delito de omisión del deber de socorro la circunstancia modificativa de arrepentimiento espontáneo del artº 9-9º del Código Penal al acreditarse la presentación del conductor procesado, en compañía de su hermano, en Comisaría para poner en conocimiento de los agentes los hechos ocurridos y que por aplicación de los artículos 61-1ª y 63 hace que las penas se apliquen en la extensión que se dirá.

CONSIDERANDO: Que los responsable criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley y debiendo absolverse a los procesados absueltos con declaración de costas de oficio a los mismos.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61-1ª, 63, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª -1, 42, 239, 240, 272, 741, 742, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado P. S. H. del delito de omisión del deber de socorro del que se le acusaba con declaración de oficio de las costas correspondientes. Y debemos condenar y condenamos al procesado J. S. H. en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria con resultado de lesiones y daños, sin circunstancias, y de un delito de omisión del deber de socorro, con la atenuante de arrepentimiento espontáneo a las penas de multa de VEINTE MIL PESETAS, con arresto sustitutorio de 20 días, caso de impago y privación del permiso de conducir o del derecho a obtenerlo por un año, por el primer delito y a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena por el segundo delito, y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido, con cargo al Seguro Obligatorio y hasta el límite legal a M. L. F. en 35.000 pts. por las lesiones y en 46.521 pts. por los gastos ocasionados y por los daños de la moto, cantidad que será pagada por el condenado, y al pago de costas sin incluir las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró solvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

419

419. **PARRICIDIO.** "Animus necandi". Frustración. Circunstancias atenuantes obcecación y arrebató y arrepentimiento espontáneo. **FALTA DE LESIONES.** "Animus vulnerandi". *Sentencia de 11 de Octubre 1982 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente A) El procesado M. S. G., mayor de edad, sin antecedentes penales, actualmente en prisión por esta causa, casado con cuatro hijos menores, chófer, con una inteligencia situable en el límite inferior de la normal, sospechando que su mujer, M. D. J. M., mantenía relaciones amorosas con su convecino, amigo y hace algún tiempo patrón del mismo, G. S. S., a eso de las 15 horas, del día 19-8-1981, en ocasión de circular con su coche Seat 600, se encontro en la carretera con el Ford Fiesta de S. y que circulaba en su misma dirección al que adelantó y, con arriesgadas maniobras de cierre del paso, obligó a detenerse y parando su vehículo se dirigió al de G. y cuando este salía del suyo, en momento en que se encontraba detrás de él, después de increparle por estimar que se entendía con su mujer, alzando un pequeño cuchillo casero con hoja de 13 cms. de largo que portaba, con propósito de marcarle, le golpeó en la espalda clavándole el cuchillo que en buena medida G. logró esquivar; no obstante lo cual, le causó una herida inciso punzante en la región interescapular —parte alta de la espalda— que tardó en curar 10 días, con asistencia médica e impedimento para sus trabajos habituales quedándole cicatriz de 3 cm. de largo, sin producir defecto ni deformidad, logrando G. reducir a M. al que dejó tendido en el suelo, yéndose él a Centro Clínico para ser atendido B) Una hora más tarde aproximadamente, ya muy excitado, se trasladó hasta el "J. del M." de Santa Ponsa, en donde se encontraba trabajando su esposa y, en momento en que ella salía del trabajo, se montó en el coche Seat 1430 que M. D. J. M. conducía y cuando había recorrido un pequeño trayecto, empezó a contarle lo sucedido con G. S. y, después de entrecruzarse algunas palabras entre ambos, en momento en que ya M. se encontraba en un estado de gran alteración de ánimo, por la afrenta que estimaba le estaba haciendo su esposa a la que estimaba dispuesta a continuar sus relaciones con G. y asimismo, bajo los efectos de la gran excitación que el encuentro con S. le había producido momentos antes, sacó el cuchillo antes indicado que llevaba escondido en la cintura del pantalón y, con ánimo de privarla de la vida asestó a su mujer cuatro puñaladas que le produjeron heridas incisas en cuello, tórax, abdomen y en el hombro izquierdo de las que curó a los 15 días, precisando asistencia médica durante los mismos, estando durante ellos impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole cicatrices, dos de ellas visibles en el cuello y parte alta de la mama derecha. Tras la agresión, M. D. pudo salir del coche con el cuchillo clavado en el abdomen al mismo tiempo que pedía ayuda, siendo recogida en un establecimiento cercano y trasladada con urgencia a un centro sanitario, mientras que el procesado se dirigió al cuartel de la Guardia Civil, pesaroso de lo que había hecho y dando cuenta de los mismos.

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 art. 407 en relación con los arts. 3 y 51 del Código Penal y de un delito de parricidio en grado de frustración del art. 405 en relación con los arts. 3 y 51 del propio texto legal de los que conceptuó autor el procesado M. S. G. con la concurrencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo- artº 9-9º. del Código Penal por lo que solicitó contra aquel las penas de 6 años y 1 día de prisión mayor, accesorias y costas por el primero y de 12 años y 1 día de reclusión menor, accesorias y costas, por el segundo, e indemnización de 100.000 ptas. a M. D. J. y de 30.000 ptas. a G. S.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó se le estimase autor de una falta con la eximente incompleta del artº 9-1ª en relación con el artº 8-1º y las atenuantes de embriaguez, vindicación de ofensa, arrebato y obcecación y arrepentimiento espontáneo en relación con el ataque a M. D. y la eximente de legítima defensa con respecto a G. por lo que pidió su libre absolución por ello.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de: Los del Ap. A) una falta de lesiones prevista y penada en el artº 582 del Código y castigada con la pena de arresto menor, sin que haya lugar a pensar en la posibilidad del delito de homicidio en grado de frustración del que se le acusaba al procesado al faltar el elemento volitivo del animus necandi, esencial al mismo y diferenciador de los ataques a la integridad corporal calificados como delitos o faltas de lesiones, al aparecer de la actuación del autor, simplemente, un animus vulnerandi. Los del a. B) un delito de parricidio en grado de frustración del artº 405 en relación con los arts. 3 y 51 del Código Penal

castigado con la pena de reclusión menor, habida cuenta la imperfección consumativa del mismo, ya que constando el matrimonio del agresor con su víctima, aparece evidente al ánimo de matar característico del tipo y no el menor vulnerandi, propio de las lesiones, elemento subjetivo que concurre con el objetivo, propio de aquella figura más grave, como son los sucesivos y graves golpes de cuchillo en que el procesado asestó con tanta trascendencia como para haber podido ocasionar naturalmente la muerte de su mujer al utilizar un cuchillo de 13 cms. de hoja y darle cuatro puñaladas en partes tan indicativas de aquel propósito tan grave, como son el cuello, el abdomen y el tórax, seguidas de otra que fué a parar al hombro izquierdo, aun contando con la natural reacción defensiva-esquivatoria de la agredida, dentro del limitado campo de movimiento que el interior del coche representaba; no obstante lo cual, la muerte no llegó a producirse por causas totalmente independientes de la voluntad del agente, animus necandi que por otra parte, aparece de los graves motivos de animadversión que al procesado le movían ante la afrentosa situación en que la conducta de su esposa le colocaba con la preocupación secuela de abandono de los hijos menores y las desatenciones del hogar que, por lo que el detectaba, se venían produciendo, todo lo cual nos revela que el dolo característico de las lesiones, de las que la defensa habla no se da pues, tanto la envergadura del material ataque a la víctima con un cuchillo, las zonas del cuerpo atacadas, como los antecedentes de los hechos y las concretas circunstancias concurrentes en los mismos, en el mismo momento de producirse y aún las posteriores de abandonar a su esposa con el cuchillo hundido en el abdomen dejándola abandonada a su propia suerte y yéndose él en dirección distinta evidencian como fué muy superior el propósito de este agresor de autos que el argumentado por la defensa que por ello, no puede ser acogido y con ello rechazada su tesis, tal como, de acuerdo con bien conocida jurisprudencia (entre otras S.S. 3-3-79 y 11-3-1980) se viene reiteradamente sosteniendo cuando de diferenciar los delitos de lesiones de los supuestos de homicidio frustrado se trata.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado M. S. G. por su participación voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que son de apreciar las circunstancias modificativas de arrebató y obcecación y de arrepentimiento espontáneo artº 9-8ª del Código Penal, en el delito de parricidio, por que el procesado, que se encontraba ya sobre excitado en gran manera por lo ocurrido con G., encontró en las palabras que entrecruzó con su esposa dentro del coche, a propósito de sus relaciones con su convecino y amigo motivos que él, con su limitada inteligencia, apreció de desentendimiento de él, y de sus hijos que le obnubilaron de tal manera que deteriorando sensiblemente su voluntad, y reduciendo en buena medida su discernimiento, le llevaron a perpetrar tales ataques; no obstante lo cual, arrepentido seguidamente, por lo que había hecho, se fué a confesar su conducta a la Guardia Civil a la que dió cuenta de cuanto había realizado.

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, debiendo imponerse solamente las propias de un juicio de faltas por las lesiones.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 61-1ª y 5ª, 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 M. S. G. del delito de homicidio frustrado del que se le acusaba y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor de una falta de lesiones a una pena de 30 días de arresto mayor y, así mismo debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de parricidio en grado de frustración con las atenuantes de arrebató y obcecación y de arrepentimiento espontáneo, a la pena de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR, a las acentorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los ofendidos M. D. J. M. 100.000 ptas. y a G. S. 30.000 ptas. y al pago de costas correspondientes limitándose las de las lesiones a las propias de un juicio de faltas. Le abonamos

para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese la pieza de responsabilidad civil del Instructor terminada con arreglo a derecho.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

426

426. APROPIACION INDEBIDA. "Animus rem sibi habendi". Delito continuado. FALSIFICACION DE DOCUMENTOS. Delito continuado. Sentencia de 16 de Octubre 1982 (2ª).

RESULTANDO: Probado y así expresamente se declara que el procesado M. LL. F., mayor de edad, sin antecedentes penales, regular conducta, y en libertad provisional con fianza de 500.000 ptas. por esta causa, por la que estuvo privado de libertad desde el día 13-3-1979 hasta el día 5-9-1979, trabajó desde 1967 á 1978 como administrativo de la entidad M. B. (Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo), con domicilio en C/. O. B. P., 11 de ésta, durante cuyo periodo de tiempo prestó sus servicios, como tal, en las distintas secciones de dicha Mutua todo lo cual le permitió conocer con gran detalle la mecánica y funcionamiento de dicha entidad, colaboradora de la Seguridad Social, por lo que a partir de 1973, cuando ya había creado una gestoría conocida con el nombre de "B", de la que era su titular se encargó de gestionar para diversas empresas, asociadas a dicha M. B. la liquidación y pago de las cuotas de la Seguridad Social, efectuando las liquidaciones mensuales de las cuotas que les correspondían al Régimen General, así como las cuotas correspondientes a accidentes laborales, cuyo riesgo era cubierto por la M. indicada y, aprovechándose de esta doble gestión de gestor y de empleado de la M. B., movido por el ánimo de propio beneficio, y durante dichos años, en ocasiones distintas, al recibir como gestor el importe de aquellas cuotas que debían abonar las empresas como tales, cuando tenía que ingresarlas en las cuentas bancarias alteraba las hojas oficiales de cotización C-1 y C-2 (Boletines de cotización por cuotas de régimen general y por cuotas del seguro de accidentes de trabajo que se enviaban al entonces llamado Instituto Nacional de Previsión, a Mutualidades Laborales y a la indicada Mutua Patronal Balear, en la que trabajaba como empleado, haciendo constar, por el contrario en los originales que entregaba a las empresas la cantidad que percibía de cada una de ellas, deduciendo importes por fingidas e inexistentes incapacidades laborales de tipo transitorio por accidentes de trabajo, cuyas prestaciones, en virtud del pago delegado, corresponde realizarlo a las empresas sin perjuicio del posterior reintegro por la M. con lo que creaba una diferencia entre lo que debía ingresar a la M. y lo que realmente ingresaba y, perjudicando, asimismo a la Seguridad Social, con lo cual dicho procesado se beneficiaba al retener dichas cantidades diferenciales; actividad que complementaba con las operaciones de ajustes de los totales resultantes y así, cuando eran remitidos los totales globales y los saldos por el Banco a la Mutua, manipulaba en las oficinas de la misma, y sin que dicha entidad Mutua lo supiera, las fichas de las computadoras al mismo tiempo que rectificaba y alteraba boletines ya ingresados, con lo que, así ocultaba las declaraciones de incapacidades transitorias y accidentes realmente no acaecidos, pero declarados antes como reales, con lo que lograba cuadrar los saldos por tan artificiosos medios, valiéndose de la aludida doble condición de gestor vinculado

a la M. y, a su vez, de empleado de ésta adscrito a unas secciones de la misma que le permitía, por la confianza en él depositada crear tan perjudicial y reprobable situación. Operando por medio de tales procedimientos, desde 1973 hasta 1978 se apoderó de las cantidades que a continuación se indican y que había recibido de las personas o firmas comerciales siguientes con el destino indicado a la Seguridad Social. De J. P. 1.837.909 ptas., K. S.A. 530.130 ptas., M. G. 514.153 ptas., G. T. 139.222 ptas., A. P. 1.686.801 ptas., S. V. A. 159.190 ptas. V. C. O. 181.515 ptas. J. S. S. 238.400 ptas. A. D. G. 740.808 ptas. B. N. 173.804, B. Hoteles 89.081 ptas., F. M. P. 100.000 ptas. y de A. O. N. 60.000 ptas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del artº 535 en relación con el 528-1º del Código Penal y de un delito continuado de falsificación documental del artº 303 en relación con el artº 302, 2º, 4º, 7º, y 9º del Código Penal considerando autor del mismo al procesado M. L. F., sin circunstancias, por lo que solicitó para el mismo una pena de 6 años y 1 día de presidio mayor accesorias y costas, por el primer delito, y una pena de dos años de presidio menor y una pena de multa de 30.000 ptas., con responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago, accesorias y costas, por el segundo delito, y que se condene al procesado y, en su defecto, al responsable civil subsidiario, M. B., a indemnizar, con destino a la Seguridad Social, en 1.837.909 ptas. a J. P., en 510.150 ptas. a K. S.A., 514.153 ptas. a M. G., en 139.222 ptas. a B. T., en 1.686.801 ptas. a A. P., en 159.190 ptas. a J. V. A., en 181.515 ptas. a V. C. O., en 238.400 ptas. a J. S. S. en 740.808 ptas. a A. P. O., en 173.804 ptas. a B. N., en 89.081 ptas. a B. Hoteles, debiendo indemnizar igualmente en 100.000 ptas. a E. M. P. y 60.000 ptas. a A. O. N.

CONSIDERANDO: Que el Procurador Sr. Ramis y su Letrado Sr. Ribas, en la representación que ostentan, como acusación particular, concordaron las conclusiones del Ministerio Fiscal en orden al relato de hechos, calificación jurídica, autoria y falta de circunstancias modificativas, si bien estimando que a las cantidades defraudadas dichas por el acusador público, debe añadirse el importe de las sanciones impuestas a sus representados por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social por el descubrimiento de cuotas de que se apropió el procesado y los recargos de la vía de apremio y solicitando una pena de 8 años de presidio mayor para el procesado por el delito de apropiación indebida y una pena de dos años cuatro meses de presidio menor y una pena de multa de 50.000 ptas. con responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago, por el delito de falsificación de documentos, accesorias y costas en ambos casos incluidas las suyas, y, como responsable civil subsidiaria, a M. B. M. P. de A. de T. M. B., debiendo indemnizar el procesado y, en su defecto, la M. B., con destino al pago a la Seguridad Social, a las personas y firmas comerciales que se indican las cantidades que asimismo se detallan: A Don M. G. V. 514.153 ptas. por descubierto a la Seguridad Social, más 102.830 ptas. que corresponde al 20% de recargo por apremio, más 167.860 ptas. por la sanción impuesta por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social por el descubrimiento. A Don A. D. G., 753.408 ptas., más 147.081 ptas. más 201.500 ptas. por los conceptos expresados. A Don B. T. S. 139.222 ptas. más 27.844 ptas. más 100.100 ptas. por los conceptos expresados. A Don A. P. S. 1.722.217 ptas. más 344.443 ptas. más 468.450 ptas. por los conceptos expresados. A Don J. S. S. 238.400 ptas. más 47.680 ptas. más 100.100 ptas. por los conceptos expresados A Don F. M. P. 100.000 ptas. más 20.000 ptas. más 120.000 ptas. por los conceptos expresados. A don V. C. O., 181.515 ptas. más 36.303 ptas. más 127.379 ptas. por los conceptos expresados. A Don A. O. N. 60.000 ptas. más 12.000 ptas. más 120.000 ptas. por los conceptos expresados y a K., S.A. ptas. 530.150 más 106.030 ptas. más 167.360 ptas. por los conceptos expresados.

RESULTANDO: Que el Procurador Sr. F. y su Letrado Sr. M., en la representación que ostentan, como acusación particular, asimismo concordó las conclusiones del Ministerio Fiscal en orden a los hechos, su calificación jurídica, autoria, circunstancias aunque estimó que a lo defraudado debe añadirse los recargos por mora y multas ocasionadas por el descubrimiento ocasionado por el procesado y concordó la petición de penas del Ministerio Fiscal y que el procesado y, en su defecto, la M. B. como responsable civil subsidiaria y para pagar a la Seguridad Social, deben indemnizar a J. P. en 1.837.909 ptas. 367.600 pts.

como recargo por mora y 500.000 ptas. por multa de la Inspección de Trabajo. Al mismo y por B. N. 173.804 ptas. con destino a la Seguridad Social para pago del descubierto de las cuotas de dicha empresa y 143.000 ptas. de la multa impuesta a la misma por la Inspección de Trabajo. Total 3.022.313 ptas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en el mismo trámite con una versión distinta de los hechos, calificó la conducta aquí enjuiciada de su defendido como integrante de un delito continuado de apropiación indebida art. 535 en relación con el art. 428 2º del Código Penal y de un delito continuado de falsificación documental artº 303 en relación con el artº 302-4º del Código Penal estimando autor al procesado, sin circunstancias y pidiendo para él las penas de 1 año de presidio menor, accesorias y costas, por el primer delito, un año de presidio menor, accesorias y multa de 30.000 ptas. con responsabilidad civil subsidiaria, accesorias y costas, por el segundo delito y a que indemnice a las personas y firmas que se indican las cantidades siguientes: a Don J. P. V. 183.790 ptas., a Don M. C. 51.415 ptas., a Don B. T. 13.922 ptas., a Don A. P. 168.680 ptas., a Don S. V. 15.919 ptas., a Don V. C. 18.151 ptas., a Don J. S. 23.840 ptas., a Don A. D. 74.080 ptas., a B. N. de J. P., 17.380 ptas. y a B. Hoteles 8.908 ptas.

RESULTANDO: Que la defensa del responsable civil subsidiario (Mutua Patronal Balear de Accidentes de Trabajo) negó la responsabilidad civil de su patrocinado, por estimar que ninguna culpa alcanza a la misma en estos hechos, solicitando su libre absolución y que se condene al procesado a pagar a su representada las cantidades que se interesan por la acusación fiscal por ser ella la perjudicada, como por lo pedido por las acusaciones particulares.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el artº 535 en relación con el artº 528-1º del Código Penal, con la pena de presidio mayor al concurrir en el actuar del procesado los elementos característicos del tipo como el elemento subjetivo de la apropiación indebida, la intención de hacer suyas las cantidades el procesado sabiendo que eran ajenas, "animus rem sibi habendi" incorporándolas de manera definitiva a su patrimonio a pesar de constarle de que, por el contrato de gestión que le ligaba con las empresas, tenía que entregarlas en el banco por la Mutua Patronal, quebrantando así la confianza en el depositada y causando el perjuicio económico, en definitiva, a dicha entidad y a la seguridad social, sin que a pesar del tiempo transcurrido haya reíntegrado las sumas apropiadas negando haberlas recibido, elemento objetivo del delito; la antijuricidad de la conducta de acuerdo con las normas reguladoras de los negocios jurídicos que sirven de base a la dinámica delictiva y el complementario elemento de culpabilidad de conciencia y voluntad de los hechos, con la concurrencia de aquel ánimo de lucro (S. S. 17-1-1981 y 4-7-1981). Y de un delito continuado de falsificación en documentos oficiales, previsto y penado en el art. 303 en relación con el artº 302-4º y 6º con las penas de presidio menor y multa de 20.000 a 200.000 ptas. pues se hicieron constar en los C-1 y C-2 que no se ajustaban a la verdad y se hacían en la documentación destinada a la Seguridad Social alteraciones respecto a los otros tres ejemplares y en las fichas- art. 302-9º simulaciones que inducían a error sobre su autenticidad dando apariencia de real a lo que en realidad no se dió y esto respecto de documentos susceptibles de real trascendencia en el tráfico jurídico especialmente por afectar a elementos esenciales, con grave quebrantos del crédito a los mismos conferido por el tráfico público y privado, concurriendo en todo ello la conciencia y voluntariedad precisa que tanto en cuanto a este delito como en cuanto a la apropiación indebida hay que estimarles como tipos de delito continuados porque las conductas integradoras de cada uno fueron realizadas con unidad de propósito, dolo unitario, total y planificado que abarca las distintas infracciones cometidas como piezas en la consecución del resultado complejo proyectado por el procesado realizando a través de las plurales y homogéneas infracciones parciales que recaen sobre un mismo bien no personalísimo, el patrimonio de los distintos perjudicados. (S. 4.1.1982).

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado M. LL. F. por su participación voluntaria y directa en su ejecución.

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

CONSIDERANDO: Que procede declarar responsable civil subsidiaria de los hechos enjuiciados a la M. B. (Mutua Patronal Balear de Accidentes de Trabajo) a la vista de la acreditada vinculación laboral del procesado a la misma y la absoluta aceptación de riesgo determinada por la falta de una mínima vigilancia o control superior de dicha entidad respecto a su subordinado que le permitió con absoluta facilidad llevar a cabo tan comprometidas conductas.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente, dejándose aquí, en parte, para trámite de ejecución de sentencia de fijación de cuantos pudieran corresponderle, de acuerdo con el art. 101 del Código Penal que no pueden de momento precisarse artº 360 Ley de Enjuiciamiento Criminal y cuya determinación se hará teniendo en cuenta las siguientes bases: 1º Los que en perjuicio de las personas y firmas mercantiles quedaron reseñadas y que deriven de estos hechos sean cuales fueren las disposiciones que los determinasen. 2º Dicha indemnización comprenderá los quebrantos económicos derivados del delito, como son las sanciones y recargos. 3º En ningún caso se podrá superar el quantum solicitado por las acusaciones.

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado M. LL. F. en concepto de autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida en cuantía superior a las seiscientas mil pesetas, sin circunstancias, y de un delito continuado de falsedad de documentos, sin circunstancias modificativas, a la pena de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante la condena, por el primer delito, y a una pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR y accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, por el segundo delito y a que el mismo indemnice a las siguientes personas y firmas comerciales las cantidades que a continuación se reseñan, de las que subsidiariamente será responsable para hacerlas efectivas, la M. B. (Mutua Balear de Accidentes de Trabajo). Con destino a la Seguridad Social a quien se harán directamente efectivas total o parcialmente, caso de que por los mismos no se hubiesen hecho ya los pagos correspondientes: a J. P. 1.837.909 ptas. a K., S.A. 530.130 ptas. a M. G. 514.153 ptas., a B. T. en 139.222 ptas., a A. P. en 1.686.801 ptas., a S. V. A. 159.190 ptas., a V. C. O. en 181.515 ptas. a J. S. S. en 238.400 ptas., a A. D. G. 740.808 ptas., a B. N. y 173.804 ptas., a B. Hoteles en 89.081 ptas. a F. M. P. 100.000 ptas. y a A. O. N. en 60.000 ptas. Asimismo se condena al procesado y subsidiariamente a la M. B. a indemnizar los daños y perjuicios que en ejecución de sentencia se acrediten debidamente de acuerdo con las siguientes bases: 1ª Los que en perjuicio de las personas y firmas mercantiles quedaran reseñadas y que deriven de estos hechos cuales fueren las disposiciones que los determinasen. 2ª Dicha indemnización comprenderá los quebrantos económicos derivados del delito, como son las sanciones y recargos. 3ª En ningún caso se podrá superar el quantum solicitado por las acusaciones. Y, finalmente, se condena a dicho procesado al pago de las costas causadas. Se abona para el cumplimiento de la condena el 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 insolvente al procesado y solvente a la Mutua Balear.
(Ponente: Alvaro Blanco Álvarez)

429

429. VIOLACION. Empleo de fuerza y privación de sentido de la víctima. Circunstancia atenuante muy cualificada de provocación por parte de la víctima. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 18 de Octubre de 1982. (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que la noche del veintidós al veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y uno el procesado A.H.F., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por falta de hurto en sentencia de tres de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, trabó conocimiento con la súbdita inglesa P.P. de dieciocho años de edad, en la Discoteca "Y" sita en la calle Dos de mayo de la Playa de Palma, bailando con ella y besándose; y sobre la una de la madrugada se marcharon paseando y permitiendo la joven al procesado realizar distintos tocamientos que le produjeron gran excitación sexual y le hicieron pensar que ella accedía a la realización del coito, resistiéndose aquella a ello, ante lo que el procesado la golpeó y aprovechando su estado de semiinconsciencia le quitó violentamente el pantalón y las bragas y realizó con la misma el coito; sufriendo P.P., que denunció los hechos, erosiones diversas en región maxilar inferior, parte anterior del cuello y rodilla derecha, que curaron en cinco días sin secura; la referida P. estaba desflorada con anterioridad y no quedó embarazada.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de violación de los números 1º y 2º del artículo 429 y de una falta de lesiones del art. 583-1º ambos del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, con la concurrencia de la atenuante de provocación estimada como muy cualificada, por lo que solicitó contra aquel las penas de dos años de prisión menor y accesorias por el delito y dos días de arresto menor y reprobación privada por la falta, e indemnización de cincuenta y cinco mil pesetas al perjudicado, y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite estimó que el procesado no había cometido delito alguno y solicitó la libre absolución del mismo.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta sentencia son constitutivos: 1º) - De un delito consumado de violación de los números 1º y 2º del artículo 429 del Código Penal, por cuanto han existido los medios comisivos de empleo de fuerza y privación de sentido de la víctima, ambos dirigidos a quebrar su resistencia, seguidos del yacimiento. 2º) - De una falta de lesiones del artículo 583-1º del mismo cuerpo legal cuya compatibilidad con el delito es reiteradamente sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Por todas S. de 28 de marzo de 1980).

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor directo del número 1º del artículo 14 del Código Penal el procesado A.H.F.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de provocación de la víctima, del número 5 del artº 9, que una reiterada doctrina legal respecto a los delitos sexuales hace equivalente al estímulo de la libido y a la excitación del apetito sexual (SS. de 21 de octubre de 1976, 29 de enero de 1977, 16 de noviembre de 1978 y 16 de mayo y 3 de diciembre de 1979), apreciada como muy cualificada y con el consiguiente efecto degradatorio previsto en la regla quinta del artículo 61 del Código Penal, ya que la situación recogida en la narración fáctica, tan corriente en territorios turísticos, integra

plenamente tales condiciones jurisprudenciales, disminuyendo obviamente la antijuridicidad del acto el que éste haya sido precedido de un comportamiento de la víctima que incita el agente y disminuye sus recursos inhibitorios, pues no otra cosa son permisiones sexuales periféricas sin acceder luego a su lógica culminación con el yacimiento.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61-5º, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A.H.F., en concepto de autor responsable de un delito de violación y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de provocación adecuada de la víctima apreciada como muy cualificada, a las penas de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR, con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo, por el delito y de DOS DIAS DE ARRESTO MENOR Y REPRESION PRIVADA por la falta, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida cinco mil pesetas por las lesiones y cincuenta mil en concepto de dote 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: Ramón Montero Fernandez - Cid)

431

431. DESACATO. Estragos —mediante explosivos— conspiración. UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR AJENO. CONDUCCION ILEGAL. Concurrencia de las agravantes de reiteración, reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1982*

RESULTANDO: Probado, y así se declara, que J.P.N., mayor de edad, de mala conducta, ejecutoriamente condenado por delito de hurto en sentencia de 23 de junio de 1975, por delito de robo en sentencia de 16 de Septiembre de 1980, por delito de robo en sentencia de 25 de febrero de 1981, y por delito de hurto en sentencia de 25 de junio de 1981, apreciándose en esta última la circunstancia agravante de reincidencia, y A.R.P., mayor de edad penal, de mala conducta y ejecutoriamente condenado por delito de robo en sentencia de 8 de noviembre de 1979, por tres delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos, dos delitos de falsificación de placas de matrícula de vehículos de motor, un delito de robo y un delito contra la seguridad del tráfico en sentencia de 24 de enero de 1981, y por un delito de apropiación indebida en sentencia de 7 de febrero de 1981, sin que en ninguna de ellas se apreciara la circunstancia agravante de reincidencia, han tenido la

siguiente participación en los hechos que se indican: A) Encontrándose internados en el Centro Penitenciario de Palma de Mallorca por razón de otras causas criminales, redactaron de común acuerdo un escrito en el que se requería al Magistrado-Jefe de Instrucción número uno de Palma de Mallorca, Don J.P.R., para que pusiera inmediatamente en libertad a todos los presos, advirtiéndole que, en caso contrario, sería matado y su hija sería secuestrada, llamándole borracho, hijo de puta y mostrando en general un tono despectivo hacia su persona, y adornando su misiva con dibujos de calaveras y referencias a una organización terrorista. Dicha carta fue redactada materialmente por A.R., encargándose J.P.M. de echar la carta en el correo tan pronto como salió de la referida prisión, lo que tuvo lugar el día 5 de febrero de 1982, siendo recibida por su destinatario el día 8 del mismo mes. El citado A.R. se hallaba a disposición del Juzgado servido por el amenazado, mientras que J.P.M. había estado a disposición del Juzgado de Instrucción de Inca. B) Mientras ambos acusados permanecieron juntos en dicho Centro Penitenciario, idearon un procedimiento para lograr la evasión de A.R. con la colaboración desde el exterior de J.P.M., mediante la voladura de un muro de la prisión, a cuyo fin sería éste quien se encargaría de sustraer la suficiente cantidad de dinamita de determinado lugar que A.R. le indicó mediante la confección de varios planos en los que se especificaban cuantos datos eran precisos para localizar el lugar en que se hallaban los explosivos, y, una vez en su poder la dinamita, y después de haberla hecho explotar, saldría A.R. y tomaría un coche previamente dispuesto por su compañero en lugar apropiado y cercano, con las llaves de contacto en su debido sitio para facilitar su huida. En dichos planos se aprecia, con la suficiente claridad, la ubicación de un polvorín que, en efecto, existe en el kilómetro 5,500 de la carretera de Palma a Puigpunyent, con numerosos datos y puntos de referencia a partir de los cuales es factible su localización, perteneciendo a la empresa G., si bien dicho polvorín se encuentra fuera de servicio desde hace unos dos años en virtud de la prohibición de almacenamiento de explosivos por particulares, realizándose los trabajos ordinarios con explosivos que diariamente se toman y devuelven a la fábrica. Dichos planos fueron elaborados por A.R. y le fueron ocupados a J.P.M. el tiempo de ser detenido el día ocho de febrero de 1982. C) Con el fin de poder realizar más fácilmente lo planeado entre ambos, y dado que ello implicaba la necesidad de sustraer algún auto-móvil para poder desplazarse a los lugares reflejados en los aludidos planos, decidieron elaborar dos autorizaciones escritas en las que se hacía constar que quien en ellas aparecía como titular del vehículo, personas existentes y de nombre y apellidos inventados por ellos, autorizaba a J.P.M. a utilizarlo, apuntando en tales escritos las razones, también inventadas, de tal autorización, siendo éstas el viaje del presunto dueño a Madrid y el no tener tiempo de embarcar el coche y no haber sitio para aparcarlo, y así, dejando en blanco el espacio correspondiente a la matrícula del vehículo a sustraer, poder posteriormente, una vez sustraído, rellenar el dato que faltaba persiguiendo con tal comportamiento justificar, en caso de ser requerido, la legitimidad de la posesión de tal automóvil. Dichas autorizaciones fueron redactadas por A.R. Dichos escritos están redactados burdamente y de su simple lectura se deduce la autoría y finalidad de su redacción. D) J.P.M., una vez fuera de la prisión, de la que había salido el día cinco de febrero de 1982, y con el fin de realizar cuanto había planeado con su compañero, decidió apoderarse, en la noche del siete al ocho de febrero, de un Seat 850, con matrícula PM-155.022, perteneciente a J.A.B., el cual estaba aparcado, con las llaves puestas, en el interior de su garaje, sito en Sineu, en la calle S.M., sin número, estando la puerta de dicho garaje, metálica enrollable, cerrada pero sin echar la llave que lo cierra. En dicho vehículo no se causó daño alguno, habiendo sido devuelto intacto a su propietario. E) Al tiempo de tomar el mencionado vehículo, se apoderó, también J.P.M., de dos ristras de tomates que, aunque no han sido tasadas pericialmente, no han de exceder de las cien pesetas. F) J.P.M., que condujo dicho vehículo y se encontraba en su interior dormitando al tiempo de ser detenido, no se halla en posesión del permiso de conducir vehículos de motor de la categoría correspondiente al vehículo que condujo. Debe hacerse notar, por último, que A.R.P. es persona que, según informe forense emitido acerca de su estado psíquico, se mueve a impulsos primarios, siendo sus motivaciones vitales extremadamente vulgares, caracterizándose por ser su raciocinio poco elaborado y primitivo y siendo evidente su inmadurez afectiva, intelectual y emocional que le lleva frecuentemente a la fabulación y a la inconstancia; su capacidad intelectual es inferior a la normal, apareciendo con un coeficiente intelectual situado entre los oligofrénicos leves y los bordilíneos, aunque se desenvuelve normalmente en su ambiente socioeconómico y en

el ambiente penitenciario, de tal modo que, aún siendo imputable de sus actos, ello sólo puede afirmarse respecto de aquellos que revistan características muy bien trazadas y en las que sea fácilmente deslindable lo bueno de lo malo, ya que en otros actos, para los que se requiere una mayor elaboración conceptual y precisan de un discernimiento más crítico y profundo, no entran dentro de su esfera de conocimiento y volición, no siendo capaz de proyectar para el futuro de un modo elaborado y consistente, sino que, por el contrario, su modo de actuación se caracteriza por su improvisación, proyectando de un día para otro, de tal suerte que no puedan jugar las naturales defensas e inhibiciones propias de su personalidad. En cuanto a J.P.M., si bien presenta un nivel intelectual mayor, tiene una personalidad de rasgos muy similares, capaz de discernir la bondad o maldad de hechos burdos o groseros al igual que lo podría hacer un niño, pero difícilmente tiene capacidad de proyectar y ejecutar lo planeado, limitándose, al igual que su compañero, a actuar como meros comparsas o acompañantes de terceros.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa como constitutivos de sendos delitos de desacato, conspiración para cometer estragos mediante explosivos, falsificación de documentos privados, utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, hurto y conducción ilegal, de los artículos 554, 306, 516 bis, 514 y 340 bis a) del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados J.P.M.N., y, respecto de A.R., sólo de los cuatro primeros con la concurrencia respecto de A.R., de las agravantes de reincidencia y reiteración, y, respecto de J.P.M., las de reiteración y multirreincidencia por lo que solicitó contra A.R. tres penas de 5 años de presidio menor y una de 6 meses de arresto mayor, y, contra J.P.M., 2 penas de 5 años de presidio menor, una de 6 años y un día de presidio mayor, otra de un año de presidio menor, 5 meses de arresto mayor y 40.000 pesetas de multa, accesorias e indemnización de 100 pesetas al perjudicado J.A.B. por parte de J.P.M., y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de J.P.M. en igual trámite se conformó respecto de los delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor, hurto y conducción ilegal, solicitando respectivamente, las penas de 60.000 pesetas de multa, 4 meses y un día de arresto mayor y 40.000 pesetas de multas solicitando, en cuanto al resto, y al igual que la defensa de A.R., su absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos relatados en el epígrafe A) son legalmente constitutivos de un delito de desacato sancionado en el artículo 240 del Código Penal, pues, de un lado, se vierten en él expresiones claramente injuriosas e insultantes, tales como "hijo de puta" o "borracho", al propio tiempo que aparecen referencias despectivas hacia el destinatario del escrito, tales como "sucio nombre" y "estás perdido", y, de otro, expresa una amenaza directa contra él y contra su hija, anunciando su secuestro en el caso de no atender a sus requerimientos de libertad de "todos" los presos existentes en la cárcel, quedando cumplidos cuantos requisitos objetivos y subjetivos son precisos para la apreciación de tal figura delictiva, pues de su simple lectura se evidencia el ánimo tanto de injuriar como de amenazas de ambos autores. Dichas injurias y amenazas revisten indudablemente el carácter de graves en tanto que las expresiones utilizadas por los procesados y las amenazas lanzadas por ellos revisten una indudable gravedad al afectar a la honorabilidad del injuriado y producir una manifiesta situación de temor si es que se toman todos los hechos en una consideración global, pero en el examen de cualquier concepto injurioso o amenazante no sólo debe atenderse al dato objetivo propio de lo que de por sí, aislado de cualquier otra circunstancia o valoración, es en efecto injurioso o amenazante, sino que se hace preciso analizar las características personales de quien profiere el insulto o la comisión ilícita, sobre todo cuando psíquicamente no parece hallarse en una situación de plena conciencia de lo que se hace ni, desde luego, han tenido lugar los hechos anunciados en forma de amenaza, aunque, claro está, este examen tan sólo debe realizarse cuando el estado psíquico del autor de los hechos revele unas especiales características que permitan entender que lo dicho o hecho no tiene la gravedad que, en un principio y considerado sólo desde una perspectiva objetiva y aislada de todo contexto, pudiere parecer. Lo expuesto es perfectamente aplicable al presente caso, pues, siendo evidente la gravedad objetiva que las injurias o amenazas tienen si es que se las examina sólo y separadamente de cualquier otra referencia, sin embargo se presenta como anómala la personalidad y estado psíquico

de las personas que las han realizado, habiendo quedado suficientemente probado que las condiciones psicológicas de ambos acusados desmerecen en relación con el concepto de normalidad, situándose en un estado que aboca en numerosas ocasiones hacia una leve oligofrenia, y, aunque ambos son capaces de discernir la bondad y maldad de un acto como el enjuiciado, y ello sin duda hace ineficaz la aplicación de una circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta que lleva a un estado de semiimputabilidad, puesto que, dados los rasgos groseros y brutos de su conducta, y atendido el estado mental de ambos procesados, hasta una persona de corta edad conoce el significado y la gravedad de lo actuado, a pesar de ello es esa misma debilidad mental y lo limitado de sus conocimientos lo que permite entender que falta una plena y absoluta conciencia de la gravedad de los hechos realizados, de tal modo que, aún cuando tengan conciencia de la antijuricidad de su conducta que, como elemento del dolo, ha de concurrir en todo comportamiento delictivo, no puede afirmarse que esa conciencia sea plena, sino que se halla limitada en virtud de un estado psíquico inferior al que es el propio de la generalidad de las gentes, y, dadas estas particulares condiciones que rodean a los encausados, no es posible estimar semejante la gravedad de un insulto o amenaza proveniente de seres disminuidos psíquicamente que la que deriva de persona que se encuentra en condiciones psíquicas normales, pues es manifiesto que, aún cuando objetivamente pueda producir el mismo resultado de ataque al honor o a la seguridad de las personas —a lo que cabría añadir el principio de autoridad en el caso del desacato— en uno u otro caso, sin embargo no es posible otorgar un trato igualatorio e indiscriminado cuando se comprueba que la procedencia de la injuria o amenaza es la de un ser normal desde un punto de vista psíquico o de una persona en la que fallan los resortes precisos para comprender debidamente la naturaleza y gravedad de su conducta, pues en estos últimos casos ni existe un atentado contra el honor de tanta gravedad como el que a primera vista pudiera parecer ni las amenazas son de tanta enjundia como lo serían si provinieran de persona reputada como absolutamente normal y capaz de ejecutar lo previamente anunciado.

CONSIDERANDO: Que los hechos descritos en el apartado B) son constitutivos de un delito de estragos mediante el empleo de explosivos, sancionado en el artículo 554 del Código Penal, en grado de conspiración, del que aparecen responsables ambos procesados, ya que es patente que, aún cuando pudieran ser calificados los hechos como subsumibles en una relación concursal ideal entre el delito de evasión de presos en relación con la tenencia de explosivos, siempre en grado de conspiración, y no pudiendo estimarse así en tanto que obstáculos derivados del principio acusatorio formal lo impiden, los encausados, después de haberse puesto de acuerdo en la cárcel elaborando planos para la consecución de explosivos, los cuales son muy detallados y hacen fácilmente localizable lo que se persigue, comprobándolo en su día la policía al hallar el polvorín en ellos señalado sin recurrir a otra ayuda que los datos por los mismos suministrados, y habiendo realizado ya los primeros pasos tendentes al propósito final, proyectando la sustracción de un automóvil para desplazarse al polvorín, lo que luego tendría realidad, y elaborando unos burdos papeles con los que trataban de legitimar la posesión del vehículo a sustraer, vieron abortados sus planes al ser detenido quien, desde el exterior de la prisión, trataba de hacer realidad lo pensado, denotándose con ello, de un lado, que ambos intervinieron en la ideación del hecho delictivo, colaborando estrechamente en la preparación de lo que ellos estimaban realizable, y, de otro, que incluso comenzaron a dar los primeros pasos de la ulterior actividad criminal, patentizándose a través de los datos objetivos indicados que, cuando menos en principio, era firme su intención de ejecutar lo proyectado, por lo que debe estimarse la existencia de la conspiración definida en el número primero del artículo cuarto del Código Penal, sin que pueda enervar esta conclusión el que no existiese dinamita en el lugar indicado en el plano, pues tal dato objetivo en modo alguno varía la verdadera finalidad de los autores que, en cualquier caso, demostraron con su comportamiento una indudable intención de poner en práctica lo pensado anteriormente.

CONSIDERANDO: Que, pese a lo antes expresado, no existe inconveniente alguno para atenuar la responsabilidad de ambos acusados en atención a su estado psíquico, pues ha quedado suficientemente demostrada su incapacidad para discriminar el verdadero significado y alcance de hechos que requieren una mayor elaboración y que se presentan como de mayor complejidad, de tal modo que, pudiendo valorar adecuadamente aquellas

conductas que revisten rasgos gruesos, en los que la bondad o maldad se conoce fácilmente por cualquier zersona que no sea un enajenado total o falto de los elementos básicos para efectuar cualquier juicio por sencillo que éste sea, no pueden discernir aquellos otros para los que se exige una mayor profundidad en el juicio y una más aumentada capacidad de valoración de lo bueno y lo malo; y, habiéndose evidenciado que los enjuiciados no tienen plena capacidad para proyectar de un modo coherente y realizable para el futuro, sino que se suelen mover en virtud de impulsos momentáneos y siempre improvisados al no dar tiempo suficiente para que entren en juego las defensas e inhibiciones que son propias de su personalidad, debe aceptarse la circunstancia atenuante de imputabilidad disminuida o enajenación mental incompleta para hechos como el que ahora se examina, afirmándose y afianzándose esta conclusión a partir de una mera revisión de las actividades realizadas por los procesados hasta el tiempo de ser detenidos.

CONSIDERANDO: Que para que una falsificación pueda revestir carácter delictivo se hace preciso, al lado de otros requisitos objetivos y subjetivos, que el objeto falsificado sea susceptible de provocar un error o confusión en aquella persona a la que se dirige o que, por cualquier circunstancia, tiene contacto con él, de tal suerte que, aún dadas las restantes condiciones que configuran esta actividad delictiva, no es posible estimar la existencia de un delito de falsificación en aquellos casos en los que el objeto sobre el que recae la falsificación está confeccionado de manera tal que difícilmente pueda producir el resultado que infundadamente esperaba su autor, bien en virtud de su contenido intelectual bien por razón de su confección material. Así debe reputarse el presente caso en tanto que, dándose cuantas condiciones son precisas para estimar el ilícito de falsificación de documento privado, no obstante no puede admitirse que en puridad se trate de una verdadera falsificación, ya que tanto de la simple lectura de los escritos, alusivos a la dejación temporal de un vehículo cuya identidad no consta especificada en virtud de razones pueriles e increíbles (no poder embarcar un coche y no poderlo aparcar), cuanto del modo en que está hecho, haciendo constar la presencia de hasta cuatro testigos que no firman y cuya identidad también se ignora, se desprende que los documentos subjetivamente falsificados no son aptos para engendrar en terceras personas la creencia racional de que es cierto lo que en ellos se dice, por lo que falta el más importante requisito de toda falsificación, esto es, la aptitud para sustituir al objeto verdadero y para poder cumplir la finalidad de éste.

CONSIDERANDO: Que debe estimarse que J.P.M. es responsable, sólo él, de los delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor, hurto y conducción ilegal de que viene acusado, pues conforme a los artículos 516 bis, 514 y 340 bis c) del Código Penal, se dan cuantos requisitos son precisos para su punición. No cabe estimar la responsabilidad de A.R., en concepto de inductor, por el delito de utilización ilegítima del vehículo sustraído en tanto que en modo alguno ha quedado justificada su intervención directa o indirecta en tales hechos, tratándose más bien de un comportamiento tan sólo achacable a su ejecutor, aunque de ellos pudiera haber obtenido algún beneficio ulterior quien consta que tan sólo intervino en la ideación de los hechos antes examinados.

CONSIDERANDO: Que J.P.M.N. es responsable en concepto de autor de todos los delitos, mientras que A.R.P. es asimismo responsable en concepto de autor de los tres primeros hechos.

CONSIDERANDO: Que en A.R.P. concurre la circunstancia agravante de reincidencia simple del artículo 10, número 15, y la agravante de reiteración del número 14 del mismo artículo en relación con los hechos de que es responsable, si bien, en relación con el hecho primero, tan sólo concurre la agravante de reiteración. En cuanto a J.P.M.N., concurre la agravante de reiteración en relación con los hechos descritos en el apartado A) y F), y la de multirreincidencia en relación con los apartados B), D) y E).

CONSIDERANDO: Que, en relación con el delito de estragos ante aludido, procede hacer uso de la facultad discrecional establecida en el mismo artículo 554 del Código Penal, que autoriza al Tribunal, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el culpable, en el hecho y en la gravedad de éste, a rebajar la pena en uno o dos grados.

CONSIDERANDO: Que toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente, debiendo también pagar las costas procesales.

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

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a J.P.M.N. como autor responsable de un delito de desacato, con la agravante de reiteración, a la pena de **SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR Y MULTA DE CUARENTA MIL PESETAS**; como autor responsable de un delito de estragos mediante explosivos, en grado de conspiración, con la concurrencia de la agravante de multirreincidencia, a la pena de **SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR**; como autor de un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, con la agravante de multirreincidencia, a la pena de **SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR** y prohibición de obtener el permiso de conducir durante el mismo tiempo; como autor de un delito de hurto, con la agravante de multirreincidencia, a la pena de **CUATRO MESES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR**; y como autor de un delito de conducción ilegal, con la agravante de reiteración, a la pena de **VEINTE MIL PESETAS DE MULTA**; a A.R.P. como autor de un delito de desacato, con la agravante de reiteración, a la pena de **SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR Y MULTA DE CUARENTA MIL PESETAS**; y como autor de un delito de estragos mediante explosivos, en grado de conspiración, con las agravantes de reincidencia simple y reiteración, a la pena de **SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR**. Todas las penas privativas de libertad llevan, como accesorias, las de suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión y oficio, durante el tiempo de duración. En caso de impago de las multas sufrirán arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción impagada. Se absuelve a ambos procesados del delito de falsificación en documento privado de que venían acusados por el Ministerio Fiscal. Ambos procesados pagarán proporcionalmente las costas causadas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. J.P.M.N. indemnizará a J.A.B. en la suma de cien pesetas. Hágase entrega definitiva a éste del vehículo recuperado. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos procesados con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

(Ponente: Carlos Climent Durán)

445

445. HURTO. Cosa perdida. Circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 25 de Octubre de 1982. (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que los procesados R.G.M., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencias, entre otras de 26 de septiembre de 1975, por tres delitos de robo, de 30 de marzo de 1974, por delito de hurto, de 18 de marzo de 1976 por delito de robo y de 3 de mayo de 1989, por utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno y tenencia ilícita de armas, a las penas de 5 meses de arresto ma-

yor y 4 meses y un día de arresto mayor, habiéndole apreciado en esta misma sentencia la agravante de multirreincidencia en delitos contra la propiedad, y E.D. D., mayor de edad, ejecutoriamente condenado, entre otras por sentencia de 16 de septiembre de 1972 por un delito de allanamiento de morada, a la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor y por delito de hurto; de 8 de mayo de 1967 por hurto; de 20 de enero de 1968 por robo; de 15 de enero de 1970 por robo; de 6 de mayo de 1968 por tres delitos de robo; de 21 de junio de 1971 por dos delitos de robo y de 22 de abril de 1972 por un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, en la que se apreció la agravante de multirreincidencia por delitos contra la propiedad, puestos de común acuerdo el día 14 de abril de 1982, en la calle Siquier de esta ciudad encontraron un saco que contenía diversos productos alimenticios pertenecientes a la entidad Economato de M. S. A., productos valorados en 59.500 ptas. y con intención de obtener un lucro ilícito, se apoderaron de los mismos, siendo sorprendidos por la policía que recuperó dichos efectos que han sido devueltos provisionalmente a la entidad propietaria de los mismos.

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 arts. 500, 504-2º y 505-3º del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados R.G.M. y E.D.D. con la concurrencia de la agravante nº 15 del artº 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquellos las penas de 10 años y 1 día de presidio mayor, accesorias del artº 47 e indemnización en las cantidades que indica el perjudicado Economato de M., S.A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de los procesados en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para sus patrocinados y alternativamente se les condenara como autores de un delito de hurto, a la pena de 6 meses y 1 día de presidio menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de hurto en cuantía de 59.500 ptas. previsto y penado en los arts. 514-2º y 515-3º del Código Penal, pues el Tribunal Supremo ha declarado que son cosas perdidas o extraviadas aquellas de cuya posesión queda accidentalmente privado su dueño o poseedor, por descuido, negligencia, o cualquier otro acto que las ponga fuera de su alcance y que aun sin constar ni aparecer expresamente indicado en los hechos probados que los bienes estuvieren desechados o abandonados voluntariamente por la persona o entidad a quienes pertenecían, no puede sostenerse que se trata de "res nullius", cuya propiedad se adquiere por el primer ocupante de ello al carecer de dueño, siendo así que el supuesto enjuiciado del hallazgo en la vía pública de un saco conteniendo diversos productos alimenticios en perfecto estado de conservación entre los que se encuentran alimentos en estado de congelación de un relativamente alto valor económico, no puede inducirse que su propietario no hubiese voluntariamente abandonado, por lo que es procedente la aplicación de la hipótesis prevista en el nº 2 del artº 514 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados R.G.M. y E.D.D., por haber tomado parte directa e inmediata en la ejecución de los hechos antes relatados.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de multirreincidencia del nº 15 del art.º 10 del Código Penal en ambos procesados, cuya actuación multirreincidente ya ha sido apreciada, incluso en varias ocasiones anteriores y en cuya virtud y por aplicación de la regla 6ª del art.º 61 la pena a aplicar será la superior en un grado, es decir la de presidio menor.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados R.G.M y E.D.D. en concepto de autores responsables de un delito ya definido de hurto en cuantía de ptas. 59.500 ptas. con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de multirreincidencia a la pena a cada uno de ellos de DOS AÑOS DE PRESIDIO MENOR, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio 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. Procedase por el Instructor a la conclusión de la pieza de responsabilidad civil con arreglo a derecho.

(Ponente: Ignacio Pérez Alferéz)

450

450. HURTO. RESISTENCIA A AGENTES DE LA AUTORIDAD. Resistencia al ser detenido. Circunstancia agravante de multirreincidencia y reiteración. **FALTA DE LESIONES.** *Sentencia de 29 de Octubre de 1982. (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que sobre las 2,30 horas del día 15 de mayo de 1981, el procesado A. N. T., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencias de 30 de enero de 1964 por delito de falta de hurto; de 2 de mayo de 1967 por una falta de hurto; en sentencia de 5 de diciembre de 1969 por delito de robo en grado de tentativa; de 25 de enero de 1971 por delito de robo; de 4 de marzo de 1971 por delito de hurto y de 18 de enero de 1975 por dos delitos de robo en cuya sentencia se le apreció la agravante de reincidencia, después de haber asistido a una fiesta en la que eventualmente ingirió abundante cantidad de bebidas alcohólicas que mermaron sus capacidades cognitivas y volitiva, se hallaba en unión de otra persona que no ha sido identificada, en la Playa de Palma y utilizaron los servicios de un taxi, con número de licencia 919, que era conducido por su propietario J. T. G., a quien, aprovechando la atención que este ponía en la conducción del vehículo, sustrajeron, con intención de lucro, un billete de 1.000 ptas.; advertida la sustracción por J. T. G., este les requirió la devolución del dinero, a lo que el procesado respondió golpeándole en la cara con un zapato, a consecuencia de lo cual J. T. resultó con lesiones que curaron sin defecto ni deformidad en 4 días durante los que no estuvo impedido ni necesitó asistencia facultativa. Requerida por el conductor del taxi la presencia de la policía, el procesado fué detenido y conducido por dicha fuerza en un coche policial a la correspondiente comisaría, en cuyo trayecto el procesado se opuso a su detención hasta el punto de arrojar del coche en marcha, siendo nuevamente detenido y de nuevo intentó evadir dicha detención agarrándose al volante del coche o arrojándose contra los miembros de la policía, conducta que mantuvo incluso cuando finalmente llegó a la comisaría. J. T. G. ha renunciado a las acciones que pudieran corresponderle.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de hurto de los artos. 514-1º y 515-4º, un delito de resistencia a agentes de la autoridad del artº 237 del Código Penal, una falta de lesiones del artº 583-1º del Código Penal, de cuyas infracciones consideró

autor al procesado A.N.T., con la concurrencia respecto del delito de hurto, de la agravante de multirreincidencia del n° 15 del art° 10 del Código Penal y la concurrencia de la agravante de reiteración del n° 14 del art° 10 del Código Penal, respecto del delito de resistencia a agentes de la autoridad, por lo que solicitó contra aquel la pena de 6 meses y 1 día de presidio menor por el delito de hurto; 4 meses y 1 día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas. con 30 días de arresto sustitutorio en caso de impago por el delito de resistencia y 8 días de arresto menor y reprensión privada por la falta, accesorias del art° 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite modificó sus conclusiones provisionales en el sentido de escrito que presentó y en el que se manifestaba que era cierta la relación de hechos presentada por el Ministerio Fiscal, si bien en el momento de cometer los mismos el procesado se hallaba hasta tal extremo intoxicado por la ingestión de bebidas alcohólicas que obnubilaron, anulándolas su conciencia y voluntad de forma transitoria. Que por lo tanto el procesado es autor pero no responsable, pues concurre la eximente de trastorno mental transitorio contenida en el art° 8-1° del Código Penal, procediendo absolverle aunque debe indemnizar al perjudicado en la cuantía que dice el Ministerio Fiscal en su correlativo escrito.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son constitutivos de 1°) Un delito de hurto en cuantía inferior a 15.000 previsto y penado en los artículos 514 y 515-4° del Código Penal pues si bien la cantidad sustraída fué de 1.000 ptas. el procesado ha sido condenado por dos faltas de hurto, en sentencias de 30 de enero de 1969 y 2 de mayo de 1967; 2°) Un delito de resistencia a agente de la autoridad previsto y penado en el art° 237, pues el procesado, si bien su conducta no alcanzó la intensidad y gravedad prevista en el art° 231 del Código Penal sin embargo y de forma reiterada y violenta opuso su indudable resistencia a ser detenido y conducido por los agentes de Policía que intervinieron a consecuencia de la comisión del delito relatado en primer lugar, y 3°) una falta de lesiones prevista y penada en el art° 583-1° del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A.N.T. por haber tomado parte directa e inmediata en la ejecución de los hechos que se le imputan.

CONSIDERANDO: Que son de apreciar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de multirreincidencia prevista en el n° 15 del art° 10 del Código Penal, respecto del delito de hurto, agravante de reiteración prevista en el n° 14 del art° 10, respecto del delito de resistencia a agentes de la autoridad y atenuante de embriaguez no habitual ni buscada con el propósito de delinquir prevista en el n° 2 del art° 9 del Código Penal, circunstancias que compensadas racionalmente según los límites establecidos en el art° 61-3° y 6° determinan la imposición de las penas que se impondrán en la parte dispositiva de esta sentencia.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A.N.T., como autor responsable de: 1°) un delito de hurto en cuantía de 1.000 ptas. con la concurrencia de la agravante de multirreincidencia y la atenuante de embriaguez a la pena de CINCO MESES DE ARRESTO MAYOR. 2°) un delito de resistencia a agentes de la autoridad con la concurrencia de la agravante de reiteración y la atenuante de embriaguez a la pena de CUATRO MESES DE ARRESTO MAYOR y multa de VEINTE MIL PESETAS con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago y 3°) una falta de lesiones, a pena de CUATRO DIAS DE ARRESTO MENOR y reprensión privada, a las correspondientes accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio du-

rante 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: Ignacio Pérez Alferez)

464

464. LESIONES GRAVES. Deformidad. Pérdida de incisivos. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1982.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que el procesado J.L.P.G., en la madrugada del 26 de febrero de 1982, después de sostener una fuerte discusión con A.R.V. en el Hall del Hotel Z., salieron a la calle, donde empezó a golpearla principalmente en el rostro, causándole heridas consistentes en fractura y pérdida de sustancia en los dos incisivos centrales superiores, lesiones de las que tardó en curar 27 días habiendo necesitado asistencia facultativa durante tres días y estado impedido para sus habituales ocupaciones durante 27 días. A consecuencia de las lesiones sufre deformidad.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de lesiones graves del artículo 420-3 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J.L.P.G. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de 1 año de prisión menor accesorias del artº correspondiente e indemnización de 104.000 pesetas a la perjudicada A.R.V. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la pena de arresto mayor en su grado mínimo por estimar que los hechos cometidos por su patrocinado eran constitutivos de un delito de lesiones menos graves del artículo 422 del Código Penal y que concurre la atenuante 9ª del artículo 9 del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de lesiones graves del artículo 420 del Código Penal, ya que no discutida la voluntariedad de la acción y su resultado en cuanto se refiera a la duración de las lesiones causadas, el único tema jurídico que plantea la tesis de la acusación y la defensa es el de la deformidad sufrida por la víctima y conforme queda recogido en la transcripción del parte inicial que hubo fractura y pérdida de sustancia en los incisivos, es claro, que procede acoger la petición del Ministerio Fiscal, ya que en tal supuesto es constante la jurisprudencia que declara el antedicho carácter de graves de las lesiones.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor J.L.P.G.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el presente caso, ya que la alegada por la defensa de arrepentimiento

espontáneo no es aplicable, por cuanto no consta la motivación del sujeto del delito al acompañar a su víctima hasta un coche para que recibiera asistencia, conducta equívoca que no integra ni cumple los requisitos de la indicada atenuante.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J.L.P.G. en concepto de autor responsable de un delito de lesiones graves sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de UN AÑO de prisión menor 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 a la ofendida A.R.V. la suma de ciento cuatro 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. Reclámesese la pieza de responsabilidad civil del Instructor.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

493

493. ACUSACION Y DENUNCIA FALSA. Falsa imputación en la conducta del arrendador por parte del inquilino. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1982.* (2ª)

RESULTANDO: Probadamente y así se declara expresamente que el procesado J.J.H.R., mayor, ejecutoriamente condenado el 28-2-69 por un delito de hurto a la pena de 5.000,- ptas. de multa, y en libertad bajo fianza de 25.000,- Ptas. de la que estuvo privado, después de haber sido declarado dos veces en rebeldía, del 27 al 29-1-1979 y del 1 al 5-7-1980, el día 27-2-1978 compareció ante la Comisaría de Policía manifestando que tenía en alquiler el Restaurante "5 E.", sito en la C/ H.M., 108, de ésta y que en aquella mañana el propietario arrendador, M.T., había entrado en el Restaurante y le había obligado a salir, denuncia que motivó las Diligencias Previas por presunto delito de coacciones en el Juzgado de Instrucción nº Dos de esta ciudad y durante su tramitación se comprobó que el veinticinco de febrero el Juzgado de Distrito nº Uno había dictado sentencia de desahucio por falta de pago contra el procesado y que al día siguiente —26 de febrero— el procesado había recibido de M.T. 25.000,- ptas. contra la entrega inmediata de las llaves del local a fin de no agotar el plazo legal de 15 días para el desalojo y que el procesado había hecho la denuncia motivadora de las actuaciones judiciales con el fin de conminar a M.T. a la entrega de un inventario firmado.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de denuncia falsa —art. 325— del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J.J.H.R. sin la concurren-

cia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de presidio menor y 20.000,- ptas. de multa con arresto sustitutorio de 20 días, accesorias del artº 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de su defendido por estimar no había cometido delito alguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de denuncia falsa, previsto y castigado en el art. 325-2º del Código Penal al darse en la conducta del procesado los requisitos constitutivos de este tipo —sentencia 1-2-1975—, como son la imputación falsa dirigida a su arrendador del hecho de conminarle a salir del local arrendado que, aquí, dadas las circunstancias concurrentes, hay que estimar que a lo sumo podría integrar una falta no un delito, al faltar la gravedad de la superior infracción referida —arts. 496 y 585-5º del Código Penal— (Sentencias 8-5-1947 y 14-11-1952), la iniciación del procedimiento de oficio por el Juzgado Instructor, obligado a la investigación sumarial y la imputación que además de ser falsa fué maliciosa al saber que acusaba a un inocente, con intención de hacerlo, a lo que ha de unirse la intención de perjudicar que aquí se trasluce de los perjuicios y molestias que toda acusación injusta genera para el acusado, aunque no represente, al inicio, perjuicios económicos, hecho que dicho texto sanciona con la pena de arresto mayor y multa de 20.000,- a 100.000,- ptas.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto el procesado J.J.H.R. por su participación voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de responsabilidad criminal por lo que en aplicación del art. 61-4º este Tribunal aplicará la penalidad correspondiente en el grado que se dirá.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J.J.H.R. en concepto de autor responsable de un delito de denuncia falsa sin la concurrencia de circunstancia modificativa alguna de responsabilidad criminal a la pena de UN MES y UN DIA DE ARRESTO MAYOR y a UNA PENA DE MULTA DE 20.000,- ptas. con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas impagadas, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio, y derecho de sufragio durante el tiempo de condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese la pieza de responsabilidad civil terminada con arreglo a Derecho.

(Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

510

510. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.

Apoderamiento violento de cosas pertenecientes a su deudor, para hacerse pago. **FALTA DE LESIONES.** *Sentencia de 2 de Diciembre de 1982.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que J.M.N., mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario del apartamento que, en Ibiza, ocupaba A.L.F.A., el 29 de septiembre de 1981 acudió a dicho domicilio solicitando a aquélla que le abonara sesenta mil pesetas que le adeudaba del alquiler, contestándole A.L. que, en aquél momento, no disponía de efectivo suficiente; el procesado entonces la abofeteó y golpeó en cara y espalda produciéndole traumatismos que curaron a los cinco días y apoderándose, con ánimo de hacerse pago, de joyas de la ofendida valoradas en noventa mil pesetas más quince mil pesetas y ciento diez dólares que, al cambio, equivalen a diez mil trescientas pesetas, recuperándose sólo las joyas al ser detenido el acusado.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 337 y una falta de lesiones del 583.1º del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado J.M.N., la concurrencia de la agravante de morada, 16º del art. 10, por lo que solicitó contra aquél las penas de 150.000 ptas. por el delito, con arresto sustitutorio de 150 días en caso de impago, y 5 días de arresto menor y reprensión privada por la falta; indemnización de 20.000 ptas. más el valor de cambio de los dólares a la ofendida A.L.F.A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, solicitó su libre absolución al considerar que los hechos no eran constitutivos de delito.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente un delito de realización arbitraria del propio derecho, previsto y sancionado en el art. 337 del código penal y concurrente en la actividad del procesado —según se desprende claramente de las pruebas practicadas— consistente en el apoderamiento violento y traumático de bienes pertenecientes a su deudor, contra y a pesar de la voluntad de éste firmemente mostrada, para hacerse pago de una deuda preexistente; configurándose, asimismo, una falta de lesiones del art. 583 ordinal 1º, en cuanto que, resultado de aquella actividad y por mor de la agresión física, salió con heridas la ofendida que precisaron asistencia facultativa durante cinco días.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado J.M.N. por haber realizado material y voluntariamente los hechos que integran el delito y la falta.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal, al ser rechazable la agravante de morada solicitada por el ministerio Fiscal teniendo en cuenta que el procesado se dirigió al local de su propiedad con ánimo de cobrar una deuda, surgiendo entonces en el mismo —circunstancia no buscada pues de propósito ni aprovechada por el sujeto— la discusión, pelea y apropiación de lo ajeno.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos J.3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código penal: los 14 regla 3.ª —I 42-239—240-272-741-742— de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado J.M.N. en concepto de autor responsable de un delito de realización arbitraria del propio derecho, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **NOVENTA MIL PESETAS** de multa, con arresto sustitutorio de un día por cada mil que deje de satisfacer y, como autor de un falta de lesiones a las penas de **CINCO DIAS** de arresto menor y reprobación privada; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida A.L.F.A., la suma de treinta mil trescientas cuarenta 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. No se aprueba el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado devolviéndose la pieza para que se concluya con arreglo a derecho, embargándose los bienes de propiedad del condenado.

(Ponente: Juan Pascual Salvá)

547

547. ROBO CON VIOLACION. En casa habitada y con empleo de armas. **VIOLACION. LESIONES.** Con alevosía. Concurrencia de las agravantes de abuso de superioridad, reiteración, reincidencia, ejecución en morada de la víctima. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1982.*

RESULTANDO: Probadado y así expresamente lo declaramos que entre las diecinueve y las veinte horas del día diez de julio de mil novecientos ochenta los procesados G.S.F., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado en sentencia de siete de septiembre de mil novecientos setenta y siete por tres delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, por robo en la de trece de julio de mil novecientos setenta y nueve —en la que se le apreció la agravante de reincidencia— y por lesiones en la de once de octubre de mil novecientos ochenta, C.G.M., asimismo mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, y J.P.L.M., también mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por escándalo público en sentencias de seis de octubre de mil novecientos setenta y nueve y seis de febrero de mil novecientos ochenta, que previamente conocían a través de un compañero de trabajo que Doña A.A.S. solía tener en su domicilio cantidades estimables de dinero y que no acostumbraba a estar en el mismo, sito en el piso primero A del número veinticuatro de la calle C.C. de esta ciudad, debido a hallarse trabajando en un negocio conyugal, decidieron dirigirse al mismo para, creyendo que aquélla no se encontraba en su domicilio, hacerse suyo, con la finalidad de así obtener un beneficio económico el dinero que dicha señora guardase en el mismo; y a tal efecto se desplazaron desde El Arenal, y al llegar al piso, tras haber obtenido mediante el portero automático que un vecino les franquease el acceso al inmueble, intentaron abrir la puerta de aquél con una horquilla, lo que motivó que la referida Doña A., al oír el ruido en la puerta y creyendo que se trataba de una empleada doméstica de la misma, abrió la puerta del piso, en cuyo momento los tres procesados, portando dos de ellos sendas navajas, la empujaron y accedieron al interior de

la vivienda, conminándola con ellas a que guardase silencio y conduciéndola hasta el lecho en que la obligaron a que se sentase y mientras la vigilaban procedieron al registro del piso, encontrando ciento cincuenta mil pesetas que aquella guardaba en uno de los muebles del dormitorio, que guardaron. Ello verificado los procesados realizaron los hechos siguientes: 1º) Amarraron las manos de dicha señora fuertemente en la espalda y la arrojaron sobre el lecho, y mientras los procesados L. y G.M. la sujetaban, S., tras rasgarle la ropa, consiguió tener acceso carnal con ella.- 2º) Seguidamente, en tanto los que procedían a su sujeción eran los procesados S. y G.M., el procesado L. realizó asimismo el coito con dicha señora; y en ambas ocasiones los procesados S. y L. al llegar al momento de la eyaculación, en lugar de verificarla en el interior de la vagina derramaron el líquido seminal sobre el tórax de aquella, al tiempo que la insultaban y amenazaban. 3º) Seguidamente, mientras Doña A. continuaba atada sobre la cama le introdujeron en la vagina un palo utilizable en artes de lucha oriental y con las navajas le inflingieron varios cortes en pechos y brazos, causándole heridas que curaron, sin defecto ni deformidad en un plazo de cuatrocientos días, durante los que estuvo incapacitada para el trabajo y precisó asistencia médica. Por último, los procesados, en busca de más dinero u objetos valiosos, rompieron dos cajas portátiles, causando con ello desperfectos que se han valorado en la suma de dos mil ochocientas pesetas.

RESULTANDO: Que en conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal, calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con violación previsto y penado en los artículos 500, 501-2º (en relación con el 429-1º) y 506-1º y 2º del Código Penal, un delito de violación del artículo 429-1º del mismo cuerpo legal y un delito de lesiones graves del artículo 420-3º, con la específica agravación del párrafo último de dicho artículo; y designando autores de dichos delitos, con las agravantes genéricas 5º y 8º del artículo 10 para los tres procesados y la del número 14 en L. y la del 15 en S., para el primer delito, de las mismas, así como la del número 16, en los tres procesados y en el tercero, las agravantes 1ª y 16ª en los tres procesados, en S. la 14ª y 15ª y en L. la 14ª, solicitó se le impusieran las penas siguientes: por el delito de robo con violación, una pena de cuarenta años de reclusión mayor a cada uno de los tres procesados; por el de violación, una pena de veinte años de reclusión menor a los procesados S. y L. y una de dieciocho años de reclusión menor al procesado G.M.; y por el de lesiones, una pena de doce años de prisión menor al procesado S. y al procesado L. y una pena de diez años y un día de igual penal al procesado G.M.; solicitando accesorias, costas, indemnizaciones a doña A.A. de un millón de pesetas por las lesiones y de ciento cincuenta y dos mil ochocientas pesetas por la sustracción y daños, así como la adopción de la medida de seguridad prevista en el artículo 67 del Código Penal.

RESULTANDO: Que en las conclusiones elevadas a definitivas la acusación particular estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de robo con violación y de un delito de lesiones graves, con las agravantes en el primero de 5º, 6º y 8º del artículo 10 del Código Penal y las de reiteración en L. y de reincidencia en S., y en el segundo delito, con las agravantes de superioridad en los tres procesados, la de reiteración en L. y la de reincidencia en S., solicitó la imposición de la pena de cuarenta años de reclusión mayor por el primer delito para los tres procesados y por el de lesiones, la de cuatro años, dos meses y una de prisión menor para el procesado G. y la de seis años de igual pena para los otros dos procesados; solicitando indemnizaciones de igual cuantía que la solicitada por el Ministerio Fiscal, por la sustracción y daños y en cuanto a las lesiones la fijó en la suma de ochocientas mil pesetas.

RESULTANDO: Que en calificación asimismo elevada a definitiva, la defensa del procesado S.F., negó toda intervención del mismo en los hechos a él imputados y solicitó su libre absolución.

RESULTANDO: Que en igual trámite la defensa del procesado G.M. formuló idéntica conclusión y postuló la libre absolución del mismo.

RESULTANDO: Que idéntica calificación formuló el procesado L.M.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados en el primer resultado de esta sentencia son, correlativamente constitutivos: 1º) y Principio: De un delito complejo de robo con acompañamiento de violación, definido en los artículos 500, 501-2º, en relación con el ordinal 1º del artículo 429 y 506, párrafos 1º y 2º del Código Penal; por cuanto al propósito inicial de apoderamiento con fuerza se sobreañade la realización cronológicamente posterior pero inmediata y sin solución de continuidad derivada del ataque a la libertad sexual constituido por la primera violación, con lo que se cumple el presupuesto requerido por una constante doctrina jurisprudencial, de la que son exponente las recientes S.S. del T.S. de 18 y 21 de abril de 1980, 27 de febrero de 1981 y 30 de enero de 1982, en orden a que sea preciso un propósito o ánimo inicial de robo, aunque se produzca posteriormente la idea de yacer carnalmente, siempre que el yacimiento se produzca en acto continuado y unitario; y sin que sea de objetar a esta calificación acusatoria, que se acepta, el dato acreditado que se contiene en el relato fáctico en orden a que la efusión seminal tuvo lugar extravaginalmente, ya que es reiterada también la jurisprudencia del T.S., que expresa que ello no obste a la consumación de la violación (SS., entre otras de 12 de abril y 13 de mayo de 1971 y 11 de marzo de 1980); lo que determina, al realizarse el hecho en casa habitada como era la morada de la ofendida por el delito y portando armas, la aplicación a efectos de penalidad del párrafo segundo del número 2º del artículo 506 del Código Penal, productor del tipo especialmente cualificado o agravado o subtipo a que el mismo se refiere, al ser tal agravación específica no privativa del robo con fuerza en las cosas, sino común a ambas modalidades de robo, como también enseña la doctrina legal (S. por todas de 22 de octubre de 1979).- 2º) De un delito de violación, ya que si bien ha sido polémico doctrinalmente, como se hace eco la S. del T.S. de 18 de abril de 1980, el tema de concurso real en supuestos como el presente, lo cierto es que una reiterada masa de decisiones jurisprudenciales (P. eje. SS. de 22 de enero de 1979, 21 de abril de 1980 y 27 de octubre de 1981) ha venido proclamando la imposibilidad de reconducir estos supuestos a la figura del delito continuado y la delimitación de que la autoría es en tales supuestos o casos directa en el autor de la inmisión del pene y por cooperación necesaria del ordinal 3º del artículo 14 del Código Penal en los que sujetan a la víctima y posteriormente invierten los papeles en la dinámica comisiva del delito.- 3º) De un delito de lesiones graves previsto y penado en el ordinal 3º del artículo 420 del Código Penal, con la específica agravación prevista en el párrafo último de dicho artículo en relación con la circunstancia 1ª del artículo 406 del mismo cuerpo legal, al fluir necesariamente del relato fáctico la concurrencia de la alevosía como configuradora de este subtipo, por cuanto no sólo la intervención de los tres procesados en la comisión, sino también el haber atado a la víctima, imposibilitaban y anulaban toda posibilidad defensiva de la misma y determinan la aplicación de esta agravación específica sin el menor asomo de duda debiéndose indicar que según la doctrina legal ya citada la concurrencia de varios supuestos del artículo 501 se integra como concurso real del artículo 70 del Código tantas veces citado.

CONSIDERANDO: Que de los referidos delitos son, también correlativamente, responsables en concepto de autor los tres procesados en la forma siguiente: 1º y Principio: Como autores directos del número 1º del artículo 14 del Código Penal, los tres procesados, al tratarse de un delito complejo o compuesto en el que el concierto previo para la comisión del robo engloba el "acompañamiento" del ataque a la libertad sexual sobrevenido, siendo por lo demás, con respecto al subtipo, comunicable en virtud de la norma contenida en el artículo 60 del Código Penal la circunstancia de portar armas a todos los coparticipes aunque algunos no las llevasen, como también pone de relieve una reiterada doctrina legal (S. por todas, de 10 de marzo de 1980).- 2º Como autor directo del mismo ordinal 1º el procesado L. y como coautores del número 3º del referido artículo 14 los otros dos procesados, no solo porque como se recoge en la narración fáctica sujetaron a la víctima para facilitar al primero la realización del coito —lo que es un acto claro de cooperación necesaria—, sino porque tal figura de autoría se produce en supuestos como el presente simplemente por la mera presencia complaciente de los coparticipes a la realización del acto sexual como también pone de manifiesto la más reciente doctrina del T.S. (SS., entre varias de 27 de febrero y 21 de abril de 1981).- 3º Como autores directos del número 1º del artículo 14 del Código Penal, los tres procesados.

CONSIDERANDO: Que asimismo, en forma correlativa, concurren en los procesa-

dos las siguientes circunstancias agravantes genéricas de las previstas en el artículo 10 del Código Penal: 1º) En los tres procesados, la del número 18, abuso de superioridad o empleo de medio que debilite la defensa, al concurrir los requisitos exigidos por una reiterada jurisprudencia (S.S., entre varias de 16 de junio de 1978, 19 de mayo y 8 de junio de 1981 y 25 de enero de 1982) para su existencia: notoria desproporción entre el ataque ofensivo y la defensa del ofendido, consciencia de ello por parte de los autores que lo buscan o aprovechan y que ello sea determinante de una bajeza en el obrar causante de una mayor repulsa por parte de la comunidad social, sin que sea de apreciar, en cambio, la agravante del número 5º postulada por el Ministerio Fiscal en tanto que los medios comisivos integran un delito propio —el de lesiones por lo que no pueden servir de base para la apreciación de la referida circunstancia agravatoria; y además la agravante de reiteración del artículo 10-14ª en el procesado, L., y la de reincidencia del número 15ª, en el procesado S. 2º) Las meras circunstancias comunes y específicas y además, también como común a los tres procesados, la agravante del número 16ª del referido artículo —morada del defendido—, aplicable específicamente a los delitos de violación, según también señala la jurisprudencia (S. de 28 de septiembre de 1981).- 3º) Común a los tres procesados la referida agravante 16ª, aunque no la 1ª postulada por el Ministerio Fiscal (alevosía), pues al operar como circunstancias de agravación específica según se señaló no puede actuar como genérica en virtud de la norma contenida en el artículo 59 del Código Penal además, en G.S. las agravantes de reiteración y reincidencia (número 14ª y 15ª) y en L. la de reiteración del expresado número 14ª.

CONSIDERANDO: Que en consecuencia procede la aplicación de las penas siguientes: a) Por el delito complejo de robo con violación en casa habitada y portando armas, la pena de reclusión mayor con la cláusula de que su duración sea la de cuarenta años, por aplicación de la regla establecida en el párrafo 1º del artículo 75 del Código Penal.- b) Por el delito de violación, a los procesados S. y L., la pena de veinte años de reclusión menor y al procesado G.M., la de diecisiete años, cuatro meses y un día por aplicación de las reglas 2ª y 7ª del artículo 61 del Código Penal, al tener el mismo menos circunstancias de agravación que los otros procesados.- c) Por las mismas razones, por el delito de lesiones, a los procesados S. y L., una pena cada uno de ellos de doce años de prisión mayor y al procesado G.M., la de diez años y un día de igual pena.

CONSIDERANDO: Que la responsabilidad civil (artículo 1.092 del Código Civil y artículo 19, 101, 102 y 104 del Código Penal, y la obligación de abonar las costas son consecuencia legal y necesaria de la infracción criminal jurisdiccionalmente declarada.

VISTOS, además de los citados los artículos 1, 3, 6, 8, 9, 12, 23, 27 y su tabla, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 47, 69, 70, 72, y 78 y su tabla demostrativa, del Código penal y 14, 142, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados G.S.F., C.G.M. y P.L.M.: Primero.- Como autores directos de un delito consumado de robo con acompañamiento de violación en casa habitada y portando armas, con la concurrencia en los tres procesados de la agravante de abuso de superioridad y en L. de la de reiteración y en S. de la de reincidencia, a una pena de cada uno de ellos de CUARENTA AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante dicho tiempo.- Segundo.- Como autor directo L. y como coautores por cooperación necesaria, con las mismas agravantes comunes y específicas que en el anterior delito y además con la agravante de ejecución en morada de la víctima como también común a los tres, de un delito consumado de violación, a las penas de: una de VEINTE AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR a cada uno de los procesados L. y S. y una de DIECISIETE AÑOS, CUATRO MESES Y UN DÍA DE RECLUSIÓN MENOR al procesado C.M., a todos con la misma accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de las condenas.- Tercero.- Como autores directos los tres procesados, con la concurrencia de la agravante de ejecución en morada de la víctima y las de reiteración y reincidencia en S. y la de reiteración en L., de un delito consumado de lesiones inferidas con alevosía por tiempo superior a noventa días, a una pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN MAYOR a cada uno de los procesados S. y L. y a una pena de DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN MAYOR al procesado

G.M., con la accesoria para todos de suspensión de cargo público, profesión oficio y derecho de sufragio durante los referidos tiempos. El cumplimiento de las penas impuestas no podrá exceder de treinta años transcurrido el cual se dejarán de extinguir las que procedan; siendo de abono para dicho cumplimiento el tiempo de privación preventiva por esta causa.

Asimismo debemos condenar y condenamos a los tres procesados 1º) A que solidariamente y en división interna por iguales partes indemnicen a la perjudicada doña A. A. S. en las sumas de ochocientas mil pesetas por las lesiones y de ciento cincuenta y dos mil ochocientas pesetas por el dinero sustraído y daños causados. 2º) a que por ministerio de la Ley e iguales partes abonen las costas causadas en el proceso.

Acordamos el comiso de los instrumentos del delito a los que se dará el destino legal y aprobamos por sus propios fundamentos y con la cualidad ordinaria de sin perjuicio que contiene el auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Instrucción declaratorio de la insolvencia de los procesados, oportunamente elevado en consulta a esta Audiencia.

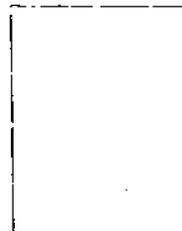
(Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 391, 404
 Abusos deshonestos, 388, 454, 515
 Acusación y denuncia falsa, 493
 Apropiación indebida, 375, 377, 383, 414, 426
- Cheque en descubierto, 396, 407, 478
- Desacato, 431
 Detención ilegal, 381
- Escándalo Público, 410
 Estafa, 384, 386, 449, 475, 533, 550
- Falsificación:
 En documento mercantil, 522, 528, 530
 En documento oficial, 516
 En documento privado, 401, 541
- Homicidio, 502
 Hurto, 398, 430, 437, 445, 448, 450, 476, 477, 489, 552
- Imprudencia:
 Simple con infracción de reglamentos, 398, 413.
 Temeraria, 481
- Lesiones graves, 451, 464
- Parricidio, 419
- Realización arbitraria del propio derecho, 510
 Receptación, 409, 421, 469, 449, 504, 545, 548
 Relativo a la prostitución, 494, 513
 Robo, 371, 376, 385, 387, 463, 467, 484, 519, 520
 Con fuerza en las cosas, 379, 392, 393, 394, 397, 400, 402, 403, 405, 406, 408, 411, 412, 415, 417, 420, 424, 425, 427, 428, 432, 436, 438, 439, 441, 442, 455, 458, 459, 462, 465, 468, 470, 472, 473, 479, 482, 487, 491, 496, 497, 498, 500, 501, 505, 506, 507, 523, 524, 525, 526, 527, 531, 534, 537, 539
 Con intimidación, 378, 435, 447, 452, 453, 461, 485, 508, 536, 549
 Con violación, 547
 Con violencia, 372, 395, 542
 Con violencia e intimidación,

- 444, 474, 517, 521, 543
- Salud pública, 373, 374, 382,
399, 416, 418, 422, 423, 433,
440, 456, 457, 466, 471, 480,
490, 492, 503, 509, 511, 514,
532, 538, 544, 546
- Tenencia
De explosivos, 488
Ilícita de armas, 443, 486
- Uso de documento de identidad
falso, 380
- Utilización ilegítima de vehículo
de motor ajeno, 390, 446, 483,
495, 518, 529, 540, 551
- Vejación injusta
Falta, 512
Violación, 429, 434

TARJETA POSTAL



CUADERNOS

FACULTAD DE DERECHO
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
PALMA DE MALLORCA

