

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Licencia de obras.** Impugnación por no adaptarse a la normativa vigente. Ejecutoriedad directa del Plan. *Sentencia de 8 de enero de 1983.*
2. **Intrusismo profesional.** Opticos. Silencio administrativo: principio pro actione. No es preciso utilizar literalmente la expresión “denuncia de la mora”. La competencia discutida en la litis corresponde a la Delegación Territorial del Ministerio de Sanidad y no al Colegio de Médicos, a quien le incumbe, en cambio, la misión de denuncia. Desviación procesal por faltar la identidad entre la petición formulada a la Administración y lo solicitado en vía jurisdiccional. *Sentencia de 18 de enero de 1983.*
3. **Plan parcial.** Desestimación tácita de la solicitud de aprobación inicial. Impugnabilidad de la denegación expresa o presunta de la aprobación inicial de un proyecto de plan. Acto reglado. El plan parcial contiene contradicciones insubsanables con el Plan General. Desestimación del Recurso. *Sentencia de 18 de enero de 1983.*
4. **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales:** hecho imponible: concesiones administrativas. Improcedencia de la exención solicitada por CAMPSA. Naturaleza del Monopolio de Petr6leos. Relaciones de la Compañía Arrendataria con el Estado. *Sentencia de 21 de enero de 1983*.*
5. **Funcionarios.** Universidades Laborales. **Liquidación de Haberes.** Pagas extraordinarias. Confusión de la Administración el interpretar

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada, con la colaboración de J. L. Segura Ginard, por los Profs. B. Colom Pastor y M^a L. Ramis 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.

la normativa vigente. *Sentencia de 21 de enero de 1983.*

6. **Funcionarios.** Profesorado numerario de Institutos. **Cálculo de trienios.** Posibilidad del actor de optar por los trienios que le correspondan en los distintos Cuerpos donde prestó servicios. *Sentencia de 24 de enero de 1983.*
7. **Estibadores portuarios:** No son trabajadores dependientes al Servicio de la Organización de Trabajos Portuarios. *Sentencia de 25 enero de 1983*.*
8. **Litispendencia.** Riesgo de sentencias contradictorias. Declaración de lesividad del actor de otorgamiento de licencia de obras. Determinación por parte de la Sala de la cuantía del recurso. *Sentencia de 26 de enero de 1983.*
9. **Regulación de empleo:** Tramitación del expediente y nuevas contrataciones. *Sentencia de 27 de enero de 1983.*
10. **Funcionarios.** Controladores de circulación aérea. **Retribuciones.** Complemento de dedicación exclusiva. Presunción de licitud de los actos administrativos. **Inactividad de las partes.** El Tribunal no puede reclamar de oficio documentos no aportados por la parte actora. *Sentencia de 31 de enero de 1983.*
11. **Estudio de detalle.** Ordenación volúmenes. No procede la indemnización por ser los actos recurridos conformes a la normativa urbanística. **Valor de la información urbanística.** *Sentencia de 4 de febrero de 1983.*
12. **Funcionarios. Concurso-oposición.** Policía municipal. **Impugnación de las bases.** La Administración convocante ha de supeditarse a sus propios reglamentos. La Sala aplica los criterios interpretativos del artículo tercero del Código Civil. *Sentencia de 12 de febrero de 1983.*
13. **Sanciones administrativas.** Desobediencia en acto de servicio de un agente de la policía municipal por entender que el superior se equivocaba. No hay indefensión en el procedimiento. **Principio de legalidad.** *Sentencia de 16 de febrero de 1983.*
14. **Contribución Territorial Urbana:** modificación del régimen de exenciones y bonificaciones por el R.D. 11/1979, de 20 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad. Derechos adquiridos. *Sentencia de 22 de febrero de 1983*.*

15. **Sanciones administrativas.** Colegios de Médicos. **Interpretación restrictiva de las normas sancionadoras.** El reglamento puede completar la ordenación legal en esta materia. La presunción de legalidad de los actos administrativos no supone desplazamiento de la carga de la prueba. *Sentencia de 23 de febrero de 1983.*
16. **Actos administrativos.** Nulidad, carácter excepcional. Acto ineficaz por anulable. **Inadmisibilidad.** Prioridad en el exámen de estas causas respecto a cualquier otra de nulidad. Acto reproducción de otro anterior definitivo y firme y confirmatorio de un acuerdo consentido. *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*
17. **Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos.** desestimación de la reclamación económico-administrativa: extemporaneidad: simultaneidad de la reclamación con el recurso potestativo de reposición. El error en la calificación del recurso no invalida su verdadera naturaleza. Discutible utilidad del recurso potestativo de reposición, fuera de los supuestos de rectificación de simples errores. *Sentencia de 4 de marzo de 1983.*
18. **Funcionarios.** Condiciones de trabajo en el Ayuntamiento de Palma. Plus de dedicación exclusiva o especial. No existe defecto en el modo de proponer la demanda; las diferencias son de terminología, no de petición. El disfrute de los complementos de sueldo no crea derechos adquiridos. *Sentencia de 8 de marzo de 1983*.*
19. **Tasas fiscales.** Liquidación practicada por Junta del Puerto. Improcedencia de la exención solicitada por CAMPSA. *Sentencia de 14 de marzo de 1983.*
20. **Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales:** compraventa. Traspaso de local de negocio. Base imponible. Plazos de presentación. Sanciones. Documentos privados. Reglas sobre prescripción. *Sentencia de 16 de marzo de 1983.*
21. **Plan Parcial.** Circunscrito a una finca sita en la playa d'es Trenc. **Aprobación inicial.** Los actos de aprobación inicial y provisional son actos trámite. El acto expreso o tácito de no aprobación inicial o provisional es recurrible. La denegación expresa o presunta de la aprobación inicial o provisional es de índole reglada. No existiendo contradicción con los Planes de superior jerarquía y cumpliéndose los requisitos formales exigidos, la aprobación inicial no puede denegarse. No puede oponerse el hecho de que se haya suspendido la concesión

de licencias en aquella zona. La suspensión de licencias incide sobre actos dirigidos a la alteración de la realidad física (ejercicio del ius edificandi) o jurídica, parcelaciones urbanísticas. **Interpretación restrictiva.** *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*

22. **Obras efectuadas sin licencia.** Suspensión por tercera vez de las obras. **Inadmisibilidad de la pretensión. Acto reproducción de otros anteriores definitivos y firmes.** Denegación expresa de la solicitud de la licencia. Al suelo rústico hay que considerarlo como no urbanizable. No cabe acudir al **Silencio Administrativo Positivo** para lograr lo que la Administración no habría podido otorgar nunca. *Sentencia de 29 de marzo de 1983.*
23. **Funcionarios. Inadmisibilidad del Recurso** al haber caducado el Recurso contencioso que impugnaba las resoluciones. Las actoras no alcanzaron la categoría de funcionarias al no haber tomado posesión de sus cargos. **Seguridad y fijeza de los derechos. Prescripción de 15 años** al ser una acción de carácter personal. *Sentencia de 30 de marzo de 1983.*
24. **Funcionarios. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso.** Impugnación del Real Decreto 3.540/81 que acordó el traspaso de funciones, competencias y servicios del Estado en materia de agricultura, pesca y ganadería al Consejo General Interinsular. El traspaso no afecta al derecho al cargo del funcionario. *Sentencia de 6 de abril de 1983.*
25. **Licencia de Obras.** La suspensión de la licencia decretada por la Comisión Permanente es improcedente pero de ella no se sigue vicio alguno para el acto. Al no basarse el acuerdo suspensivo en infracción urbanística y dada la imposibilidad de apreciar la existencia de la misma resulta procedente el levantamiento de la suspensión. El acuerdo recurrido es nulo por no ir precedido de informe jurídico. *Sentencia de 12 de abril de 1983.*
26. **Funcionarios.** Suspensión indefinida de empleo y sueldo. Petición de amnistía. La Dirección General de Administración Local no es competente para resolver la cuestión al tratarse de un funcionario no perteneciente a Cuerpos Nacionales. Desestimación improcedente. *Sentencia de 13 de abril de 1983.*
27. **Aplicación de bonificaciones en tributos municipales:** Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, tasas de Entrada de

Carruajes, Balcones y miradores y Prevención y Extinción de Incendios. Improcedencia de la cuestión de inconstitucionalidad. Retroactividad de la norma. Derechos adquiridos. Sentencia de 19 de abril de 1983*.

28. **Proyecto de Urbanización.** Se ajusta al Plan de Ordenación del Centro de Interés Turístico Nacional "Cala Turqueta". Tienen por objeto la ejecución de lo planeado. No pueden contener determinaciones sobre ordenación ni modificar previsiones del Plan aunque pueden efectuar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras. Los actos de denegación de la **Aprobación inicial** son reglados e impugnables. **El Plan Turístico Estatal prevalece sobre el Plan General Municipal.** *Sentencia de 22 de abril de 1983.*

29. **Plan Provincial de Obras y Servicios.** No son necesarios los proyectos técnicos de las obras a incluir. No puede someterse a un mismo régimen jurídico los proyectos de urbanización y los proyectos de obras. No han existido defectos formales en la Información Pública. El vicio de forma solamente adquiere relieve cuando ha supuesto una disminución de garantías, alterando el sentido de la decisión de fondo. Principio de economía procesal. In dubio pro actione. Los Arquitectos son competentes para redactar el proyecto y dirigir la Urbanización, incluso en lo que concierne a alumbrado público. Proyecto de alumbrado público. Técnico competente Ingeniero Industrial. No hay intrusismo y sólo simple actuación irregular si lo realiza un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*

30. **Sanciones Administrativas. Principio de Legalidad (art. 25 de la Constitución). Jueces y Tribunales están obligados a interpretar la Constitución.** Infracciones y sanciones han de ser determinadas por norma con rango de Ley formal. Es correcto que la ley remita a disposiciones de rango inferior la determinación concreta del precepto sancionador. Non bis in idem. **Principio de tipicidad. Potestad discrecional. Carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Conceptos Jurídicos indeterminados.** *Sentencia de 29 de abril de 1983*.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

4

4. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES: hecho imponible: concesiones administrativas. Improcedencia de la exención solicitada por CAMPSA. Naturaleza del Monopolio de Petróleos. Relaciones de la Compañía Arrendataria con el Estado. *Sentencia de 21 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que siendo cuestión planteada en el presente proceso, la estrictamente jurídica de determinar si con arreglo al Ordenamiento está o no obligada la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos (CAMPSA), satisfacer el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, en relación a una concesión que le ha sido otorgada de un sistema radiotelefónico de tercera categoría y habiéndose alegado por la Compañía recurrente ante el órgano administrativo revisor y resuelto negativamente por éste, la identidad y correspondiente confusión de hechos, entre el sujeto activo y el pasivo de la relación jurídica tributaria y después en la demanda (fundamento de derecho III), el carácter de "organismo estatal" del Monopolio de Petróleos, parece oportuno empezar, para clarificar la solución del problema debatido, por determinar cual es, conforme al Ordenamiento, la situación o naturaleza jurídica de las Compañías o Sociedades Anónimas, que en nuestro peculiar sistema, administran o gestionan en virtud de contratos, los Monopolios asumidos por el Estado, de la Producción, adquisición, distribución y venta de determinados productos y sobre esta trascendental cuestión ha sido ya sentado el criterio de esta Sala en otras sentencias, como la 115/82 de 18 de Noviembre inspirado en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Septiembre de 1978 y 3 de Noviembre de 1979, cuyas consideraciones, aunque referentes a otro Monopolio —el de Tabacos— y a otros tributos —los locales— pueden servir de pauta orientadora de tan complicada situación jurídico-administrativa.

CONSIDERANDO: Que siguiendo esta pauta orientadora, hay que tener en cuenta que la Administración para el logro de los distintos intereses públicos económicos y la prestación de los correspondientes servicios, puede acudir y de hecho acude a una variada gama de formas organizativas, entre las cuales se encuentran las empresas con personalidad jurídico-privada y capital mixto, pues la Administración participa en concepto de socio y además, comparte también la dirección y gestión empresarial, bien porque a ello tenga derecho en función del capital aportado, bien porque a la Administración se la haya reconocido esa co-gestión en los Estatutos o de otra forma jurídica, circunstancias que, aunque imprimen a la empresa carácter público, no por ello la identifican con el socio que le confiere este carácter, cuya personalidad jurídica no puede confundirse con la de la Sociedad Mercantil de la que forma parte; y entre ellas constituyen una genuina y peculiar represen-

tación, aquellas empresas mixtas que tienen como objeto social la gestión de los Monopolios asumidos previamente por el Estado y que se conciben como arrendatarias de los mismos, si bien el Estado tiene en su capital una importante participación, por cuyas razones, su vida jurídica se regula por una normativa específica, cual ocurre en el supuesto que nos ocupa, con la Compañía Arrendataria de Petróleos, Sociedad Anónima, regida actualmente por la Ley de 17 de Julio de 1947 de reorganización del Monopolio y su Reglamento promulgado por Decreto de 20 de Mayo de 1949, las numerosas órdenes ministeriales de Hacienda que regulan los distintos aspectos parciales relativos a la administración y gestión del Monopolio, relaciones de la Compañía arrendataria con concesionarios de los servicios y usuarios y finalmente, por el Real Decreto 1256/1980 de 23 de Mayo, por el que se regulan las relaciones administrativas entre el Monopolio de Petróleos y su Compañía administradora y las normas de retribución de la misma y la Orden de 16 de Febrero de 1981 por la que se desarrolla el anterior; sin olvidar, claro está, el Real Decreto de 10 de Enero de 1928 por el que se aprobaron las cláusulas del contrato convenido entre el Estado, titular del Monopolio creado por Real Decreto de 28 de Junio de 1927 y la Compañía arrendataria, constituida como Sociedad Anónima Mercantil; de cuyo conjunto de disposiciones que sería prolijo e inútil promemorar, se deduce con absoluta certeza que, en ningún caso, puede haber confusión de personalidad jurídica entre la Compañía arrendataria y el Estado, titular del Monopolio concebido como derecho exclusivo y excluyente de adquirir, producir, transformar, suministrar y vender el petróleo y sus derivados.

CONSIDERANDO: Que aplicando estas ideas generales al supuesto que nos ocupa: liquidación tributaria por el concepto de Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de una concesión administrativa de sistema radiotelefónico de tercera categoría a la Compañía recurrente, supuesto sujeto como hecho imponible al referido impuesto a tenor de lo establecido en el artículo 54, 8º, del Texto Refundido del mismo, aprobado por Decreto 1.018/1967 de 6 de Abril, aplicable al hecho imponible en razón a la fecha del otorgamiento de la concesión (Disposición Transitoria, art. 73 del actualmente vigente de 30 de Diciembre de 1980), al comprender el citado párrafo 8º, “la concesión administrativa de bienes, obras o aprovechamientos públicos”, lo que ya, por si mismo, hace inanes las alegaciones de “confusión de derechos entre sujeto activo y pasivo del impuesto” o de “organismo público” de la actora en vía administrativa y jurisdiccional, pues la concesión, al ser una forma de gestión *indirecta* de los servicios públicos, exige, por su propia naturaleza, una Administración concedente y un administrado concesionario, resulta evidente, que, en ningún caso, este acto jurídico de concesión puede ampararse en el nº 1º, letra a) del artículo 65, 1 del texto Refundido aplicable, que exige del impuesto al Estado, pues este beneficio no alcanza a “entidades u organismos que, cualquiera que sea su relación de dependencia con el Estado, disfruten de personalidad jurídica propia e independiente de la de aquél”, por lo que, en todo caso, no podría alcanzar a la recurrente otra exención que la prevista en el nº 3 de dicho artículo 65, 1, referido especialmente al Monopolio de Petróleos, también alegada por la Compañía recurrente (fundamento de derecho V de la demanda).

CONSIDERANDO: Que de igual manera, la doctrina general sobre la naturaleza y esencia de la Compañía arrendataria del Monopolio y de sus relaciones en lo que respecta a éste, con el Estado accionista de la Sociedad Anónima mercantil y titular del Monopolio, pero, al mismo tiempo, concedente del servicio público de comunicaciones, determina también la inaplicabilidad de la exención establecida en el número 3º del artículo 65. 1. del Texto Refundido citado, a la adquisición de la concesión que nos ocupa, puesto que tal exención, que ha de ser interpretada restrictivamente con arreglo a lo preceptuado en el artículo 24. 1. de la Ley General Tributaria de 28 de Diciembre de 1963 y Jurisprudencia que lo ha explicado (ad exemplum, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1980), se limita solo a “las transmisiones hechas a favor del Monopolio de Petróleos que hayan de integrar su patrimonio, según el artículo 4º del Decreto de 20 de Mayo de 1949”; por lo que, en ningún caso, puede extenderse a las concesiones de servicios públicos otorgadas a la Compañía, por no poderse identificar ésta con el Monopolio que gestiona y administra, pero cuyo titular es el Estado, sobre todo habida cuenta de que dicha concesión no puede integrar el patrimonio del Monopolio, reversible al Estado, cuando termine su administración por la Compañía arrendataria, a tenor de lo establecido en la

cláusula 17, a) del Contrato otorgado con el Estado a que se ha referido el primer considerando, por cuanto el artículo 4º del Reglamento de reorganización del Monopolio al que se remite el párrafo que establece la exención, exige que todos los bienes que enumera en “*numerus apertus*”, al comprender “bienes de naturaleza análoga”, sean adquiridos por el propio Estado a su nombre e inscritos a favor de éste en los Registros Públicos correspondientes, lo que resulta inconcebible e irrealizable respecto a una concesión de comunicaciones otorgada a la Compañía arrendataria del Monopolio, cuyos gastos deben ser imputados a la Compañía, a tenor de lo establecido en el Real Decreto 1256/1980 de 23 de Mayo, ya aludido, artículo segundo, letra d), como “gastos de comunicaciones” y que en ningún caso podrían ser imputados al Monopolio o Renta de Petróleos, a tenor de su artículo tercero, letra G), sin ser “aprobados previamente por el Ministerio de Hacienda”; por lo que el tributo cuya exención se pide, ha de ser cargado en la contabilidad de la Compañía anónima mercantil, *en todo caso*, como “gastos de explotación a cargo de la Compañía”, al tratarse de “tributos y arbitrios de cualquier naturaleza, devengados por las actividades derivadas de la explotación del Monopolio de Petróleos”, según establece claramente el artículo 7º, párrafo 6) de la Orden de 16 de Febrero de 1981, (el subrayado es nuestro), que desarrolla el Decreto citado y que no contradice ni modifica, sino que precisa, a fines de interpretación auténtica o dada por el propio legislador, las disposiciones de rango superior sobre el Monopolio y la Compañía administradora, enumerados en el primer considerando.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas procesales.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A., contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 26 de Marzo de 1982, que le desestimó reclamación contra liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de concesión administrativa de comunicaciones radiotelefónicas, nº 13.795-E, base 705.420 pesetas y cuota a ingresar de 10.905 pesetas, debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia lo confirmamos, sin hacer declaración sobre las costas causadas en el proceso. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

7

7. ESTIBADORES PORTUARIOS: No son trabajadores dependientes al Servicio de la Organización de Trabajos Portuarios. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el primero y fundamental problema que surge, como previo para resolver el caso que se enjuicia, es el de la vigencia y efectividad de las Ordenanzas de Trabajo, en general, y de la de Trabajo de estibadores, aprobada por Orden Ministerial de 29 de Marzo de 1974, y modificada por otra Orden del Ministerio de Trabajo de 15

de Noviembre de 1976, en particular, dada la publicación de la Ley número 8/80, de 10 de Marzo, reguladora del Estatuto de los Trabajadores, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Constitución; y a este respecto resulta decisivo lo ordenado por la Disposición Transitoria 2ª de dicho Estatuto en el sentido de que “Las ordenanzas de trabajo actualmente en vigor continuarán siendo de aplicación como *derecho dispositivo*, en tanto no se sustituyan por convenio colectivo”; y siguiendo una clasificación tradicional de las normas en unas de eficacia incondicionada, que excluyen o suprimen la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establecen se impone a los interesados, los cuales no pueden modificarla ni sustraerse a sus consecuencias, y otras de eficacia condicionada, que respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de esa voluntad o a establecer una regulación supletoria, cabe decir que las primeras son las imperativas, que integran el llamado derecho absoluto, necesario o impositivo (*ius cogens*), y las segundas las normas permisivas, o lo que es igual, las de Derecho voluntario, facultativo, supletorio o dispositivo (*ius dispositivum*); por todo lo cual, sometidos los estibadores al ámbito de aplicación del Estatuto, según su artículos 1º y 2º, y no constando en absoluto la existencia de contrato de trabajo o de convenio colectivo que sometan a las partes a las normas de Ordenanza, es claro que quedan sometidas las relaciones de trabajo a lo dispuesto en aquél; y, como consecuencia lógica de lo expuesto, no rige en el caso de autos lo establecido en el artículo 106 de la Orden Ministerial citada —Previa la autorización de la Delegación de Trabajo... podrá trabajarse en horas extraordinarias...— y sí el 34 del repetido Estatuto, que no exige autorización previa para la realización de horas extraordinarias, que limita a 2 al día, 15 al mes y 100 al año, salvo circunstancias excepcionales, y fija el límite de 9 horas ordinarias de Trabajo efectivo, cuya infracción no es imputada a la empresa, sino, como queda expresado, la prolongación del horario en 10 minutos, que, por lo expuesto, no puede estimarse como contravención.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la segunda infracción sancionada —artículo 31, en relación con el 18, Grupos 1º B, 2º B y 4º de la Ordenanza, ya que no se solicitó de la O.T.P. por la empresa el personal portuario precisado, distinguiendo las funciones de Capataz de Operaciones, Clasificador y Especialista—, es de destacar que, como se deduce del acta, un Clasificador realizó funciones de un Capataz de Operaciones, y un Especialista funciones de Clasificador, es decir, superiores a las suyas; y de acuerdo con el artículo 23 del Estatuto, aplicable según lo expuesto en el considerando anterior, esa realización de trabajos no constituye infracción, sino que atribuye al trabajador ciertos derechos económicos; así, si realiza funciones de categoría superior durante 6 meses durante un año u 8 durante dos años puede reclamar ante la dirección de la empresa la clasificación profesional adecuada, y si no procede legal o convencionalmente el ascenso, el trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva entre la categoría y la función que efectivamente realice; en consecuencia, tampoco puede estimarse la existencia de infracción administrativa.

CONSIDERANDO: Que, marginalmente y en un plano teórico, dado lo expuesto, debe expresarse en relación con las supuestas infracciones —en las sanciones a las Empresas se tipifican genéricamente las infracciones a la Ordenanza cometidas por el empresario o persona que le represente—, que en manera alguna puede estimarse como grave la prolongación de la jornada en 10 minutos, pues resulta evidente que una tarea como la descarga de un buque no puede terminar siempre en un momento concreto, y resulta absurdo en ciertos casos suspender los trabajos, para solicitar autorización gubernativa, y su petición previa también resulta problemática dada la dificultad de calcular exactamente la duración de aquéllas; y, por otra parte, que el artículo 14 de la propia Ordenanza, confiere a las empresas facultades de dirección y organización del trabajo, debiendo atemperarse la exigencia del artículo 31, es decir, la solicitud por escrito a la O.T.P., con la antelación debida y a las horas que determine el Reglamento, del personal de cada categoría profesional y listas, a las circunstancias concretas de cada caso —adaptación del Derecho a la realidad, mediante la apreciación exacta de todos los elementos de hecho que en el supuesto concurren—, pues en un orden normal de las cosas pueden surgir eventos imprevistos que obliguen a disponer que un trabajador realice funciones que no le son propias antes que suspender los trabajos y dar cumplimiento al citado precepto, por lo que tampoco, sin expresar otras circunstancias respecto al hecho, puede éste ser calificado de grave.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determina una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña C. R. C., en nombre de "I. M. C., S.A.", contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 14 de Abril de 1982, que desestima el recurso de alzada formulado por aquella entidad mercantil contra otra de la Delegación Provincial de Baleares del Ministerio de Trabajo de 30 de Enero del mismo año, que le impuso la multa de 51.000.- pesetas a propuesta de la Inspección Provincial en virtud de Acta levantada el 16 de Octubre de 1981 por infracciones de la Ordenanza de trabajo de estibadores, debemos declarar y declaramos que tales resoluciones no se ajustan a Derecho y, en consecuencia, las anulamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

14

14. CONTRIBUCION TERRITORIAL URBANA: modificación del régimen de exenciones y bonificaciones por el R.D. 11/1979, de 20 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad. Derechos adquiridos. *Sentencia de 22 de febrero de 1983**.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de la autonomía reconocida a los Municipios por los arts. 140 y 141 de la Constitución Española, que además en su art. 142, añade que "las Haciendas Locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las Corporaciones respectivas", la Ley 44/1978 de 8 de Septiembre, transformó en tributos de carácter local a anteriores impuestos estatales —Contribución Territorial Rústica y Urbana, Cuota de Licencia Fiscal del Impuesto sobre actividades y Beneficios Comerciales e Industriales y Cuota de Licencia Fiscal sobre el Rendimiento del Trabajo Personal—; pero consciente el Legislador de la crónica situación estructuralmente deficitaria de las Corporaciones Locales, tuvo que acudir a unas medidas urgentes de financiación que fueron denominación y fundamento del Real Decreto-Ley 11/1979 de 20 de Julio que, además de actualizar, incrementandolos, los valores catastrales de la Contribución Territorial Urbana (art. 1º), derogó en su art. 5º ciertas exenciones permanentes y temporales y reducciones permanentes y transformó otras reducciones temporales, como la que gozaba la recurrente, en bonificaciones del 50% durante tres años, de aquellas previstas en el Decreto de 12 de Mayo de 1966 que aprobó el Texto Refundido de la Contribución Urbana, determinando asimismo en sus Disposiciones Transitorias, no solo la fecha de entrada en vigor de sus disposiciones respecto a las situaciones jurídico-tributarias posteriores (Disposición Transitoria primera), sino también sus efectos respecto a situaciones nacidas con anterioridad (Disposición 2ª); y por ello, si bien es cierto que la recurrente disfrutaba de una reducción temporal de la base liquidable de veinte años de duración, desde la fecha de la construcción de su propiedad, por haberse realizado aquella en solar resultante de expropiación efectuada para ejecución de proyectos aprobados de conformidad con lo prevenido en el artículo 13 de la Ley de 18 de Marzo de 1895,

al amparo del artículo 12.5 del Texto Refundido citado y que las normas Tributarias, como las demás Leyes, deben ser aplicadas durante el plazo previsto en la Ley o indefinidamente (artículo 20 de la Ley General Tributaria 230/1963 de 28 de Diciembre), esta duración de sus efectos, puede ser modificada o suprimida por legislación posterior; puesto que, en particular, respecto a las normas tributarias, las exenciones, reducciones y demás bonificaciones Tributarias pueden ser suprimidas por Ley (artículo 10.b) de la misma Ley General Tributaria), en consecuencia lógica de su potestad para establecer tributos, y que, en general, todas las leyes se derogan por otras posteriores, con el alcance que expresamente se disponga (artículo 2.2 del Código Civil); por lo que al establecer la Disposición Transitoria 2ª, b) del Decreto Ley que examinamos el que "las reducciones temporales reguladas en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 12 y la del artículo 13 del Texto Refundido, reconocidas con anterioridad al 1º de Enero de 1980, se convertirán a partir de esta fecha y hasta completar el plazo por el que fueron otorgadas, en una bonificación del 50% (el subrayado es nuestro), aparece evidente a todas luces, que la liquidación impugnada por la recurrente, fue practicada conforme a la legalidad vigente, al bonificar solo con el 50% la cuota correspondiente a su finca en ejercicio fiscal posterior a dicha fecha; sin que, por otra parte, contra tan lógica conclusión, puedan prevalecer los argumentos de la demanda relativos a la polémica cuestión doctrinal sobre existencia de un derecho público subjetivo adquirido que no ha sido respetado a su entender por la liquidación ni por el acto impugnado que le desestimó la reclamación contra aquella en vía administrativa, pues aun admitiendo en hipótesis la realidad de ese derecho, la consecuencia sería que el Legislador ha dado expresamente a la Disposición transitoria que comentamos efectos retroactivos modificatorios, lo cual, también está permitido por el artículo 2.3 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que por ello, y consciente de su debilidad argumental, la recurrente ha acudido en el recurso administrativo y en el Jurisdiccional, al remedio supremo de solicitar también el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional al amparo del artículo 163 del Texto Fundamental, en relación con el artículo 35 de la Ley Orgánica de aquel, 2/79 de 3 de Octubre, con el fin de que dicho Tribunal declare contraria al art. 9.3 de la Constitución, la Disposición Transitoria citada que, en su opinión, se opone a sus pretensiones impugnatorias de la liquidación fiscal y sin perjuicio de que haya de estimarse, desde luego, acertado su rechazo por el Tribunal Económico Administrativo por razones fundamentales que afectan a la estructura y relaciones entre los Poderes del Estado y que aparecen evidentes en las palabras del propio artículo 163 de la Constitución y de que la cuestión de inconstitucionalidad, de plantearse, habría de referirse a casi todos los preceptos legales citados en el anterior considerando incluido el artículo 2.3 del Código Civil, parece oportuno entrar en el examen del problema suscitado, habida cuenta del contenido del artículo 80 de nuestra Ley Jurisdiccional que exige la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el proceso y sobre todo, porque del examen de los preceptos Constitucionales y Orgánicos invocados por la recurrente y de la Disposición Derogatoria, 3. de aquella, se infiere que si bien el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, no es el único y los Jueces y Tribunales están obligados a interpretarlas, no solo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan, o inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable o para resolver negativamente, optando por la aplicación de la Ley impugnada, las alegaciones de inconstitucionalidad que puedan hacer las partes, actuando en todos los casos como Juez de la Constitucionalidad, con entera libertad de criterio y sin verse forzado —como en otros sistemas— a plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión suscitada por las partes en cuanto no la considere "manifiestamente infundada".

CONSIDERANDO: Que ello admitido y partiendo de que el problema planteado se refiere a una supuesta contradicción entre una Disposición Transitoria de una Ley que extiende sus efectos de aumento de la cantidad a satisfacer por un Tributo a situaciones reconocidas con anterioridad a su entrada en vigor, con mayor reducción y el artículo 9.3 de la Constitución que literalmente "garantiza el principio de... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales", pare-

ce conveniente examinar por separado, dos problemas que, aunque íntimamente unidos, pueden aparecer como distintos, en el examen del principio constitucional en su relación con el precepto legal transitorio en cuestión, como son el de si un supuesto derecho individual preexistente ha sido dañado por la Disposición Transitoria tachada de inconstitucional y el del alcance de la prohibición de irretroactividad consagrada en el precepto constitucional; y sobre el primero de ellos, estima esta Sala, siguiendo las orientaciones que nos ha dado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en Sentencias como la de 14 de Marzo de 1964 y 29 de Septiembre de 1980 que, aunque referidas a distinta normativa de derecho público, nos dan pautas claras sobre el polémico problema doctrinal de los derechos públicos subjetivos de los administrados, que al estar los Tributos regidos por el principio general del orden tributario de que, además de ser medios para recaudar ingresos públicos han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progresos sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional (artículo 4º de la Ley General Tributaria), sus normas no pueden engendrar derechos públicos subjetivos que hayan de ser respetados indefinidamente o durante un cierto período de tiempo, aunque éste sea determinado por la propia norma, sino solo durante el tiempo correspondiente al ejercicio fiscal para el que se previeron las necesidades derivadas de su principio rector y ello por una esencial salvaguarda de la seguridad jurídica; por lo que pasado este período, los derechos de los administrados, sujetos pasivos del impuesto, no son auténticos derechos subjetivos, sino meras expectativas de derecho, ya que los derechos adquiridos no nacen hasta que se reúnen todos los hechos jurídicos que son requisitos o presupuestos para ello, es decir, hasta que el legislador ha previsto las exigencias de la estabilidad y progreso sociales y la mejor distribución de la renta nacional para el próximo período de vigencia de los presupuestos; razón fundamental, entre otras de pragmatismo político, por la que, como se deduce de las actas de las sesiones de las Cortes Generales que redactaron la Constitución Española, no se incluyeron entre los principios garantizados por el artículo 9.3 de ella, el consagrador de la irretroactividad de las normas fiscales.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta al segundo problema, íntimamente ligado con el anterior, como se ha dicho, hasta el punto que parecen confundirse, referente al alcance de la irretroactividad constitucional de las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales”, parece lo más oportuno repetir textualmente un párrafo del Fundamento Jurídico 10, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1981, que con gran claridad expositiva resuelve cualquier posible duda sobre el particular, al decir que “desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a las exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1º de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos que obliga a la Administración y a los Tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del Ordenamiento Constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de “derecho individual” no puede confundirse con el “ius quaesitum”; el artículo 9.3 —en todo o en parte— alude a los derechos fundamentales del título I y para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las leyes, restringiendo a los Reglamentos. El principio de irretroactividad del artículo 9.3, en cuanto a las Leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno”; resultando pues, de las doctrinas sentadas en este considerando y en el anterior, que no preexiste el derecho que se pretende adquirido y que, aun en caso de existir, no está garantizado por la Constitución.

CONSIDERANDO: Que de todo lo expuesto aparece claramente la conformidad del acto impugnado con el Ordenamiento Jurídico en su conjunto, no solo en cuanto se ajusta

a la legalidad vigente, sino también en cuanto que esa legalidad aplicada es conforme con la Constitución Española, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto contra el mismo, así como declarar que no procede plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de la inconstitucionalidad de tales leyes, sin que, por otra parte, existan méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don S. A. J. contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 27 de Mayo de 1982, que le desestimó reclamación contra liquidación de la Contribución Urbana correspondiente al ejercicio de 1981, de finca de su propiedad sita en Paseo de Mallorca N° 34 de esta Ciudad, debemos declarar y declaramos tal acto administrativo conforme al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, declarando, además, no haber lugar a plantear ante el Tribunal Constitucional, cuestión sobre la constitucionalidad de las Leyes aplicadas por dicho acto, sin hacer declaración sobre las costas causadas en el proceso. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

18

18. FUNCIONARIOS. Condiciones de trabajo en el Ayuntamiento de Palma. Plus de dedicación exclusiva o especial. No existe defecto en el modo de proponer la demanda; las diferencias son de terminología, no de petición. El disfrute de los complementos de sueldo no crea derechos adquiridos. *Sentencia de 8 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que en primer lugar y por imperativos de orden procesal fundados en la prelación establecida en el artículo 81 de la Ley Jurisdiccional y que han sido claramente explicados por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, puesto que la Jurisdicción no puede conocer de un recurso, sin que se den los presupuestos formales exigidos en la propia Ley Jurisdiccional, es preciso empezar por examinar la alegación de inadmisibilidad de los tres recursos interpuestos y que han sido acumulados, alegada por el Ayuntamiento demandado al amparo de los artículos 81.1.a) y 82. e) y g) de la Ley Jurisdiccional, por entender que existe desviación o disparidad entre las peticiones formuladas a la Administración en los respectivos recursos de reposición por los recurrentes y las deducidas en las demandas de este proceso jurisdiccional; y sobre ello hay que resolver por su desestimación, pues las diferencias que se pueden apreciar entre los distintos escritos ante la Administración y la Jurisdicción, son más de terminología que de materia de la petición, pues en todos ellos se solicita la anulación del acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 11 de Junio de 1981, aprobando propuesta elaborada por una Comisión negociadora en forma de pacto, aunque en unos se haga más hincapié que en otros, principal o subsidiariamente, al contenido del artículo 51 del dicho pacto, referido a los complementos de dedicación exclusiva; y en lo relativo al pago por el Ayuntamiento de los complementos dejados de percibir, aunque fuera cierto —que no lo es— que no fueron solicitados ante

dicha entidad local, ni siquiera tácitamente, esta petición, como de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, consistente en la indemnización de un perjuicio o lucro cesante causado por el acto administrativo, cuya anulación se solicita, puede pretenderse por la parte legitimada como titular del derecho derivado del ordenamiento que se considera infringido por el acto impugnado (artículo 28.2), aunque no se hubiera solicitado previamente ante la Administración, no sólo en la demanda en base al artículo 42, sino también después, a tenor de lo dispuesto en el artículo 79.3 de la misma Ley Jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen de la cuestión de fondo de los recursos acumulados, referida a la conformidad o disconformidad con el Ordenamiento Jurídico del acuerdo plenario del Ayuntamiento de Palma por el que se regularon las condiciones de trabajo y régimen retributivo de sus funcionarios de plantilla y como quiera que todos los demandantes alegan sorprendentemente, como causas de invalidez de dicho acuerdo la infracción de las normas que regulan los convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores, así como la del artículo 1.255 del Código Civil, se hace preciso recordar principios tan generales del derecho administrativo, que en cualquier otro caso se darían por inmanentes en el debate, sobre la naturaleza de la relación jurídica que liga al funcionario público con la Administración, en la que si bien se crea por acuerdo de voluntades entre ambas partes, este acuerdo reviste la naturaleza y esencia de un acto-condición, en la terminología jurídico-administrativa, donde la fuente de los derechos del funcionario está en la reglamentación previa que se aplica a su caso concreto, con la consiguiente posibilidad de que tal reglamentación sea derogada mediante norma jurídica del propio rango que el estatuto que deroga y sustituida por otra que circunstancialmente puede ser mas, pero también menos beneficiosa que la anterior; es decir, que en la materia del llamado contrato de la función pública nuestro derecho positivo ha establecido un régimen para los funcionarios públicos en el que el nombramiento de éstos se realiza a través de un acto administrativo unilateral, como también, unilateralmente puede ser modificado en términos generales dentro de los cauces reglados previstos por el propio ordenamiento jurídico-administrativo; razón fundamental de principio por la que no cabe invocar la “lex inter partes” informadora del precepto del Código Civil que se pretende vulnerado, ni tampoco las reglas del derecho laboral, pues —como se ha dicho en reciente Sentencia de esta Sala de 2 de Octubre de 1982, inspirada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de Julio de 1982— la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente, muy especialmente marcada por el Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, promulgado por Decreto de 6 de Octubre de 1977, N° 3.046/77, cuyo artículo 23, en su párrafo 1, establece que “son funcionarios de la Administración Local las personas vinculadas a ella por una relación de servicios profesionales y retribuidos, *regulada por el Derecho Administrativo* (el subrayado es nuestro) y en su párrafo 2, que “el contenido de dicha relación se regirá por los preceptos de este Título y las normas reglamentarias que lo desarrollan”; de lo que resulta evidente que aquel personal se gobierna en las condiciones de empleo y trabajo por normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos, como producto de una relación estatutaria que es reconocida tradicionalmente por la doctrina y Jurisprudencia Contencioso-Administrativa y que determina la atribución a la Jurisdicción de este orden la resolución de los conflictos entre los órganos administrativos y su personal de todas clases y ello sin perjuicio de la posibilidad para éstos órganos de celebrar con otro personal contratos de trabajo sometidos expresamente, como relaciones contractuales laborales, a las normas de este orden y de las que, en caso de litigio, conocería la jurisdicción de este nombre, de la que es expresiva el artículo 25.2 del citado Decreto 3.046/77.

CONSIDERANDO: Que, por consiguiente, situándonos dentro del campo propio del debate, sin intromisiones extrañas al Derecho Administrativo, regido en nuestro sistema u Ordenamiento Jurídico por el principio de legalidad que garantiza hoy con carácter insoslayable el artículo 9.3 de la Constitución Española, es preciso examinar el acto administrativo impugnado, tanto en su forma, como en su fondo y en lo que se refiere al primer aspecto y saliendo al paso de las alegaciones de los tres escritos de demanda referidas a la anormalidad del procedimiento al que ha recurrido el Ayuntamiento de previa negociación con los representantes del comité sindical del personal funcionario al servicio de la Corporación, de las condiciones, horarios, vacaciones, licencias, trienios y demás condi-

ciones de la función pública del personal, incluidas los plus de dedicación exclusiva o especial para determinados puestos de trabajo, que es, lo que realmente impugnan los tres recurrentes, es preciso sentar que la competencia en materia de personal de la Administración Local corresponde a los respectivos Ayuntamientos, cuya autonomía, con personalidad jurídica plena, ha sido garantizada por el artículo 140 de la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.3 del texto articulado Parcial de la Ley de Bases 41/1975 del Estatuto de Régimen Local promulgado por Decreto 3.046/77 de 5 de Octubre, al decir que “corresponde a las Corporaciones Locales la competencia en materia de personal a su servicio, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley al Gobierno y al Ministerio del Interior”; por lo que establecida esta potestad por la Constitución y la Ley, nada impide a los Ayuntamientos que, antes de decidir sobre estas cuestiones de su competencia, soliciten informe previo a una comisión mixta del personal y del Ayuntamiento, ya que, en tal supuesto, se trata de un informe facultativo, no vinculante, de los autorizados en los arts. 84 y 85 de la Ley de Procedimiento administrativo, pero que ha servido de motivación al acto municipal Pleno resolutorio, incorporándose al Texto del mismo, tal como previene el artículo 93.3 de la misma Ley de Procedimiento.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al fondo del acto impugnado, de todos cuyos aspectos sólo ha sido atacado el artículo 51 del informe incorporado, llamado “pacto negociado”, referido —como se ha dicho— a los plus de dedicación exclusiva o especial para determinados puestos de trabajo, de los que se entienden los recurrentes, arbitraria e ilegalmente excluidos, cuando con anterioridad y a partir del año 1974 les habían sido concedidos por la propia Administración, conviene aclarar que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, tal como se deduce de los documentos aportados por las partes en sus respectivos escritos de demandas y contestación, y en aplicación de la Ley 5 de Diciembre de 1968, N° 79/68 de Bases de Funcionarios de la Administración Local y de las ordenes de 23 de Octubre y 27 de Diciembre de 1973, sobre régimen y normas a aplicar a las retribuciones complementarias, que la desarrollaron, solicitó del Gobernador Civil, cuya competencia a este fin, le estaba atribuida por la Orden de 19 de Abril de 1974, en relación con el artículo 20 de la de 27 de Diciembre citada, el visado requerido obligatoriamente por tales disposiciones, para la validez del Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 20 de Julio de 1974, por el que se interesaba del Gobernador, en la representación de la Dirección General de Administración Local que le otorgaba la Orden citada de 19 de Abril de 1974, la “preceptiva autorización para conceder complementos de dedicación exclusiva, en principio, para los técnicos de Administración Especial que se indican, en razón a que su dedicación absoluta es de suma importancia para el servicio público municipal”, citando, a continuación determinados nombres en número de cuatro, acompañados de sus profesiones respectivas y no de las funciones que cada uno desempeñaba, entre los cuales se encuentran los tres recurrentes en los presentes recursos acumulados y un Perito Industrial, pero, añadiéndose, “igualmente para quien desempeñe la plaza de Inspector General de los Servicios Técnicos en propiedad”; redacción ésta tan desafortunada que podría interpretarse en el sentido de entender que los complementos se otorgaban a las personas y no a los puestos de trabajo, como claramente exigía el artículo 11.1 de la citada Orden de 23 de Octubre de 1973, desarrollando la Base 10.11 de la Ley, que tuvo que ser subsanada por la Resolución del Gobernador Civil del 24 de Agosto de 1974, cuya “autorización expresa” era indispensable a tenor del artículo 12.1 de la Orden de 27 de Diciembre de 1973, con otra expresión, quedando redactada la concesión del complemento en la forma legal, a diez puestos de trabajo, entre los que se encontraban los ocupados por los tres recurrentes y el de “un Inspector General de los Servicios Técnicos, hoy vacante”.

CONSIDERANDO: Que aunque se haya hecho la anterior aclaración a los fines útiles de hacer comprender a los recurrentes que los derechos públicos subjetivos que invocan y que a su entender han sido arbitraria e ilegalmente vulnerados por el acto recurrido no son de carácter personal o “intuitu personae”, si en todo caso, atribuidos por razón del cargo o puesto de trabajo que desempeñaban como funcionarios de plantilla de la Administración Local, dicha precisión es indiferente a los fines pretendidos de declaración de contraría a la Ley de su supresión, puesto que ya se entienda el complemento otorgado con uso o con otro carácter, es evidente que su atribución no les concede el carácter de “derechos adquiridos” que no puedan dejarse sin efecto por acto posterior, al no reunir

el acto que les concedió el complemento todos los hechos y circunstancias jurídicas que son supuesto o requisito para ello según el ordenamiento, a tenor de la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Jurisdicción manifestada en Sentencias, entre otras, de 14 de Marzo de 1964, 31 de Marzo de 1977 y 11 de Junio, 29 de Septiembre y 27 de Febrero de 1980, pues en materia de complementos la actividad de la administración es discrecional como ya puso de manifiesto la Sentencia de 29 de Marzo de 1978 y se cuidaron de señalar expresamente las disposiciones legales que los extendieron a la Administración Local, desde la Ley de Bases ya citada 79/68 al decir en la Base 12, que “el disfrute de los complementos de sueldo no creará derechos adquiridos en favor de los funcionarios”, lo que reiteró el artículo 20.3 de la Orden de 27 de Diciembre de 1973, también citada e igualmente dispuso expresamente el artículo 66.5 del texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, 3.046/77, estableciendo que “el disfrute de las retribuciones complementarias no creará derechos adquiridos en favor de los funcionarios”

CONSIDERANDO: Que, finalmente y como ya se ha hecho en otras sentencias de esta Sala, como la reciente del 22 de Febrero último, para disipar cualquier duda sobre legalidad del acto impugnado en relación con el conjunto jerárquico del Ordenamiento Jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Española, habida cuenta del contenido del artículo 80 de nuestra Ley Jurisdiccional que exige la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el proceso y como quiera que el examen de los artículos 163 de la Constitución Española, en relación con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/79 de 3 de Octubre, aparece nitidamente que si bien este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución, no es el único y los Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan, e inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, parece oportuno que en relación a la posible aplicación del artículo 9.3 de la Constitución que literalmente garantiza el principio de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales, al caso que nos ocupa en el que se tienen en cuenta leyes que pudieran entenderse incluidas en el precepto constitucional, repetir textualmente un párrafo del Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1981, que con gran claridad expositiva resuelve cualquier duda sobre el particular al decir que “desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a las exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1º de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos que obliga a la Administración y a los Tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del Ordenamiento Constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de “derecho individual” no puede confundirse con el “ius quaesitum”; el artículo 9.3 —en todo o en parte— alude a los derechos fundamentales del título I y para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las leyes, restringiéndolo a los Reglamentos. El principio de irretroactividad del artículo 9.3, en cuanto a las Leyes, concierne, sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno”.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso.

FALLAMOS: Que desestimando los tres recursos acumulados interpuesto por Don S. B. G. R., Don J. S. F. y Don F. C. R., contra el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Palma de Mallorca de 11 de Junio de 1981 que aprobó pacto negociado sobre condiciones de trabajo para todo el personal municipal funcionario en el año 1981, debemos declarar

y declaramos dicho acto Administrativo conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

27

27. APLICACION DE BONIFICACIONES EN TRIBUTOS MUNICIPALES: Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, tasas de Entrada de Carruajes, Balcones y miradores y Prevención y Extinción de Incendios. Improcedencia de la cuestión de incostitucionalidad. Retroactividad de la norma. Derechos adquiridos. *Sentencia de 19 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por único objeto determinar si es aplicable o no a las exacciones municipales referidas una bonificación del 90 por ciento por tratarse de viviendas de protección oficial las afectadas por las mismas, la cual no fue aplicada por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca al realizar las oportunas liquidaciones, en contra del criterio sostenido por los acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares que ahora se impugnan.

CONSIDERANDO: Que, esquemáticamente, los antecedentes normativos a tener en cuenta para la decisión del presente litigio, son los siguientes: 1º) El texto refundido y revisado de la legislación en materia de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 24 de Julio de 1963, cuyo artículo 14 dispone que “gozarán durante un plazo de veinte años, desde la fecha de la terminación de la construcción, de una reducción del 90 por ciento del Importe de la Contribución Territorial Urbana, así como de todo recargo, arbitrio, derecho o tasa establecidos por el Estado, las Diputaciones Provinciales, Cabildos Insulares o Ayuntamientos...”; 2º) El Texto refundido de la legislación de viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto de 12 de Noviembre de 1976, derogatorio del anterior, que en su artículo 15 mantiene en este aspecto la redacción del 14 del derogado; 3º) La Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 19 de Noviembre de 1975, de la que hay que destacar: a), que la Base 22.6 dice que “en materia de tasas no se admitirán otras exenciones o bonificaciones que las que benefician al Estado, la Provincia a que el Municipio pertenezca o la Mancomunidad o Agrupación de que forme parte por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por los que inmediatamente interesen a la seguridad y defensa nacional”; b), la Disposición final 1ª.2, que establece que “el texto articulado de la presente Ley será aprobado por el Gobierno, previo informe del Consejo de Estado en pleno, en el plazo máximo de un año; y c), la Disposición final 3ª.4, que expresa que “las exenciones y bonificaciones de tributos locales comprendidas en disposiciones legales que no sean de régimen local se adaptarán por el Gobierno, en el plazo de seis meses, al contenido de la presente Ley”; 4º) El Decreto de 30 de Diciembre de 1976 sobre entrada en vigor de disposiciones de la

Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local relativas a ingresos de las Corporaciones Locales y normas provisionales para su aplicación, que en su artículo 9 reprodujo, con ligeras variantes de redacción, el contenido de la Base 22.6 anteriormente transcrito, estableciendo la Disposición transitoria 2ª.1 que “hasta que por el Gobierno se dé cumplimiento a lo previsto en la disposición final 3ª.4 de la Ley 41/75” —la Ley de Bases referida— “continuarán en vigor las exenciones y bonificaciones de tributos locales comprendidas en disposiciones con rango de Ley que no sean de régimen local”; y 5º) El Real Decreto-Ley de 20 de Julio de 1979, sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas Locales, dispuso en el artículo 5º.5 que “con carácter general, las exenciones, reducciones y bonificaciones de la Contribución Territorial Urbana no se aplicarán a las tasas municipales”.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar a estudiar la cuestión debatida a la vista de las disposiciones citadas, se hace necesaria una previa consideración sobre la conformidad con la Constitución del artículo 5º.5 del Real Decreto-Ley de 20 de Julio de 1979, por cuanto se solicitó del Tribunal Económico-Administrativo que plantease al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, con base en que no respetaba derechos adquiridos y suponía retroactividad de una norma tributaria, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley Fundamental, solicitud rechazada con acierto, ya que el artículo 35 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, de 3 de octubre de 1979, claramente se refiere a los órganos del Poder Judicial y no a los de la Administración, carácter de los Tribunales Económico-Administrativos; y esa previa consideración se refiere a que la sentencia del Tribunal Constitucional número 6/1983, de 4 de Febrero, resolviendo cuestiones promovidas por la Audiencia Territorial de Albacete, sostuvo que dicha disposición no contraría a la Constitución, y si bien se refería a la Disposición transitoria 2ª b) en cuanto reduce la bonificación de un 90 por ciento a un 50 por ciento y por un período de tiempo inferior en la contribución Urbana, es indudablemente aplicable al precepto citado, por cuanto las objeciones alegadas para demostrar su anticonstitucionalidad son las mismas.

CONSIDERANDO: Que las discrepancias surgidas entre distintas sentencias de Audiencias Territoriales al resolver el problema enunciado, de las que son ejemplo la de 27 de Mayo de 1981 de la de Sevilla y la de 17 de Febrero de 1982 de la de Valladolid, contrarias a la tesis de la bonificación, y la de 13 de Octubre de 1981 de la de Valencia y la de 4 de Diciembre del mismo año de la de Albacete, favorables a la misma, fueron zanjadas por la del Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 1982, que expresa que “ha de tenerse en cuenta que la inadmisión de exenciones o bonificaciones en materia de tasas municipales, a que se refiere el apartado 6 de la citada Base 22, está relacionada con lo dispuesto por la misma Ley en su Disposición final 1º.2 que señaló plazo para la articulación de la Ley de Bases, y que, durante el plazo prorrogado concedido para ello, las Normas provisionales aprobadas por el Real Decreto 3.250/76, de 30 de Diciembre, en su Disposición transitoria 2ª, establecieron que, hasta que por el Gobierno se dé cumplimiento a lo previsto en la Disposición final 3ª.4 de la Ley 41/1975, continuarán en vigor las exenciones bonificaciones de tributos locales comprendidas en disposiciones con rango de Ley que no sean de régimen local, y como esta disposición emana de la facultad delegada que tenía el Gobierno para articular la Ley de Bases, aunque lo haya hecho mediante normas provisionales, la vigencia de estas disposiciones subsiste con el carácter de Decreto Legislativo, según la terminología que se deriva del artículo 85 de la Constitución, y como refleja su texto al derogar expresamente otras normas legales en la Disposición final 2ª y en la tabla anexa de preceptos sobre régimen local derogados en virtud de las precedentes normas,... por lo que el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Real Decreto 2.960/1976, de 12 de noviembre, por cuanto regula en su artículo 15 la concesión de exenciones y bonificaciones tributarias a la construcción de tales viviendas ha de considerarse consecuencia de las dos referidas delegaciones, y dicho precepto viene a ser el resultado de la armonización de unas y otras disposiciones, con vigencia transitoria hasta que se promulgue definitivamente la legislación de régimen local”; estimando igualmente que el artículo 5º del Real Decreto-Ley 11/1979, de 20 de Julio, que, como queda expresado, establece en su apartado 5 que con carácter general, las exenciones, reducciones y bonificaciones de la Contribución Territorial Urbana no se aplicarán a las tasas municipales, “no contiene derogación alguna que afecte a la aprobación de las exenciones o bonificaciones tributarias que deriven de la legislación reguladora de la construcción de

viviendas y no afecten a la Contribución Urbana"; en efecto, este precepto, de redacción poco afortunada y que dio lugar a diversas interpretaciones por parte de la doctrina, no puede entenderse en su estricto sentido gramatical, porque es evidente, y no hace falta disposición alguna que lo diga, que las exenciones de la Contribución Urbana no se aplican a las tasas, ni tampoco interpretarse en el sentido de que quedan derogadas aquellas normas jurídicas que dispongan que se apliquen a las tasas los beneficios fiscales vigentes en materia de Contribución Urbana, y ello porque normas de este tipo en materia de tasa no existen, por lo que sólo queda una posibilidad hermenéutica, de acuerdo con lo sostenido por un sector doctrinal: quedan derogados los beneficios fiscales vigentes en materia de tasas cuando en la Contribución Territorial Urbana estén otorgados otros beneficios iguales, trasladándose el problema a la determinación de cuándo existe o no igualdad entre ambos beneficios fiscales, independientemente de que estén regulados en el mismo artículo de la Ley, para lo cual ha de acudirse a examinar quienes son los sujetos beneficiarios, cuáles los presupuestos de hecho y, aunque tenga menos importancia, la cuantía de los dos; y esto sentado, resulta que esta igualdad no se da en absoluto, porque los sujetos que se benefician de la exención pueden ser distintos, ya que el sujeto pasivo de la contribución urbana es el propietario del inmueble y el de la tasa es el usuario de servicio o la persona afectada por la actividad administrativa o la persona que solicita o usa el dominio público, que puede no ser el propietario de la vivienda, sino, simplemente, su detentador por cualquier título jurídico distinto de la propiedad o del derecho real de usufructo; por otra parte, tampoco puede decirse que haya identidad entre los presupuestos de hecho que originan la exención, que en la Contribución Urbana es la existencia de la vivienda, y en las tasas puede darse sin necesidad de que exista ni siquiera que se haya empezado a construir, puesto que el nacimiento de la exención surge de la realización de una actividad administrativa o de utilización del dominio público, relacionados ambos con la construcción o, en su caso, posesión o utilización de viviendas de protección oficial; y, por último, pueden no coincidir las cuantías, y así, después del Real Decreto-Ley 11/1979, de 20 de Julio, a las viviendas protegidas se les aplica en Contribución Urbana una reducción del 50 por ciento durante tres años, mientras que al no haber sido modificado el artículo 15 del Texto Refundido de 1976 las tasas locales siguen gozando de una bonificación del 90 por ciento durante veinte; en suma, al decirse que las exenciones, reducciones y bonificaciones de la Contribución Territorial Urbana no se aplicarán a las tasas municipales debe entenderse que son las que se contemplan y fundamentan en dicha contribución, y que por el mero hecho de concederse a efectos de aquélla no está concedida en el ámbito de éstas, que habrán de estar fundamentadas en otra norma distinta de la propia Contribución Urbana para que puedan ser reconocidas y aplicadas, aunque, claro está, y ya queda dicho, se hallen en un mismo artículo; y ello no significa, como sostienen algunas tesis contrarias, dejar sin contenido este precepto, puesto que cuando no exista un fundamento legal propio, las bonificaciones de la Contribución Urbana no se reconocerán en el ámbito de las tasas municipales.

CONSIDERANDO: Que esta misma doctrina ha sido mantenida por el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de Octubre de 1982 con extensos razonamientos que, en lo sustancial, se dan aquí por reproducidos, y por el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, citado por aquél.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a si la bonificación es aplicable al Arbitrio sobre incremento de Valor de los Terrenos ha de significarse que, como expresa el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, el repetido artículo 15 del Texto Refundido de 12 de Noviembre de 1976 se refiere a "todo recargo, arbitrio, derecho o tasa establecidos por el Estado, las Diputaciones Provinciales, Cabildos Insulares o Ayuntamientos...", y que si bien el artículo 14 del Decreto de 21 de Febrero de 1963 especificaba que "la bonificación del 90 por ciento se aplicará también al arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos en las transmisiones con destino a la construcción de viviendas de protección oficial y en la primera transmisión de éstas..." y que esta especificación no consta en el nuevo texto, ello no implica su derogación, pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 1981, "concedida autorización al Gobierno por el Decreto-Ley de 30 de Julio de 1976 para que aprobara un Texto Refundido de una Ley de viviendas de

Protección Oficial, es evidente que al amparo de tal autorización sólo podía refundirse la legislación hasta entonces existente, lo que equivalía a ordenar los varios Textos vigentes en uno sólo, pero ello no permitía innovar el ordenamiento vigente variándolo sustancialmente, ya que este cometido quedaba reservado a las Cortes, quedando limitado al Gobierno a la reproducción literal y ordenación sistemática de lo que refundía, sin introducir más variaciones que las exigidas bien por erratas existentes o bien por correcciones de estilo, pero no para ampliar o mutilar preceptos que en los Textos anteriores se contenían, cuando en virtud de la ampliación se concedan o de la mutilación se supriman bonificaciones tributarias, materia reservada a la Ley; por lo tanto, el nuevo Texto Refundido se ajustará a la autorización en tanto refunda o reproduzca, y, por el contrario, el resultado de la refundición será mera actividad administrativa en cuanto, excediéndose de la autorización, modifique la legislación existente; y como esto y no otra cosa ha sido lo que ha hecho el Texto refundido aprobado por Decreto de 12 de noviembre de 1976 al suprimir la bonificación del 90 por ciento que los textos que dice refundir concedían, es evidente que se ha excedido de la autorización concedida, y en tal sentido carece de eficacia alguna para dejar sin efecto la bonificación que el Texto anterior contenía y que debe considerarse vigente en tanto que no ha sido incluido en la pretendida refundición.

CONSIDERANDO: Que el concepto de tasa es claro en las demás exacciones de autos —Entrada de carruajes, Balcones y Miradores y Prevención y Extinción de Incendios—, pues el artículo 15 del Decreto 3.250/1976, de 30 de Diciembre, incluye expresamente en su número 8º las correspondientes a “entradas de vehículos a través de las aceras y la reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, carga o descarga de mercancías de cualquier clase”, y en el 10º las relativas a “elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada”; y no puede negarse el mismo carácter a la percepción por el concepto citado en último lugar, que encaja en el apartado 19 —cualesquiera otros aprovechamientos especiales—, en relación con el artículo 7º de tal Decreto, o, en último término, en la expresión “derecho” que utiliza el artículo 15 del 12 de Noviembre de 1976.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, y por las razones tenidas en cuanto a los acuerdos impugnados, procede desestimar los recursos interpuestos; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Procurador Don A. N. M. en nombre y representación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra los acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 26 de Marzo, 27 de Mayo y 25 de Junio de 1982, que estiman las reclamaciones formuladas por las personas que se enumeran en el encabezamiento de esta resolución contra liquidaciones de dicho Ayuntamiento por los conceptos de “Balcones y Miradores”, “Prevención y Extinción de Incendios”, “Entradas de Carruajes” y “Plus Valía” relativas a Viviendas de Protección Oficial, anulándolas y entendiendo que deben ser sustituidas por otras en las que se aplique una bonificación del 90 por ciento, debemos declarar y declaramos que tales acuerdos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

30

30. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ART. 25 DE LA CONSTITUCION). JUECES Y TRIBUNALES ESTAN OBLIGADOS A INTERPRETAR LA CONSTITUCION. Infracciones y sanciones han de ser determinadas por norma con rango de Ley formal. Es correcto que la ley remita a disposiciones de rango inferior la determinación concreta del precepto sancionador. Non bis in idem. **PRINCIPIO DE TIPICIDAD. POTESTAD DISCRECIONAL. CARACTER REVISOR DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS.** *Sentencia de 29 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que al establecer el artículo 25.1 de la Constitución Española que "nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento", es evidente que extiende a la postestad sancionadora de la Administración, el principio de legalidad que, tradicionalmente, ha regido el orden penal y si bien esta extensión había sido admitida anteriormente por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa a partir de las Sentencias de 27 de Junio de 1950 y 12 de Febrero de 1959, hasta las posteriores a la Constitución, como las de 29 de Septiembre y 10 de Noviembre de 1980, la consagración constitucional de este principio y el que del examen del artículo 163 y de la Disposición Derogatoria 3 del propio Texto Fundamental aparezca nítidamente que si bien el Tribunal Constitucional es el interprete supremo de la Constitución, no es el único y los Jueves y Tribunales están obligados a interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan e inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, hacen aconsejable indagar la cobertura legal que ampara las disposiciones que declara infringidas el acto administrativo impugnado, puesto que el principio de legalidad constitucional, tal como debe ser entendido impone no sólo el que exista una disposición normativa que prevea con anterioridad el hecho constitutivo de la infracción administrativa —tipicidad de la infracción— y que establezca la sanción correspondiente a la infracción —legalidad de la sanción—, sino que exige también que tanto uno como otro aspecto del principio —infracción y sanción— sean determinados por norma con rango de Ley formal, sin que en garantía de la libertad y seguridad, pueda quedar en manos del ejecutivo la potestad de definir las infracciones y concretar sus sanciones o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Marzo de 1981 (recurso de amparo N° 220/80), el principio de legalidad constitucional "prohibe que la punibilidad de una acción u omisión, esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas".

CONSIDERANDO: Que sobre este problema y como quiera que el acto administrativo impugnado se limita a citar una serie de preceptos que estima infringidos por omisión y que en el orden jerárquico normativo van desde la Orden Ministerial hasta el Decreto o Real Decreto, es decir, disposiciones del Ejecutivo de carácter general pero de rango inferior a Ley, es preciso buscar la cobertura legal de tales disposiciones, puesto que la reserva legal debe permitir que la Ley remita expresa o tácitamente la determinación concreta

del precepto sancionador a una autoridad distinta y de rango inferior, constituyéndose así en "Ley penal en blanco", en la terminología doctrinal, que no es otra en el supuesto que nos ocupa, que la Ley 48/63 de 8 de Julio, sobre competencia en materia turística que, en su artículo 3, atribuye al Ministerio de Información y Turismo la facultad de "Sancionar las infracciones que pudieran cometerse en relación con las materias reguladas por esta Ley"; delegando así, en disposiciones de carácter general promulgadas por el Ministerio —Decretos y Ordenes— la facultad de rellenar la Ley en Blanco.

CONSIDERANDO: Que, en esta línea de desarrollo de la Ley, se promulgó el Decreto 231/65, de 14 de Enero, comprensivo como Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas, de los derechos y de las obligaciones derivadas del ejercicio de la actividad empresarial o privada en materia turística, el que, en su artículo 23, precisó el concepto legal anterior: "infracciones que pudieran cometerse en relación con las materias reguladas por esta Ley" con la matización de "infracciones que se cometan contra lo preceptuado en el presente Estatuto y en los Reglamentos Reguladores de las Empresas y de las actividades Turísticas", así como también determina las sanciones a imponer en unos y otros casos, desde apercibimiento, hasta baja definitiva o revocación del título o licencia para las empresas (artículos 23.1 y 25) o apercibimiento o multa, reducidos en 50 por 100 para actividades turísticas privadas (artículo 28.1) promulgándose también después, en distintos Decretos y Ordenes Ministeriales, las reglamentaciones de las distintas actividades en la materia, hasta que, finalmente, el Decreto 2.245/79 de 7 de Septiembre, que transfirió determinadas competencias del Estado al Consejo General Interinsular de Baleares, transfirió entre ellas, en su artículo 24,7 la facultad de imponer las sanciones que procedan en las materias de Empresas y actividades turísticas, si bien limitándolas a apercibimiento, multa hasta 1.000.000.- pesetas y suspensión hasta seis meses.

CONSIDERANDO: Que a pesar de la confusión en que en los considerandos del acto del Consejo impugnado, se mezclan conceptos, hechos y preceptos legales y de que, en contra del fundamental principio del derecho sancionador de la individualización de la sanción, se imponga una sola, aunque tan elevada que se acerca al límite máximo de su competencia, por infracción, nada menos, que de seis disposiciones distintas, del contenido del acta de la visita de Inspección y del Pliego de Cargos (folios 1 y 4 del expediente), se deduce que los hechos constitutivos de las infracciones que han sido objeto de una sola sanción de multa por importe de 830.000.- pesetas, son los siguientes: a) no tener expuesta a la entrada del Hotel la placa indicativa de su categoría; b) no tener expuestos, ni en recepción ni en habitaciones, los carteles legales de precios; c) disponer de mas habitaciones que las declaradas; d) haberse fusionado con otros establecimientos hoteleros contiguos, sin autorización; y e) no observar los requisitos mínimos de infraestructura exigidos reglamentariamente.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta al primer aspecto del principio de legalidad referido en los primeros considerando, —tipicidad de la infracción— es evidente que los hechos reseñados en los epígrafes a) y b) del Considerando anterior han sido calificados correctamente como constitutivos de infracción de las Ordenes de 19 de Julio de 1968, sobre clasificación de establecimientos hoteleros, art. 3 y 15 de Septiembre de 1978, sobre régimen de precios de Alojamientos Turísticos, artículo 16, pues la primera exige que en todos los Establecimientos Hoteleros, conste a la entrada principal la placa normalizada con el distintivo del grupo, categoría o en su caso modalidad del establecimiento y la segunda, siguiendo lo ya estatuido en el artículo 54 de la O. de 14 de Junio de 1957, exige la publicidad de los precios autorizados mediante la colocación de los impresos facilitados por la Administración, en unidades de alojamiento y en la recepción y como quiera que tales hechos han sido reconocidos por el propio recurrente en su demanda, aunque justificándolos por motivos tan ingenuos como la falta de existencia de tales placas en los establecimientos del ramo y la no facilitación de los impresos por el Consell, es evidente que procede la sanción de tales infracciones, debiéndose hacer constar que por el mismo hecho relativo a la placa había sido sancionado con 5.000.- pesetas de multa por el mismo Consejo Ejecutivo en 18 de Mayo de 1981.

CONSIDERANDO: Que sin embargo no ocurre lo mismo con los hechos señalados

con las letras c), d) y e) del considerando anterior, pues el disponer de mas habitaciones de las declaradas, haberse fusionado con otros establecimientos hoteleros y no observar los requisitos de infraestructura exigidos reglamentariamente, responde al solo y único hecho de haberse fusionado el Hotel V. con dos Hoteles contiguos denominados I. y G., dando lugar a una sola explotación conjunta sin necesidad de obras, ampliación que, en su día, fue comunicada por el recurrente, propietario de los tres hoteles fusionados a la Secretaría de Turismo, lo que fue reconocido por el propio Consell al reponer en el acuerdo citado en el anterior considerando de 18 de Mayo de 1981, otro acuerdo anterior de 10 de Marzo por el que se imponía al recurrente multa de 450.000.- pesetas por infracción del Decreto 1.077/77, de 28 de Marzo, artículo 2, que exige autorización para construcciones de nueva planta o ampliación o mejora de las existentes destinadas a usos turísticos y cuyo hecho de ampliación al contemplarlo de nuevo en el acto administrativo impugnado en el presente proceso, el Consejo Ejecutivo ha fraccionado en tres infracciones: la del Decreto citado 1.077/77, la del artículo 10 del Decreto 231/65, que exige que los traspasos de establecimientos de empresas turísticas se comuniquen al Ministerio de Información y Turismo, a través de la Delegación Provincial correspondiente y la del artículo 11 del Decreto 3.787/70 de 19 de Diciembre sobre requisitos de establecimientos hoteleros y de alojamiento turísticos, que exige que los proyectos de construcción o ampliación de los alojamientos turísticos sean sometidos para autorización, si procede, a la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas, olvidando en su afán sancionador, que el hecho de la ampliación hotelera había sido contemplado en expediente anterior en el que se había reconocido que el titular había comunicado la adquisición a la Administración, (aunque, al parecer, se traspapeló la comunicación), por lo que se le exoneró de la sanción impuesta y que, además, en todo caso, la ampliación o traspaso no exigió la realización de obras cuyo proyecto debiera ser autorizado, infringiendo así, con este olvido, no solo el principio fundamental del derecho sancionador de "non bis in idem", sino también el principio de la tipicidad de la infracción.

CONSIDERANDO: Que en lo que atañe al segundo aspecto del principio —legalidad de la sanción— es preciso recordar que si bien el órgano administrativo posee potestad discrecional para imponer la sanción adecuada a cada infracción entre las que se establecen legalmente para cada tipo de faltas y en la proporción que le permita la Ley, ello no implica, en modo alguno, el que la Jurisdicción, en ejercicio de la potestad revisora de la actuación administrativa, no puede examinar si la sanción aplicada es la justa entre las que se pueden imponer y si se ha impuesto en la extensión correspondiente a la gravedad de la infracción, por entenderse que goza la Administración de entera discrecionalidad otorgada por la Ley, pues ello supondría, como ha puesto de relieve una copiosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 28 de Abril de 1964 y 26 de Noviembre de 1975) de la que ha hecho uso esta propia Sala en resoluciones anteriores como las de 15 de Octubre de 1982 y 21 de Diciembre del mismo año, una confusión entre los llamados conceptos jurídicos indeterminados y los poderes discrecionales, cuyos distintos matices han sido perfectamente diferenciados en defensa de una mas acabada garantía judicial por la técnica jurídica moderna según la cual, los segundos se caracterizan por la pluralidad de resoluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la resolución concreta, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados son configurados por la Ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a las circunstancias de hecho; que es precisamente lo que ocurre en el supuesto presente en el que el legislador, al mismo tiempo que establecía en el artículo 23.1 del Decreto citado 231/65 las sanciones que puede imponer la Administración en materia turística, determinaba en el artículo 24 que "en la imposición de las sanciones se atenderá a la naturaleza y circunstancias de la infracción, antecedentes y capacidad económica del infractor los perjuicios originados a los clientes y al prestigio de la profesión o actividad"; por lo que aplicando estos conceptos jurídicos indeterminados a las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, en las dos distintas infracciones calificadas que, como se dijo, han de sancionarse por separado, nos encontramos con que se trata de infracciones realizadas en establecimiento de categoría una estrella, con consiguiente escasa capacidad económica de su titular, que no se han originado perjuicios a los clientes ni al prestigio de la industria hotelera, pero que de una de ellas, había sido sancio-

nado con anterioridad; todo lo cual determina a reducir las sanciones de multa correspondientes a cien mil pesetas por la que es reincidente y cincuenta mil por la otra.

CONSIDERANDO: Que de todo lo anteriormente expuesto, resulta la procedencia de estimar parcialmente el recurso, para reducir las sanciones a las expresadas, sin que, por otra parte, proceda hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por "G. B. C., S.A." contra los acuerdos del Consejo Ejecutivo del General Interinsular de Baleares de 1º de Diciembre de 1981 y 6 de Marzo de 1982, que le impusieron una sanción de 830.000.- pesetas de multa por diversas infracciones en materia turística y le concedieron un plazo máximo de treinta días para legalizar la situación del establecimiento hotelero del que es titular, debemos declarar y declaramos tales actos parcialmente disconformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos también parcialmente, declarando en su lugar que el recurrente debe satisfacer una multa de 100.000.- pesetas por infracción en materia turística, siendo reincidente, de no tener en la puerta principal placa distintiva de categoría y de 50.000.- pesetas por otra infracción de igual clase de no tener a la vista, en habitaciones y recepción los precios autorizados, así como también su obligación de solicitar la legalización de la situación de ampliación por adquisición de dos Hoteles contiguos, en el plazo de treinta días, sin hacer declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

C. INDICE ANALITICO

- Actos administrativos, 16
- Base imponible
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 20
- Bonificaciones
 - Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos, 27
 - Tasas
 - Balcones y Miradores, 27
 - Entrada de Carruajes, 27
 - Prevención y Extinción de Incendios, 27
- Concesión administrativa
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 4
- Conceptos jurídicos indeterminados, 30
- Documento privado
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 20
- Estibadores portuarios, 7
- Exenciones tributarias
 - Contribución Territorial Urbana, 14
 - Tasa
 - Monopolio de Petr6leos, 19
- Funcionarios
 - Concurso-oposición, 12
 - Condiciones de trabajo, 18
 - Retribuciones, 5, 6, 10
 - Suspensión de empleo y sueldo, 26
 - Toma de posesión, 23
 - Trasposos, 24
 - Trienios, 6
- Hecho imponible
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, 4
- Impuestos
 - Contribución Territorial Urbana, 4
 - Transmisiones Patrimoniales, 4, 20
 - Incremento valor de los Terrenos, 17, 27
- Infracción normas laborales, 7
- Intrusismo profesional, 2
- Litispendencia, 8
- Regulación de empleo, 9
- Sanciones administrativas
 - Interpretación restrictiva, 15
 - Principio de legalidad, 13, 30
- Silencio administrativo, 2, 22
- Tasas
 - Balcones y Miradores, 27
 - Entrada de Carruajes, 27
 - Monopolio de Petr6leos, 19
 - Prevención y Extinción de Incendios, 27
- Urbanismo
 - Estudio de detalle, 11
 - Información urbanística, 11
 - Licencia de obras, 1, 25
 - Obras efectuadas sin licencia, 32
 - Plan Parcial, 3, 21
 - Plan Provincial de Obras y Servicios, 29
 - Proyecto de urbanización, 28

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Presupuestos para su concesión y necesidad de una concreta postulación. *Sentencia de 13 de enero de 1983**.
2. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Criterios para su fijación. Estudio de las circunstancias concurrentes. *Sentencia de 17 de enero, de 1983**.
3. **Culpa extracontractual.** Obligación solidaria de reparar a cargo de los responsables que excluye la existencia de litis-consorcio pasivo necesario: Doctrina del T.S. Culpa "in vigilando". Necesidad de probar los daños y perjuicios producidos. Presuntos perjudicados por empleo de obreros de la perjudicada en la reparación, con desplazamientos de su trabajo ordinario: Falta de prueba. *Sentencia de 19 de enero de 1983.*
4. **Divorcio.** Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C. *Sentencia de 19 de enero de 1983.*
5. **Separación matrimonial.** Infracción por parte del padre de su obligación de velar por los hijos que ha repercutido en su estado psicológico. Prueba. *Sentencia de 21 de enero de 1983.*
6. **Separación matrimonial.** Alimentos. Lo paccionado privadamente no es vinculante para los Tribunales. *Sentencia de 22 de enero de 1983.*
7. **Separación matrimonial.** Alimentos: Elementos tenidos en cuenta para su fijación. *Sentencia de 22 de enero de 1983.*

(1) La presentación y selección de esta sección han sido realizadas por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, J. Ferrer Marcel, con la colaboración de los Profs. C. Gutiérrez e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal.

8. **Separación matrimonial.** Infidelidad conyugal. No se infiere del hecho de acompañar a una mujer y visitarla en su domicilio. Conducta vejatoria para el otro cónyuge: la implica tal comportamiento. Falta grave y reiterada al deber de ayuda mutua: La constituye el negarse la esposa a tener en el domicilio conyugal a un cuñado subnormal. *Sentencia de 25 de enero de 1983**.
9. **Alimentos.** Determinación de su importe. Criterio de proporcionalidad. El ejercicio de un oficio, profesión o industria debe entenderse como posibilidad concreta y eficaz: contemplación de la actual situación socio-económica. Doctrina del T.S. Aumento del auxilio que se estableció en el proceso de separación matrimonial. *Sentencia de 25 de enero de 1983**.
10. **Divorcio.** Cese en la convivencia: inconcurrencia del tiempo exigido por la Ley. Diligencias para mejor proveer: derecho a la asistencia Letrada que no se puede prohibir, sin perjuicio del artº 340 de la L.E.C. a efectos de intervención. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*
11. **Arrendamientos urbanos.** Calificación del contrato: es de local y no de industria. Concepto de esta última modalidad contractual en la doctrina del T.S. Interpretación del contrato: insuficiencia del método literal. *Sentencia de 28 de enero de 1983.*
12. **Divorcio.** Régimen de visitas a los hijos: intrascendencia de lo estipulado en el convenio privado de separación y de lo propuesto en el pleito por las partes que queda subordinado al bien de los mismos. Pericial psicológica. *Sentencia del 31 de enero de 1983.*
13. **Alimentos.** Hijo no matrimonial: procedencia de los mismos. No acogimiento de la pretensión de sustituir la pensión por el mantenimiento del alimentatario en la propia casa del alimentista. *Sentencia del 31 de enero de 1983.*
14. **Arrendamientos urbanos.** Calificación del contrato: es de industria y no de local. Presunta novación del primitivo contrato. Requisitos de la novación. Falta de "animus Novandi". *Sentencia de 3 de febrero de 1983.*
15. **Medidas provisionales de separación.** Vigencia temporal de las mismas. Demanda absolutoria de la separación que mantiene la vigencia de las mismas. Revocación, en este punto, de la sentencia apelada. *Sentencia del 3 de febrero de 1983.*

16. **Embargo preventivo.** Trabado sobre bien inmueble adquirido en documento privado por varios extranjeros y, después, por españoles que no ostentan la condición de deudor. Mantenimiento del mismo. *Sentencia de 7 de febrero de 1983**.
17. **Embargo preventivo.** Motivo racional para creer en una ocultación de bienes: se refiere de la negación de la propiedad de unos inmuebles y del no comparecer a absolver posiciones. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*
18. **Quita y espera.** Incidente sobre nulidad del auto de admisión a trámite del expediente. Cosa juzgada formal: no tiene esta condición el auto impugnado. Legitimación de los acreedores convocados a la Junta para interponer el recurso de nulidad. Carácter extraordinario del mismo que no se pierde por no haber usado, por imposibilidad, de los recursos ordinarios. Comerciante de hecho: habitualidad. Improcedencia del expediente de quita y espera, reservado a los no comerciantes. *Sentencia de 7 de febrero de 1983**.
19. **Propiedad horizontal:** Resolución del contrato de arrendamiento por desarrollo en el local de actividades incómodas para la comunidad. Sonoridad superior a la permitida por las OO.MM. Innecesidad de demandar al propietario. Estimación de la demanda. *Sentencia de 7 de febrero de 1983**.
20. **Arrendamientos urbanos:** Cesión, subarriendo o traspado. Letrero luminoso de un tercero anclado en una terraza que constituye parte del objeto arrendado. Supone introducción de este tercero en el mismo. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de febrero de 1983**.
21. **Separación matrimonial:** Ayuda económica: aumento de los ingresos del obligado a prestarla: correlativo aumento de la ayuda hasta alcanzar la mitad de aquellos. Régimen de visitas: audiencia de los menores en ejecución de sentencia. *Sentencia de 11 de febrero de 1983.*
22. **Arrendamientos urbanos:** Resolución por Cierre. Análisis de la prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 11 de febrero de 1983.*
23. **Arrendamiento de industria:** Desahucio por expiración del plazo contractual: Prórroga del mismo no probada. Estimación de la demanda. *Sentencia de 14 de febrero de 1983.*
24. **Contratos:** Calificación. Escrito de réplica: alteración en él de lo ale-

gado en la demanda. *Sentencia de 14 de febrero de 1983.*

25. **Arrendamientos urbanos:** Resolución por cierre: oposición basada en que lo arrendado es una almacén. Prueba de la que resulta el destino del local a ventas al por mayor, al detall y a depósito de mercancías. Posterior cese de la venta al por menor. Doctrina del T.S. Hay cierre. *Sentencia de 16 de febrero de 1983*.*
26. **Juicio ejecutivo** fundado en una valoración de daños causados por incendio: carácter unilateral de la misma lo que la convierte en título inhábil para despachar ejecución. Estudio de los arts. 406 y 410 del C. de Comercio. *Sentencia de 17 de febrero de 1983*.*
27. **Juicio ejecutivo:** póliza de préstamo. *Sentencia de 17 de febrero de 1983.*
28. **Prenda.** Restitución: es requisito necesario el cumplimiento de la obligación que garantiza.- “Exceptio non adimpleti contractus” fundada en la no entrega, pactada, de los documentos acreditativos de la deuda en que se subrogó la demandada: accesoriedad del pacto y consiguiente desestimación de la “exceptio”. Solidaridad: La hay cuando tal es la voluntad de los contratantes, aval personal, en este caso.- Doctrina del T.S. *Sentencia de 18 de febrero de 1983*.*
29. **Juicio ejecutivo cambiario:** Declaraciones cambiarias características. Acepto: alegación de que fue puesto por el demandado en su condición de administrador: desestimación de la excepción. Provisión de fondos: sus clases: letra que renueva a otra anterior: existe provisión. *Sentencia de 21 de febrero de 1983*.*
30. **Arrendamientos urbanos:** traspaso: lo constituye la aportación del local a una sociedad civil. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*
31. **Arrendamientos urbanos:** Local de negocio. Cierre. Interpretación del contrato en el que se pacta el destino del local a actividades de “lícito comercio” lo que significa su afección a local y no a almacén. Supuesto consentimiento tácito al cambio. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*
32. **Arrendamientos urbanos.-** Acción de nulidad de una donación. Legitimación del inquilino. Inadecuación del procedimiento incidental de la L.A.U. Transcendencia de la notificación de la donación cuya falta no la vicia de nulidad. *Sentencia de 21 de febrero de 1983*.*

33. **Corretaje.** Personas obligadas al pago de la comisión: Doctrina del T.S. Inexistencia de contrato. Análisis de la prueba y desestimación de la demanda. *Sentencia de 21 de febrero de 1983**.
34. **Arrendamiento de servicios.** Vigilante. Duración del contrato. Desistimiento unilateral y actos propios que lo contradicen. *Sentencia de 23 de febrero de 1983.*
35. **Arrendamiento de industria:** Desahucio por falta de pago: Contrato en el que se pacta una determinada renta como "mínimo asegurado", aumentable a tenor del coste de la vida. Cláusula que somete la prórroga del contrato a la obtención de determinados beneficios en los que participa el propietario. Resolución al amparo de que tal techo no se ha alcanzado. Tácita reconducción que enerva la facultad resolutoria. *Sentencia de 25 de febrero de 1983.*
36. **Personación en juicio:** poder otorgado después del término del emplazamiento: infracción del artº 840 de la L.E.C. y firmeza de la sentencia apelada. *Sentencia de 25 de febrero de 1983.*
37. **Ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos, amparada en la inedificabilidad del terreno vendido. Existe provisión (provisión = venta). *Sentencia de 28 de febrero de 1983**.
38. **Tercería de dominio.** Requisitos: necesidad de que el dominio del tercerista esté vigente en el momento de la traba. Anterior adjudicación en subasta de los bienes embargados. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*
39. **Divorcio:** Alimentos y pensión compensatoria. Actualización. Análisis de la prueba. *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*
40. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Es motivo de nulidad y no de excepción. Costas. Criterio subjetivo. Revocación de la Sentencia de instancia en cuanto las impone. *Sentencia de 1 de marzo de 1983**.
41. **Alimentos.** Extranjería. Convenido de 20 de junio de 1956. Litis pendencia: exige los mismos requisitos que la cosa juzgada. *Sentencia de 2 de marzo de 1983**.
42. **Quiebra:** Graduación de créditos. Sentencias que no habían ganado firmeza al declararse la quiebra: no conceden privilegio alguno. In-

transcendencia, a tales efectos, de la fecha fijada de retroacción. Retroacción: alcance: No afecta a las sentencias. Documentos: aportación y antecedentes legislativos del artº 504. *Sentencia de 3 de marzo de 1983**.

43. **Juicio ejecutivo cambiario:** Excepción de falta de provisión de fondos: es oponible cuando el tercero ejecutante intervino en el contrato subyacente. Doctrina del T.S. Existencia de provisión. *Sentencia de 3 de marzo de 1983.*
44. **Juicio ejecutivo cambiario:** Falta de provisión de fondos: carga de la prueba de la misma. Doctrina del T.S. y de la Sala. Costas: no se imponen en aplicación del nº 3 del artº 1.474 de la L.E.C. *Sentencia de 4 de marzo de 1983*.*
45. **Venta en exclusiva:** Naturaleza y caracteres de estos contratos. Doctrina del T.S. Temporalidad de los mismos de la que deriva la susceptibilidad de ser unilateralmente resolubles. *Sentencia de 7 de marzo de 1983.*
46. **Separación matrimonial:** vulneración del deber de respeto: La implica las reiteradas y públicas salidas nocturnas con mujer no propia. *Sentencia de 7 de marzo de 1983.*
47. **Juicio ejecutivo cambiario:** falta de provisión de fondos fundada en la resolución del contrato subyacente. Supuestos en que la excepción es oponible al tercero tomador ejecutante: a) Conocimiento de la improvisión anterior al ejercicio de la acción y b) actuación de mala fe. Falta de prueba que impide el éxito de la excepción. La entrega de un talón en pago de las cambiales que resultó sin fondos y la acción penal por esta causa, no enerva la ejecutiva. Protesto: su alcance. No reproducción en el acta del reverso de la letra: implica su nulidad y la del juicio. *Sentencia de 10 de marzo de 1983.*
48. **Juicio ejecutivo cambiario:** Falta de provisión de fondos. Carga de la prueba de la misma. *Sentencia de 10 de marzo de 1983.*
49. **Ejecutivo de tráfico:** Culpa exclusiva de la víctima: carácter absoluto de la exclusividad: carga de la prueba. *Sentencia de 11 de marzo de 1983.*
50. **Derecho balear:** estudio de la presunción establecida en el nº 3 del artº 3 y su destrucción por la prueba. Prueba de la posición econó-

mica de los cónyuges antes del matrimonio de la que quepa inferirse la procedencia de los recursos necesarios para la adquisición de los bienes presuntamente comunes. Depósitos bancarios titulados indistintamente: No significa la atribución de los mismos por mitad. Análisis de la prueba y destrucción de la presunción de comunidad. *Sentencia de 14 de marzo de 1983**.

51. **Juicio ejecutivo** basado en escritura pública de cesión de crédito hipotecario. Improcedente despacho de la ejecución por su total importe al estar vencido sólo en parte. Nulidad parcial del juicio al amparo de la causa 2ª 1.474. *Sentencia de 14 de marzo de 1983*.
52. **Alimentos provisionales:** Peculiaridades procedimentales respecto del juicio sobre alimentos definitivos. Absoluta equiparación, a partir de la Constitución y consiguiente adaptación del C.C., a efectos de los mismos, entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Título: posesión de estado: concepto jurisprudencial y justificación de la misma: análisis de las pruebas que la acreditan. *Sentencia de 16 de marzo de 1983**.
53. **Daños y perjuicios:** daños a vehículos. Valor venal superior al de la reparación: es procedente indemnizar por el importe del primero en aquellos supuestos en que el seguro cubra la pérdida total, por el contrario, de la sentencia se deduce que de no mediar tal cobertura no procede indemnización alguna si el importe de los daños supera el valor en venta. *Sentencia de 16 de marzo de 1983**.
54. **Juicio ejecutivo cambiario.** Renovación de letras: el impago de las nuevas hace recobrar plena eficacia a las primitivas. Timbre: fraccionamiento del pago que produce una disminución del impuesto: queda subsanada la deficiencia mediante adición de pólizas complementarias. *Sentencia de 6 de marzo de 1983**.
55. **Reclamación de cantidad:** Temeridad: inexistencia. *Sentencia de 17 de marzo de 1983*.
56. **Servidumbre de paso:** Acción confesoria ejercitada por el titular de dos fincas contiguas: concesión de la servidumbre a favor de las dos pero por una sola vía. Determinación del lugar o punto menos perjudicial: elementos tenidos en cuenta. Acto de conciliación: no es necesario al ser el pleito consecuencia de otro anterior no fallado en cuanto al fondo por incompetencia de jurisdicción. Finalidad del acto de conciliación. *Sentencia de 21 de marzo de 1983*.

57. **Culpa extracontractual:** las obligaciones que dimanar del artº 1.902 del C.C. son solidarias. Consiguiente desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Requisitos para que surja la responsabilidad. Responsabilidad ex artº 1.903: es directa: doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de marzo de 1983**.
58. **Culpa extracontractual:** accidente de circulación del que resultó el fallecimiento de un tío de los accionantes: indemnización por daños morales y criterios para la determinación de su importe. Pleito anterior en el que se postulaba una indemnización por muerte, en el mismo siniestro, del padre de los actores: su influencia en el pleito actual y doctrina del T.S. Prescripción: no la hay y doctrina del T.S. Actuación conjunta, en el mismo ordinario, del auto ejecutivo y de la acción dimanante del artº 1.902 del C.C. *Sentencia de 22 de marzo de 1983.*
59. **Donación remuneratoria:** Régimen jurídico. *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*
60. **Recurso de apelación** impropio al pretenderse una rectificación terminológica del fallo: improcedencia del mismo al ser pertinente el recurso de aclaración. *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*
61. **Juicio ejecutivo cambiario:** El plazo para anunciar la oposición es improrrogable. Sumisión tácita: la supone dicho anuncio. Renovación de cargos sociales: innecesidad de otorgar nuevos poderes para pleitos. *Sentencia de 24 de marzo de 1983.*
62. **Prescripción extintiva:** no es apreciable de oficio por lo que se debe oponer oportunamente. Acción personal ordinaria y no la trienal del nº 4 del artº 1.967 del C.C. *Sentencia de 25 de marzo de 1983.*
63. **Arrendamiento de industria:** notas que lo caracterizan según la doctrina de la Sala. Incorporación de nuevos elementos: no empece a aquella calificación. Interpretación de los contratos: prevalencia de los hechos constitutivos sobre el tenor literal.
64. **Fianza:** la obligación de los cofiadores es mancomunada, salvo que se pacte lo contrario. *Sentencia de 28 de marzo de 1983.*
65. **Marcas.** Contratos de licencia de uso: contenido de los derechos que transmite: Uso exclusivo. La transmisión de los productos incorporados a una marca supone la transferencia del derecho a usar de

ella y de anunciarla. *Sentencia de 28 de marzo de 1983.*

66. **Juicio de desahucio:** Incomparecencia del demandado y sus consecuencias: conformidad con los hechos de la demanda y consecuente sentencia de acuerdo con ellos. *Sentencia de 30 de marzo de 1983.*
67. **Indemnización de daños y perjuicios:** Se puede accionar tanto a partir del contrato como de las relaciones extracontractuales siempre que: 1º) el hecho causante sea incumplimiento obligacional e infracción del principio "nemo laedere", 2º) La doble infracción provenga del mismo autor y, 3º) el doblemente perjudicado sea el mismo sujeto pasivo. Derecho de éste a elegir la vía procesal que vincula, ex congruencia, al Tribunal. Contrato de fletamiento: obligaciones y responsabilidades del capitán del buque. Conocimiento de embarque: valor de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Defectos en el trincaje de las mercancías. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de abril de 1983*.*
68. **Legitimación activa:** venta por representante: la tiene la entidad vendedora representada. Deudores solidarios: asunción de la deuda por uno de ellos: no vincula a los acreedores que no la han consentido. Inexistencia de consentimiento. *Sentencia de 15 de abril de 1983.*
69. **Arrendamiento de obra:** Precio ajustado alzadamente: principio general que consagra su invariabilidad y supuestos en que el mismo quiebra. Cambio de constructor y forma de determinar lo levantado por el primero. Pacto contractual asociativo del contratista con los dueños de la obra mediante aportaciones a deducir del importe de las certificaciones que al no ser atendidas han impedido aquellas: eficacia del pacto y compensación de lo no aportado con lo adeudado. *Sentencia de 15 de abril de 1983.*
70. **Contrato de seguro.** Ley 50/1980, de 8 de octubre. Buena fe. Declaraciones inexactas del tomador que ocultan una dolencia previa de la que siguió su muerte. Alegación de que la firma que aparece en el correspondiente cuestionario no pertenece a aquel: queda desvirtuada por la apreciación del Tribunal al comprobar la similitud de rasgos con otras auténticas. *Sentencia de 19 de abril de 1983*.*
71. **Cosa juzgada penal:** toda sentencia penal produce efecto preclusivo y consuntivo respecto de cuantas acciones pudieran fluir de los hechos integrantes del tipo. Excepciones: a) reserva de la acción civil, b) remisión a la fase de ejecución, c) aparición de nuevas lesiones

o agravación de las ya conocidas, con posterioridad a la sentencia penal. *Sentencia de 19 de abril de 1983.*

72. **Seguro de incendio:** tomador de la póliza que se intitula propietario siendo simple arrendatario: su intranscendencia a efectos indemnizatorios a la propiedad. *Sentencia de 21 de abril de 1983.*
73. **Contratos:** Consumación: análisis de la prueba: existencia de contrato de obra. *Sentencia de 23 de abril de 1983.*
74. **Juicio ejecutivo cambiario:** inasistencia a la vista del letrado apelante: confirmación de la sentencia recurrida. *Sentencia de 23 de abril de 1983*.*
75. **Contratos.** Cumplimiento según las exigencias de la buena fe y con el alcance que la misma impone. *Sentencia de 23 de abril de 1983.*
76. **Legitimación activa:** venta por representante: la tiene la entidad vendedora representada. Deudores solidarios: asunción de deuda por uno de ellos: para que vincule al acreedor es necesario su consentimiento que no resulta del simple sellado del documento mediante aquella asunción se comunica. *Sentencia de 26 de abril de 1983.*
77. **Asunción de deuda:** efectos: liberación del primitivo deudor. Litis consorcio pasivo necesario: Inexistencia. *Sentencia de 26 de abril de 1983.*
78. **Juicio ejecutivo:** Póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles: liquidez de la cantidad reclamada que resulta de la certificación de saldo intervenida por Corredor de Comercio Colegiado. Pluspetición. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*
79. **Prueba:** Hechos sobre la que ha de versar: no están en este caso los que no hayan sido negados llanamente. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*
80. **Responsabilidad por construcción defectuosa:** Solidaridad de la misma y presunción de culpa. Fundamentos de la responsabilidad de los que intervienen en el hecho constructivo. Posible responsabilidad de la propiedad por no emprender obras de reparación: inexistencia dada la génesis oculta de los defectos. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*
81. **Responsabilidad por construcción defectuosa:** Falta de litis consor-

cio pasivo necesario por no haberse demandado al Arquitecto al que se le imputa la dirección de las obras: desestimación de la excepción: Vicio del suelo: responsabilidad del Arquitecto. *Sentencia de 27 de abril de 1983.*

82. **Culpa extracontractual:** responsabilidad ex artº 1.903 del C.C.: es directa lo que hace innecesario demandar al causante de daño. *Sentencia de 28 de abril de 1983.*
83. **Culpa extracontractual:** Carga de la prueba: inversión de la misma: doctrina del T.S. Responsabilidad del inquilino de una vivienda cuando los daños no se producen por defectos estructurales o de construcción. *Sentencia de 29 de abril de 1983.*
84. **Resolución de contrato por incumplimiento:** Imposibilidad sobrevenida y desaparición de la base del negocio, en este caso, construcción de una clínica sobre el solar objeto de la venta resuelta. Necesidad de que tal imposibilidad sea anterior al contrato y no imputable al deudor (de ser anterior, determinaría la inexistencia). Desestimación de esta defensa. *Sentencia de 29 de abril de 1983*.*
85. **Rendición de cuentas:** administrador de sociedad anónima. Derecho a información y sometimiento de la rendición a censura de cuentas. *Sentencia de 29 de abril de 1983.*
86. **Arrendamiento:** Objeto constituido por un conjunto de bienes singulares: implica complejidad arrendaticia sometida al derecho común. Indemnización por expiración del plazo solicitado por el arrendatario: no ha lugar. *Sentencia de 30 de abril de 1983.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1. DIVORCIO. Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Presupuestos para su concesión y necesidad de la concreta postulación. *Sentencia de 13 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada es impugnada por no haberse señalado a favor de la recurrente la pensión que estatuye el artículo 97 del Código Civil, pensión que debe ascender, según la parte apelante, a 18.000 pesetas mensuales, que es la que últimamente fijó a su favor el Juzgado de Primera Instancia de Inca, como alimentos definitivos, en base a la sentencia de separación conyugal definitiva perpetua dictada por el Tribunal Eclesiástico Diocesano de Tarragona el 26 de Enero de 1957, prestación económica que, según dicha parte, fué confirmada por esta Sala y está pendiente de recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo, resoluciones judiciales civiles que no han sido acreditadas, ya que no sólo no se adjuntó testimonio alguno de ellas sino que ni siquiera se propuso prueba para demostrar su certeza.

CONSIDERANDO: Que el derecho a percibir una pensión del otro conyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil —único precepto invocado por la recurrente en el acto de la vista como fundamento de su pretensión revocatoria—, es la exteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio—, ni por la suspensión judicial de la convivencia —separación—; tal pensión, que no es calificada por el legislador de alimenticia, para evitar su identificación con la tradicional del ordinal primero del artículo 143 en relación con el 142, ambos del citado Código, ni con cualquiera otra denominación específica en dicho artículo 97, ni en el apartado E) del artículo 90 del repetido Cuerpo legal, exige, para su efectividad, que se den, además de dos presupuestos fácticos expresados en dicho precepto y señalados por esta Sala en sentencia de 16 de Julio y 26 de Octubre de 1982 —a) que la separación o divorcio produzca a un cónyuge un desequilibrio económico en relación con la posición del otro y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio—, una petición en ese sentido formulada en el momento procesal oportuno, por así exigirlo el principio de congruencia —artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, pues la sentencia de divorcio o separación matrimonial no conlleva necesariamente la declaración de satisfacer la pensión que señala el repetido artículo 97, ya que se trata de un “derecho” que puede corresponder tanto a un cónyuge como al otro y que por razones y causas de las mas diversas índoles, puede no interesarle su declaración o reconocimiento.

CONSIDERANDO: Que consecuentemente con lo anteriormente expuesto y toda vez que la ahora apelante, en su escrito de contestación a la demanda, únicamente postuló, en cuanto a la cuestión de fondo que se dictase “sentencia desestimando totalmente la demanda, acordando no haber lugar al divorcio del referido matrimonio”, y en los funda-

mentos de derecho de dicho escrito se limitó a declarar la inaplicabilidad de todos los preceptos invocados por la contraparte, es por lo que procede desestimar la apelación formulada y confirmar el fallo recurrido por estar éste totalmente ajustado a derecho.

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

VISTOS Los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por J. G. A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha treinta de Diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez accidental del Juzgado de primera instancia de Inca en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

2

2. DIVORCIO. Pensión a que se refiere el artº 97 del C.C.: Criterios para su fijación. Estudio de las circunstancias concurrentes. *Sentencia de 17 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia apelada, que decreta la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los hoy litigantes y determina la entrega por el esposo a su esposa, dentro de los cinco días primeros de cada mes, de la suma de 20.000 pesetas, es impugnada por la esposa, unicamente en cuanto el importe de dicha pensión mensual que debe ser, según la recurrente, por los menos de 50.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que, a efectos de esta alzada, procede previamente indicar que el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge que estatuye el artículo 97 del Código Civil, esteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial —divorcio—, ni por la suspensión judicial de la convivencia —separación—, tiene como presupuestos fácticos, mencionados en el propio precepto 97 y señalados por esta Sala en Sentencias de 26 de Octubre y 22 de Diciembre de 1982, los siguientes: a) que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, y b) que ello implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; requisitos éstos admitidos por la parte actora, ahora apelada, ya que en su escrito de demanda insta expresamente que se ratifique la pensión señalada a favor de su esposa, en 1976, en el expediente sobre medidas provisionales de separación matrimonial y ahora, en este recurso, al postular la confirmación del fallo recaído en el que se fija, como ya se indicó, la pensión de 20.000 pesetas mensuales; lo que determina que esta apelación quede circunscrita a la fijación del “quantum” de dicha prestación periódica.

CONSIDERANDO: Que la fijación de tal pensión se ha de realizar en resolución judicial, teniendo en cuenta las circunstancias que menciona el mismo precepto 97; siendo significativo que la última circunstancia que especifica, la octava, sea la del "caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", lo que revela que estos últimos elementos constituyen mas bien la base real o material de la efectividad y límite cuantitativo de la pensión, que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias precedentes, pues en el caso de ser las expresadas en el ordinal octavo las fundamentales para la fijación de la cuantía de dicha pensión, logicamente se hubieran mencionado en primer lugar y no en último. También hay que resaltar, por interesar igualmente a la presente litis, que la primera circunstancia que especifica el repetido artículo 97 para la fijación de dicha pensión es la relativa a "los acuerdos que hubieren llegado los cónyuges".

CONSIDERANDO: Que consta probado que los cónyuges aquí litigantes, cuando se separaron en el año 1974, convinieron que el esposo remitiría 25.000 pesetas mensuales a su cónyuge (posición 4ª del actor), lo que se cumplió desde Septiembre de 1974 hasta Junio de 1975 (folio 190), y esta cantidad de 25.000 pesetas mensuales y no la de 12.000 que se fijó por auto dictado en el expediente de medidas provisionales de separación matrimoniales nº 1553/75 del Juzgado de primera instancia nº Uno de Palma (folios 72 y 73), es la que este órgano jurisdiccional de segundo grado, toma como base para la fijación del debatido importe de la referida pensión, de conformidad con lo expuesto en el anterior fundamento, así como también se tiene presente, a tal fin, y a tenor de lo prescrito en el tantas veces mencionado artículo 97, las siguientes circunstancias concurrentes: a) que el marido tiene 36 años de edad, ella 34 (folio 69); b) que el esposo es artista pintor, de gran renombre y sus cuadros alcanzan altas cotizaciones, tanto en España como en el extranjero, la esposa, es profesora de dibujo si bien carece de título oficial; c) los hoy litigantes celebraron su matrimonio canónico el 14 de Septiembre de 1970 (folio 69), conviviendo hasta finales del año 1974 y desde entonces viven separados; d) la familia de la esposa y esta misma, contribuyeron, en su principio, al igual que la propia familia del actor-apelado, a subvenir a los gastos ordinarios que los cónyuges precisaban; e) el matrimonio no tiene hijos; f) los ingresos que obtiene el esposo por su actividad profesional son muy elevados, mientras que los de la esposa, escasos y esporádicos, y g) cuando se separaron los hoy litigantes, en 1974, quedaron en poder de la esposa, cinco cuadros pintados por su marido, de los cuales ha vendido uno. Por todo, estimando en parte el recurso de apelación, se fija en 44.000 pesetas mensuales la pensión que el esposo debe abonar a su esposa, lo que conlleva la revocación parcial del fallo impugnado.

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

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por M. L. S. N., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiocho de Enero de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. señor Magistrado Juez del Juzgado de primera instancia número Tres de esta ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, unicamente en cuanto ahora se fija en CUARENTA Y CUATRO MIL pesetas la suma que el esposo entregará a su esposa, en vez de 20.000 pesetas señaladas en el fallo recurrido, confirmando todos los demás particulares de dicho fallo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

8

8. SEPARACION MATRIMONIAL. Infidelidad conyugal: No se infiere del hecho de acompañar a una mujer y visitarla en su domicilio. Conducta Vejatoria para el otro cónyuge: la implica tal comportamiento. Falta grave y reiterada al deber de ayuda mútua: la constituye el negarse la esposa a tener en el domicilio conyugal a un cuñado subnormal. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que decreta la separación matrimonial por existir concurrencia de voluntades de separarse, y determina las medidas reguladoras de tal separación, es apelada por ambos cónyuges, no por haberse acordado la separación matrimonial, instada por ambos esposos, si bien por causas diferentes, sino por no existir petición concorde de los cónyuges ni conformidad de los consortes a la petición del otro.

CONSIDERANDO: Que dos son los supuestos que señala el artículo 81 del Código Civil para que pueda decretarse judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a saber: a) por postulación concordada de los esposos —“a petición de ambos cónyuges o de uno de ellos con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio” (ordinal primero)— y b) “a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación” (ordinal segundo); en este último caso no se exige la duración mínima matrimonial de un año, pero sí la existencia de alguna de las causas que menciona el artículo 82 del mismo Código. Los cónyuges aquí contendientes, fundan sus respectivas pretensiones de separación matrimonial en el último supuesto mencionado, la sentencia la decreta en base al número primero del supradicho artículo 81, lo que impugnan ambos contendientes. Impugnación que ha de prosperar pues el hecho de que en esta litis concurren dos peticiones de separación matrimonial, la de la esposa, instada en el escrito de demanda y la del esposo, formulada por vía reconvenional, cada una de ellas por distintas causas, no tiene efecto cualificador ni modificador de las acciones ejercitadas ni de su régimen jurídico que exima al juzgador de examinar la existencia y procedencia de las causas de separación invocadas por cada uno de los cónyuges, al no existir conformidad de las partes en la procedencia de las pretensiones formuladas de adverso, pues solo la concordancia de postulación, que no se dá en el presente caso, dispensa el acreditar causa legal y hace viable la propuesta de convenio regulador de la separación, que necesariamente debe acompañarse con la demanda, según prescribe el ordinal primero del artículo 81 mencionado, propuesta de convenio que lógicamente no se pudo adjuntar al escrito instaurador de este proceso.

CONSIDERANDO: Que la actora funda su pretensión de separación matrimonial —enlace celebrado el 11 de Marzo de 1971 (folio 6)— en la infidelidad de su esposo y en la conducta injuriosa y vejatoria de éste respecto a ella (n° 1 del artículo 82 del Código Civil). Del hecho acreditado por la prueba practicada, de que el demandado durante los meses de Septiembre y Octubre de 1981 acompañara asiduamente a una mujer divorciada, frecuentara el domicilio particular de ella, sin causa profesional ni familiar que lo justificara, y se les viera cogidos del brazo por distintos lugares públicos, no puede en puridad, deducirse infidelidad conyugal a efectos de esta litis, pero sí calificarse de conducta vejatoria respecto a su esposa, causa de separación matrimonial mencionada en el apartado primero del referido artículo 82.

CONSIDERANDO: Que igualmente se ha de estimar la petición de separación matrimonial formulada por el esposo reconviniente por violación grave y reiterada por parte de su esposa de sus deberes conyugales de ayuda y actuación en interés de la familia (nº 1 del artículo 82 del Código Civil). Como antecedentes fácticos de esta conclusión y base de la misma, conviene señalar, al ser hechos reconocidos o probados, que el marido tiene dos hermanos subnormales, uno de ellos profundo que es atendido por unos parientes lejanos en una pequeña localidad de la provincia de Salamanca, el otro, llamado F. C. P., de 36 años de edad, con un coeficiente intelectual aproximado de 40-50, vive desde poco antes de la muerte del padre de ellos —Septiembre de 1980— con su hermano mayor, el hoy reconviniente, que es su tutor testamentario, y que había asumido moral y legalmente, juntamente con su otro hermano, de profesión médico, la custodia y guarda de dicho incapaz frente a su padre, el cual entregó al aquí reconviniente en distintas ocasiones, importantes sumas de dinero —varios millones de pesetas— con el único objeto de que atendieran a sus hermanos incapacitados “cuando tengan necesidad”, y la esposa, ahora reconvenida, que era sabedora antes de contraer matrimonio que su futuro marido tenía dos hermanos subnormales y que conocía la obligación que asumió su marido de atender y cuidar de sus hermanos incapacitados y a la que dió su plena conformidad y consentimiento, firmando en los años 1973, 1975 y 1980 los correspondientes documentos en los que se hacía constar en primer lugar la entrega del efectivo aludido o se reconocía su recibo, si bien, en su escrito de contestación a la reconvencción, tachó de falsas las firmas que aparecen con su nombre en los referidos documentos y cuyas autenticidades fueron afirmadas en el amplio y completo peritaje caligráfico practicado en este pleito (folios 276/278), niega reiteradamente la necesaria y lógica ayuda y cooperación que su marido necesita para que pueda cumplir sus obligaciones morales y legales con su hermano subnormal, que también son propias de la reconvenida, no queriendo que el citado incapaz viva en el hogar conyugal e incluso le expulsó de casa, alegando que dicho subnormal realiza actos insoportables, sin mencionarlos ni aludirlos, y que su presencia en el hogar es dañosa para sus dos hijos, cuanto consta probado que el repetido incapaz, durante los seis meses al año que está con el hoy reconviniente —los otros seis meses permanece con el otro hermano que es médico—, asiste desde las 9 de la mañana hasta las 5 de la tarde a un taller ocupacional buscado por la propia reconvenida (posición 16*), observa buena conducta y carece de todo tipo de agresividad (folio 90). La expresada conducta de la esposa, tan insolidaria como obstativa al cumplimiento de las legales y morales obligaciones recayentes sobre su marido y asumidas expresamente por ella misma, respecto a un hermano de aquel, necesitado por su subnormalidad de una especial ayuda en el ámbito familiar, constituye una violación grave y reiterada de sus deberes conyugales, incluida en el número primero del artículo 82 del Código Civil como causa de separación matrimonial.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede estimar ambos recursos formulados y revocar la sentencia apelada en cuanto decreta la separación matrimonial “por existir concordancia de voluntades acerca de la procedencia de la separación matrimonial”, y acordarla por las causas concretas antes mencionadas; manteniendo, por no haber sido objeto de impugnación, todas las medidas reguladoras de dicha separación matrimonial establecidas en la parte dispositiva de la resolución apelada.

CONSIDERANDO: Que al prosperar ambas apelaciones no es dable hacer especial imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por doña M. C. A. F. y el interpuesto por don C. C. P., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta Ciudad, en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, unicamente en el particular que dice: “y, sin necesidad de entrar en el examen de las causas de separación alegadas por uno y otro consorte, por existir concordancia de voluntades acerca de la procedencia de la separación matrimonial”, particular que se sustituye por el siguiente: “por conducta vejatoria del esposo y por violación grave y reiterada de los deberes conyugales de la esposa”, confirman-

do el resto del fallo recurrido; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

9

9. ALIMENTOS. Determinación de su importe: Criterio de proporcionalidad. El ejercicio de un oficio, profesión o industria debe entenderse como posibilidad concreta y eficaz: contemplación de la actual situación socio-económica. Doctrina del T.S. Aumento del auxilio que se estableció en el proceso de separación matrimonial. *Sentencia de 25 de enero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de decisión se centra exclusivamente en la determinación del importe de la deuda alimenticia que debe soportar el esposo apelante respecto de su esposa de la que está jurídicamente separado, y de un hijo de ambos mayor de edad, en atención a las particulares circunstancias en que éstos se hallan, imposibilitados o, cuando menos, seriamente dificultados para subvenir a sus propias necesidades, contrayéndose la impugnación del marido a la insuficiencia de sus percepciones laborales para prestar el auxilio dispuesto por la sentencia recurrida —ascendiente a 40.000 pesetas en favor de su esposa y 20.000 pesetas para su hijo—, así como a las posibilidades de éstos para, en cierta medida, atender a su propio cuidado, solicitándose una ponderada reducción en el montante señalada por el juzgador de instancia. Debe examinarse, en primer término, la cuantía de los ingresos que el esposo percibe, por razón de su trabajo o por cualquier otra causa, como medio de establecer una de las dos bases a que debe atenderse, según indica el artículo 146 del Código Civil, a la hora de fijar la suma en que debe traducirse la prestación alimenticia, condicionada siempre por un criterio de proporcionalidad en que tanto se tenga en cuenta la posibilidad económica de quien los debe dar como la necesidad de quien los recibe; y, a tal efecto, ha de estarse a los elementos probatorios obrantes en autos, desprendiéndose de ellos, y singularmente de la certificación expedida por la entidad en que aquél trabaja, que sus ingresos líquidos superan con mucho el millón y medio de pesetas, lo que significa que, en números redondos, obtiene mensualmente cerca de las 150.000 pesetas, incluidas las remuneraciones extraordinarias, a lo que debe añadirse el montante de pequeñas inversiones mobiliarias y otros ingresos, cuyo concepto no aparece especificado en la certificación expedida por la entidad bancaria en que aquél deposita sus ingresos, pero que en modo alguno pueden olvidarse si es que lo pretendido es precisar lo más exactamente posible uno de los soportes en que ha de basarse el aludido criterio de proporcionalidad. De otra parte, en relación con la situación en que se encuentran la esposa e hijo alimentistas, ha quedado suficientemente demostrado que ninguno de ellos es capaz actualmente de desempeñar trabajo alguno que les permita subsistir con las cantidades hasta ahora remitidas por el alimentante (quince mil pesetas), pues tanto una como otra padecen de deficiencias físicas decididamente imposibilitadoras que tan sólo pueden ser compensadas mediante un incremento de esa cantidad: la cardiopatía mitral con predominio de la estenosis, que impide a la esposa el desempeño completo de cualquier actividad

laboral, y buena prueba de ello es la cesación en la explotación de una tienda de comestibles que hasta 1977 dirigía, lo que le permitía subvenir parcialmente a su cuidado y al de su hijo, así como la minusvalía de éste, de carácter permanente, que le imposibilita realizar cualquier trabajo físico o aquellos otros para los que se exija tener buena visión, imponen modificar el importe del auxilio económico soportado hasta ahora por el esposo, aumentándolo sustancialmente.

CONSIDERANDO: Que, frente a esta conclusión, no puede tener eficacia el hecho de que el hijo del matrimonio pudiera dedicarse a alguna actividad laboral, siempre dentro de los límites que su estado físico impone, pues el ejercicio de oficio, profesión o industria a que se refiere el número tercero del artículo 152 del Código Civil no debe entenderse "como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias" (sentencia de 10 de julio de 1979, que reproduce la doctrina expuesta en las de 31 de diciembre de 1942 y 9 de diciembre de 1972), y son patentes las dificultades actualmente existentes para hallar una colocación debidamente remunerada; ni puede tener tampoco incidencia la circunstancia de que la esposa vendiese o traspasase la tienda de comestibles, pues, tal y como ha quedado acreditado en autos, sirvió el importe obtenido para comprar una vivienda cuya titularidad corresponde al hijo del matrimonio, significando ello una reducción en los gastos ordinarios que en otro caso se hubiesen visto incrementados, reflejándose probablemente en la cuantía de lo que se reclama, pero sin que ello pueda justificar en modo alguna una aminoración en la suma de la deuda alimenticia, ya que ésta se contrae tan sólo a los conceptos de alimentación, vestido, medicamentos y gastos de mantenimiento de la vivienda, por lo que, dados tales condicionantes es a partir de éstos que han de ser depuradas las necesidades de los reclamantes. Supuestas, pues, las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades de los alimentistas, aparece evidente que el objeto de la necesidad de éstos puede detraerse de las posibilidades económicas de aquél sin que queden seriamente afectados sus recursos, en tanto que el esposo puede atender de modo adecuado sus particulares necesidades sin excesiva mengua de sus ingresos y posibilidades de actuación en la vida, dándose cumplimiento así a las exigencias impuestas por los artículos 142, 146 y siguientes del Código Civil así como a sus principios, inspiradores.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no debe hacerse especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador R. en nombre y representación de don F. G. C., contra la sentencia de ocho de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en el juicio de alimentos provisionales de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Clement Duran).

pañoles que no ostentan la condición de deudor. Mantenimiento del mismo. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el problema a dirimir se centra en la oposición a un embargo preventivo decretado sobre un bien inmueble, fundamentándose la impugnación en que uno de los demandados en el juicio declarativo de que dimana el incidente que se examina (el único que ostenta nacionalidad española), que aparece como comprador del inmueble en su escritura pública de venta, no es deudor al propio tiempo de la entidad actora, promotor del embargo, sino que sus deudores —tal y como consta en la documentación incorporada de la deuda— son otros demandados (éstos extranjeros), por lo que se estima que mal puede embargarse un bien perteneciente a persona distinta de los deudores. Para centrar exactamente lo que debe ser resuelto, se hace preciso aceptar como dados los siguientes hechos: 1º) el día 22 de febrero de 1980 se suscribió contrato privado, entre Inmobiliaria R. S.A. y R. K., H. W., A. K. y P. E., por virtud del cual aquélla vendía a éstos el inmueble de referencia; 2º) en sucesivas fechas —7 de octubre de 1980, 5 y 8 de enero y 3 de julio de 1981— fueron suscritos diversos contratos entre F. (la entidad actora) y A. K., P. E. y R. K., por los que se adquiría maquinaria diversa así como se convenía la realización de obras relacionadas con su instalación y puesta en funcionamiento; 3º) el día 3 de julio de 1981 (por tanto, la misma fecha que la del último contrato) se inscribió en el Registro Mercantil la escritura de constitución de la sociedad anónima No name, adquiriendo así personalidad jurídica, la cual estaba integrada por P. E. y A. K., quienes suscribieron, cada uno de ellos, una cuartanparte de sus acciones, correspondiendo a un súbdito español, cuya identidad no viene al caso, la suscripción de la otra mitad; 4º) el día 9 de julio de 1981 fue otorgada escritura pública de venta del inmueble de referencia, siendo R. S.A. quien vendía a J. R. M., que intervino en su propio nombre y derecho; y 5º) el día 22 de julio de 1981, J. R. M. compró al contado, con intervención de Corredor de Comercio, 75.000 pesetas en acciones de la entidad N. N. S.A.

CONSIDERANDO: Que, analizados cuidadosamente los hechos expuestos y conectados con la fundamentación mantenida por los impugnantes, ha de llegarse a una conclusión totalmente opuesta a la misma, ya que, sin entrar en el estudio de la cuestión de fondo y sin prejuzgar lo que debe ser objeto de resolución después de haberse seguido el litigio por sus trámites y garantías procesales, se muestra como incontestable que la concurrencia de dos documentos, uno privado y otro público, en los que aparece como vendedora la misma entidad y como objeto vendido el mismo bien inmueble, modificándose tan sólo la persona del comprador, que es distinto en cada uno de ellos, sin que consten las relaciones que haya podido haber entre los mismos, no permite anticipar cuál de esos documentos es el que ostenta verdadera eficacia, so pena de inmuscuirse en asuntos que escapan del objeto de la presente resolución, por lo que, dadas las características de esta cuestión litigiosa, centrada exclusivamente en determinar la procedencia o improcedencia de un embargo preventivo, no es posible dejar de aceptar la posibilidad de que sea decretada la eficacia de sólo uno de esos documentos al resolverse el problema sustantivo o de fondo planteado en el juicio declarativo principal, y, si esto es así, no existe inconveniente alguno para poder reputar, prima facie, la posible eficacia del contrato privado de venta, con lo que, dándose cuantos requisitos exige el artículo 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (extranjería de los demandados no naturalizados y también sospecha o motivo racional para creer que ocultarán sus bienes en España, así como existencia de una deuda suficientemente acreditada a su cargo), y siendo así que es admisible la hipótesis —pendiente de dilucidación en juicio declarativo— de que el inmueble embargado pueda pertenecer a esos deudores, debe confirmarse la sentencia recurrida manteniéndose el embargo preventivo decretado.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto el pago de costas.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Colom Ferrá en nombre y representación de don P. E. Don R. K., Don A. K y Don J.A. R. M., contra la sentencia de veintidos de febrero de mil novecientos ochenta y dos, en el incidente de oposición a embargo preventivo de que este rollo dimana, dictada por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran)

18

18. QUITA Y ESPERA. Incidente sobre nulidad del auto de admisión a trámite del expediente. Cosa juzgada formal: no tiene esta condición el auto impugnado. Legitimación de los acreedores convocados a la Junta para interponer el recurso de nulidad. Carácter extraordinario del mismo que no se pierde por no haber usado, por imposibilidad, de los recursos ordinarios. Comerciante de hecho: habitualidad. Improcedencia del expediente de quita y espera, reservado a los no comerciantes. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que frente a la pretensión deducida por las entidades bancarias acreedoras, ahora recurrentes, y que, fundamentada sustantiva y esencialmente en la vulneración del artículo 1130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por corresponder a los deudores la condición de comerciantes, tiene como objeto la nulidad del auto por el que, en fecha 6 de febrero de 1981, se admitía a trámite el expediente de quita y espera, los promovedores de éste oponen una defensa, de necesario examen previo dado su carácter formal, estructurada sobre los motivos siguientes: 1) Cosa juzgada formal del auto citado; 2) Falta de acción y 3) Falta de litisconsorcio pasivo.

CONSIDERANDO: Que los dos primeros motivos de oposición enunciados proceden ser conjuntamente desestimados, pues tanto a la excepción de cosa juzgada formal en su específica entidad de efecto dentro del mismo proceso, implícito en la inimpugnabilidad de toda resolución judicial, como a la falta de acción de los acreedores le es aplicable la doctrina que contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1930, indica: 1) La imposibilidad de que los acreedores interpongan los recursos ordinarios, previos y precisos para utilizar el extraordinario de nulidad, dado que no eran parte en el procedimiento cuando se dictó el auto declarando en estado de quita y espera a los deudores; 2) La legitimación de los acreedores convocados a Junta y comparecidos en el procedimiento para interponer el recurso extraordinario mancionado y 3) La potencialidad de la causa fundamentadora que luego se analizará para lograr los efectos anulatorios pretendidos.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al tercer motivo de oposición enunciado tanto por la fundamentación, ahora compartida, del Juez a quo, como por la

que, con finalidad corroborativa, se articula en lo que sigue: A) La quita y espera, en cuanto procedimiento que tiende a eliminar unos procesos de ejecución individual o colectiva, es un beneficio del deudor no comerciante; B) En la quita y espera no hay declaración de derechos y C) La pretendida nulidad de la solicitud y admisión de un beneficio que no corresponde a los deudores comerciantes no afecta a la situación jurídico-patrimonial de los acreedores cuyos derechos se mantienen con la misma entidad y posibilidades de realización que tenían con anterioridad a la solicitud instauradora del procedimiento de quita y espera.

CONSIDERANDO: Que para la resolución de la cuestión sustantiva conviene precisar a modo de premisas que como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 11 de octubre de 1982: 1) que la condición de comerciante en nuestro sistema se basa en la nota de habitualidad requerida por el artículo 1-1º del Código de Comercio. Nota de habitualidad que no se acredita exclusivamente por el vía contemplada en el artículo 3 del Cuerpo legal referido, hasta el punto de haber sido equiparada a la de profesionalidad; 2) que este ejercicio continuado, profesionalizado, determina la condición de comerciante sin el aditamento de formalidad alguna; 3) que como tiene declarado esta Sala en sentencia de 8 de febrero de 1982 “resulta básico en trance acreditativo de esta situación de “comerciante de hecho” o no matriculado, parificable en lo adverso a la de comerciante inscrito conforme al artículo 18 del Código de Comercio, la propia forma de conducirse en sus relaciones jurídicas el deudor, y su reiterada autoproclamación de la condición de comerciante o industrial, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en su Sentencia 115/979, de 25 de junio...” y 4) que ejercer el comercio en nombre propio quiere decir adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio bien directamente, bien a través de simples personas o sociedades interpuestas, pues en ambos casos resultará, en sentido jurídico, ser dueño del negocio con los efectos antedichos.

CONSIDERANDO: Que la constancia de los datos precitados resulta acreditada en los autos en cuanto los medios probatorios aportados ofrecen como resultado: 1) Una reiterada autoproclamación por parte del deudor D. E. D. R. bien de la condición industrial, bien de la de comerciante, en distintas escrituras públicas de disolución de comunidad, compraventas, préstamos con garantía hipotecaria, e incluso en la inscripción de la constitución de la Sociedad Anónima C. en el Registro Mercantil y 2) Un ejercicio reiterado y continuo de actos u operaciones mercantiles realizados en nombre propio por los deudores-solicitantes y evidenciado por: a) Los numerosos efectos cambiarios aceptados por D. E. D. R.; b) La admisión exprese realizada por este deudor y su esposa cuando en documento de reconocimiento de deuda por importe de 6.391.406,30 pesetas se hace constar “Que debido a las relaciones comerciales mantenidas entre “V. C. S.A.” y “D. E. D. R., bien personalmente, bien girando en nombre de “C” se ha efectuado un pase de cuentas al 30/10/80...”; c) Las solicitudes que los tres deudores dirigieron al B. C. S.A. para obtener descuento de efectos comerciales de su tráfico mercantil, con exclusión de todo otro origen y d) La propia confesión judicial en la que reconocen ser los únicos socios y accionistas de C, que esta entidad tiene un capital social de 500.000 pesetas y que, pese a carecer de recursos económicos, no tiene obligación alguna pendiente de cumplimiento, pues, —hecho primero de la solicitud del beneficio de quita y espera— las han asumido personalmente ascendiendo a 151.999.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que los hechos anteriores imponen concluir que los deudores son comerciantes pues utilizan una sociedad de estructura familiar para la realización de actos de comercio, como reconoció D. R. D. en su confesión judicial al manifestar ser cierto que “el confesante y demás socios de COANSA pretenden desarrollar una actividad de comercio al amparo de dicha sociedad anónima la cual carece de recursos propios, bienes y patrimonio”. Conclusión que conduce necesariamente a la nulidad pretendida dado que ha sido infringido el artículo 1130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto exigen que los deudores no ostenten la condición de comerciantes para que les corresponda la posibilidad del beneficio de quita y espera establecido por la normativa que tal precepto contiene. Nulidad frente a la que ninguna eficacia tiene la argumentación contenida en el cuarto considerando de la resolución recurrida, por cuanto la impugnación del convenio en base a la normativa contenida en el artículo 1149 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil está limitada a las causas por éste establecidas entre las que no se halla la motivadora de la nulidad que se declara, y la oposición permitida por el artículo 1170 del mismo Cuerpo legal se dirige contra la declaración de concurso que pretender ser evitada, precisamente, por el convenio al que se dirige el procedimiento cuya exigencia básica ha sido incumplida.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las de este grado jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el B. E. C., S.A. y el B. C., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, el once de febrero de mil novecientos ochenta y dos, en el incidente sobre nulidad de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos esta resolución, y estimando las demandas interpuestas por las entidades bancarias recurrentes, previa desestimación de la oposición formal que frente a las mismas articularon D. F. D. R., D^a. F. J. C. y D. R. D. J., debemos declarar y declaramos, por ostentar los deudores la condición de comerciantes, la nulidad del auto que en fecha seis de febrero de mil novecientos ochenta y uno admitió a trámite la solicitud del beneficio de quita y espera, así como la de las diligencias subsiguientes, y ello sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: J. Luis Calvo Cabello).

19

19. PROPIEDAD HORIZONTAL. Resolución del contrato de arrendamiento por desarrollo en el local de actividades incómodas para la comunidad. Sonoridad superior a la permitida por las OO.MM. Inneccesidad de demandar al propietario. Estimación de la demanda. *Sentencia de 7 de febrero de 1983.*

Se acepta la fundamentación de la sentencia recurrida excepto la contenida en sus dos últimos considerandos.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente el tema litigioso objeto del nuevo enjuiciamiento que se realiza en esta alzada, conviene precisar: A) Que atendido el contenido íntegro de la demanda instauradora de la litis, la única acción ejercitada por la Comunidad de Propietarios, ahora apelada, es la establecida por la normativa contenida en el párrafo 2º de la L.P.H.; B) Que con el ejercicio de dicha acción se pretende obtener la resolución del contrato de arrendamiento concertado entre el demandado Don A. R. M., como propietario, y el demandado Don J. L. L. A., como arrendatario, y que tiene como objeto el local de negocio sito en la planta baja del edificio de la Comunidad actora y C) Que la causa resolutoria consiste en la actividad incómoda que se desarrolla en el music-pub instalado en el local citado, infringiéndose el artículo 7 de la L.P.H. y los artículos 8 y 24 de los Estatutos de la Comunidad.

CONSIDERANDO: Que de las premisas anteriores se deriva el inmediato rechazo de la inadecuación de procedimiento alegada ex novo en esta instancia, dado que del análisis de la normativa contenida en el artículo 19, de la L.P.H. y en los artículos 122 y 123 de la Ley Arrendamientos Urbanos es claro que la competencia para el conocimiento y resolución del tema litigioso corresponde a los Juzgados de Primera Instancia mediante el trámite establecido para los incidentes.

CONSIDERANDO: Que como dice la Exposición de Motivos de la L.P.H. "Intimamente unidos a los derechos de disfrute aparecen los deberes de igual naturaleza" por lo que se ha procurado dictar unas normas —especialmente la contenida en el artículo 7 del texto legal citado, tanto por su específico contenido prohibitivo como por la validez que otorga al de igual naturaleza que pueda establecerse en los Estatutos— dirigidas a asegurar que el ejercicio de los derechos propios no genere perjuicios de los ajenos ni menoscabo del conjunto de éstos, al objeto de dejar así establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica. Convivencia normal que la Comunidad actora entiende no puede existir cuando en el inmueble se desarrolla una actividad incómoda como es la musical propia del music-pub instalado en un local de la planta baja de aquél.

CONSIDERANDO: Que la calificación de una actividad como incómoda no ha de hacerse apriorísticamente y sólo por las características que ella tenga, sino atendiendo al modo de realizarla y a la conducta que su titular adopte frente a las advertencias que le hayan sido hechas, y analizado el material probatorio obrante en la litis resulta acreditado: 1) Que la actividad musical realizada en el local objeto del contrato cuya resolución se pretende se desarrolla de modo que, objetivamente, es molesta, pues así debe concluirse de la simple comparación entre los 47 decibelios que, como promedio, fueron detectados por el Servicio de Industria de la Delegación Provincial de Baleares cuando el día 23 de mayo de 1981 se efectuaron mediciones de nivel sonoro en un piso situado en la planta primera del edificio donde se ubica el local mencionado, y los 20 decibelios permitidos, como límite máximo, por las Ordenanzas Municipales de esta Ciudad, y 2) Que la conducta mantenida por el codemandado arrendatario ha sido contraria al mantenimiento de las normas de convivencia pues sabedor desde el 11 de junio de 1981 —fecha del requerimiento obrante al folio 20— que la actividad musical que se producía en el local era incómoda para la Comunidad actora y que ésta tenía la intención de acudir a los Tribunales para obtener el restablecimiento de una convivencia tranquila ninguna acción realizó —graduación del volumen musical o adopción de medidas técnicas— para lograr conseguir el mismo fin a, que en definitiva, resultaba obligado en su condición de ocupante de un local que forma parte de una comunidad.

CONSIDERANDO: Que cuanto antecede conduce necesariamente a mantener la sentencia impugnada en su pronunciamiento resolutorio y a modificarla en su pronunciamiento condenatorio del propietario del local arrendado, pues siendo que, una vez desatendido por este titular el requerimiento fehaciente que preceptivamente debe realizar la Junta de Copropietarios para que, en término prudencial, ejercite la acción directa destinada a obtener el lanzamiento o la resolución del contrato, el párrafo segundo del artículo 19 de la L.P.H. faculta a la Junta mencionada para subrogarse en el lugar del propietario y, por tanto, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de junio de 1972, con sus mismos derechos y obligaciones, es obvio que ni es necesario dirigir la demanda contra él, ni existe causa que motive su condena.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 149 de la L.A.U. no procede hacer especial declaración sobre el pago de las costas causadas en la primera instancia, como tampoco sobre las de este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. R. M. y desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J.L. L. A., ambos contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma, en veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio sobre resolución de contrato de arrendamiento de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y estimando parcialmente la demanda in-

terpuesta por la C. P. E. T. contra los citados recurrentes, debemos absolver y absolvemos de sus pedimentos al demandado D. A. R. M., confirmando el resto de la resolución excepto en su pronunciamiento sobre las costas que se sustituye por el que ahora se dicta consistente en la ausencia de declaración expresa sobre las mismas así como sobre las de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

20

20. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Cesión, subarriendo o traspaso. Letrero luminoso de un tercero anclado en una terraza que constituye parte del objeto arrendado. Supone introducción de este tercero en el mismo. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la pretensión del apelante se centra, al igual que en la instancia, en la resolución de contrato de arriendo tanto por la cesión, traspaso o subarriendo de una parte de su objeto sin consentimiento del arrendador (causas segunda y quinta del artículo 114 de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos) como por la realización, sin el consentimiento debido, de obras modificadoras de la configuración de lo que se arrendó, aduciendo que la colocación de un letrero luminoso, situado en la cornisa superior del edificio, y que precisó de algunas varillas metálicas para su sujeción, las cuales se tuvieron que anclar en el suelo de su azotea, comporta la cesión a un tercero —el que ordenó instalar dicho letrero— del uso de la porción de espacio ocupado por las varillas y enclajes, dando por supuesto que la parte arrendadora se reservó, tal y como se especificó en el contrato, la utilización de la total cornisa superior de la edificación para la instalación de anuncios publicitarios, y, por otra parte, ello significa la variación de la configuración del terrado que fue arrendado en unión de varias plantas de un edificio para ser destinado a explotación hotelera. Determinado con precisión lo que la parte recurrente pretende, y antes de examinar el problema jurídico suscitado, se hace necesario puntualizar, para una mejor delimitación del tema a resolver, lo siguiente: a) es claro que, aun cuando en el texto del contrato se reseña que la finca objeto del contrato sea el zaguán y los pisos primero al cuarto, sin mencionar para nada el terrado, ha de entenderse incluido éste dentro del objeto arrendado, no sólo porque así se infiere de una interpretación lógica y sistemática del contrato, sino porque es el mismo arrendatario quien manifiesta, al confesar en juicio (posición octava, folios 57 y 58), que utiliza el terrado como lavandería, trastero y tendero de ropa; b) es asimismo obvia la exclusión de la total cornisa superior de la edificación arrendada, pues expresamente se consignó (cláusula sexta) que el arrendador se la reservaba con el objeto de poderla destinar a la instalación de letreros publicitarios; c) es la colocación de un letrero luminoso en dicha cornisa lo que precisamente engendra el problema que ahora se ventila, quedando fijado, como elemento del que debe partirse para su adecuada solución, que la situación de tal letrero se corresponde con exactitud con la mencionada cornisa, esto es, ocupa la zona que contractualmente se determinó como excluida del objeto arrendado, y así se desprende de las manifestaciones efectuadas confe-

sando en juicio el arrendador (posiciones quinta y sexta, folios 62 y 63); d) por consiguiente, el problema litigioso no se halla tanto en la ubicación del mismo letrero luminoso cuanto en la de las varillas metálicas que sirven de soporte al mismo y que discurren ya a través del terrado arrendado y se sujetan en su suelo mediante tornillos. Es precisamente en relación con tales varillas, su recorrido y anclaje, que se suscita el problema de determinar si ello ha supuesto alguna modificación en la configuración del terrado, como parte del objeto arrendado, y si, en su caso, ha conllevado la cesión, traspaso o subarriendo de una parte del mismo.

CONSIDERANDO: que la instalación de varillas metálicas, que soportan y sujetan el mencionado letrero luminoso, las cuales discurren y se anclan en el suelo del terrado, objeto parcial del arrendamiento, supone una clara invasión en lo arrendado y la consiguiente introducción de un tercero ajeno al contrato en el uso y disfrute de ese objeto, por lo que se hace precisa la expresa autorización del arrendador para efectuar la instalación so pena de conculcar los derechos que éste siempre mantiene sobre aquél y que exclusivamente cedió, por vía contractual arrendaticia, al mismo arrendatario, sin que éste pueda, unilateralmente y sin contar con el arrendador, consentir, tolerar o meramente ignorar las actividades que un tercero pueda realizar en todo o parte de lo locado, introduciéndose en él y beneficiándose con su uso o disfrute, de tal suerte que ha de ser el arrendatario quien responda de cualquier obra que se realice en el local contratado, bien porque él mismo las efectuó o bien porque autorizó o no se opuso a que un tercero les hiciese, o porque, cuando menos, no lo puso en conocimiento del arrendador, deviniendo así en responsable de las infracciones que se hayan podido cometer (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1965). Es obvio, pues, que en modo alguno cabe la introducción de un tercero ajeno al contrato, dada la prohibición legal de que lo arrendado por una persona sea ocupado en todo o en parte por otra, salvo si existe autorización por el dueño o arrendador (sentencia de 3 de abril de 1965), ya que por la esencia misma de este contrato se transmite el goce o disfrute de la cosa arrendada únicamente al arrendatario, quien, sin consentimiento del arrendador, no puede introducir en ese goce o disfrute, total ni parcialmente, ni de una manera permanente ni limitada, ni gratuita ni onerosamente, a un tercero ajeno a la relación arrendaticia, sin exponerse a las sanciones previstas en los números segundo y quinto del artículo 114 de la ley (sentencia de 23 de junio de 1965). En el presente caso, aparece clara la penetración de un tercero, colocando las varillas de sujeción en el suelo del terrado que es objeto parcial del arriendo, y disfrutando de una porción de terreno para lo que tan sólo estaba facultado el arrendatario, lo que debe estimarse, cuando menos, como consentimiento tácito o tolerancia de éste, arrogándose unas facultades que en modo alguno tiene concedidas, sino que únicamente son ostentadas por el arrendador como dueño que es del objeto arrendado, de tal suerte que, lejos de autorizar o tolerar o ignorar la instalación de esas varillas, debió aquél comunicar en debida forma al propietario arrendador la introducción de ese tercero en el goce de algo sobre lo que carecía de derecho, por lo que, a falta de constancia de esa comunicación, ha de entenderse producida una cesión en el uso y disfrute de una parte del objeto arrendado sin conocimiento ni autorización de aquel a quien correspondía otorgarla, significando ello, en consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación especial arrendaticia urbana en materia de cesión o traspaso (causa quinta del artículo 114), que se remite a sus artículos 23 y siguientes (capítulo IV de la ley), y procediendo así la resolución del contrato de arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que, en relación con la causa de resolución séptima del mencionado artículo 114, no procede estimarla en tanto que la introducción de algunas varillas metálicas en una azotea no significa una manifiesta alteración en su configuración, requiriéndose un cambio esencial y sensible y no meramente accidental o circunstancial, como ocurre en el presente caso, por lo que debe ser rechazada.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149, de la normativa especial arrendaticia urbana, procede rectificar el pronunciamiento sobre costas debiéndose condenar al arrendatario al abono de las costas causadas en la primera instancia, sin hacerse especial pronunciamiento en cuanto a las ocasionadas en esta alzada al no apreciarse temeridad en el recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. F. en nombre y representación de D. J. B. C. contra la sentencia de ocho de junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Uno de los de Palma, en el juicio de arrendamiento urbano de que este rollo dimana, debemos revocar dicha sentencia y la revocamos, y, en consecuencia, estimando la demanda interpuesta en la instancia por el Procurador Sr. F. en representación del referido demandante debemos decretar y decretamos la resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio sito en la plaza Rosellón, número cuatro, letra a, condenando al demandado a estar y pasar por esta resolución mediante el desalojo del mismo. Asimismo debemos condenar y condenamos al arrendatario al abono de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las ocasionadas en esta alzada. (Ponente: Carlos Climent Duran).

25

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por cierre: oposición basada en que lo arrendado es un almacén. Prueba de la que resulta el destino del local a ventas al por mayor, al detall y a depósito de mercancías. Posterior cese de la venta al por menor. Doctrina del T.S. Hay cierre. *Sentencia de 16 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando la cuestión litigiosa sobre resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por cierre durante más de seis meses en el curso de un año (artículo 62, número tercero, en relación con el número decimoprimer del 114, de la legislación arrendaticia urbana), a cuya pretensión se accedió en la primera instancia, se solicita por el recurrente la modificación de dicha resolución y la reposición de la vigencia del contrato, apoyando su petición en la que, en su entender, estima premisa errónea de que se parte, pues, siendo la causa resolutoria la del cierre del local de negocio por haberse variado el objeto del arriendo, que de ser un local comercial abierto al público ha pasado a constituir un almacén de mercancías, lo que imposibilita el mantenimiento constante de relaciones con la clientela, conllevando eso el cierre del local, correspondía a los actores demostrar que se produjo en verdad una tal modificación, o, lo que es lo mismo, que con anterioridad al pretendido cierre se desarrollaba una actividad comercial distinta que conllevaba una relación inmediata y constante con el público, y que a raíz de esa alteración se ha operado una interrupción en tales relaciones que significan por tanto el cierre del local, única manera ésta de contrastar debidamente, en opinión del recurrente, el cambio que se dice producido, toda vez que, datando el arrendamiento de 1952, y celebrado verbalmente entre los arrendatarios y el anterior propietario del local, que lo transmitió a los actores en 1963, no ha quedado prefijado en manera alguna el verdadero destino de dicho local ni consiguientemente existe un punto de partida seguro e incontestable a partir del cual quepa realizar correctamente el análisis del problema suscitado. No cabe, sin embargo, admitir las anteriores argumentaciones en tanto que, si bien fue verbalmente con-

certada la relación arrendaticia entre los arrendatarios y el causante de los actuales propietarios del local, sin que exista constancia documental acerca del destino o finalidad que debía darse al local arrendado, y, no habiéndose justificado en otra manera alguna cuál fuera el tipo de actividad negocial a que debía dedicarse dicho local, ha de acudirse a los elementos probatorios obrantes en autos con el objeto de determinar el destino que en efecto le era dado; y del conjunto de las pruebas practicadas se desprende con toda nitidez que no sólo se ejercían en él actividades de venta al por mayor o de depósito de mercaderías para la venta ambulante, cual pretenden los arrendatarios, sino que al propio tiempo, y con independencia de la previa obtención de las licencias o autorizaciones administrativas precisas al efecto, se desarrollaban también actividades de venta al por menor o al detalle, de tal suerte que cualquier persona podía acceder al mencionado local y adquirir en él cualesquiera de los productos ofrecidos en venta. Por consiguiente, ha de partirse ineludiblemente de lo que constituye una realidad evidenciada a partir de los elementos probatorios obrantes en los autos, esto es, que en el local arrendado se ejercían actividades mercantiles de muy diversas especies, que comprendían desde el depósito de mercancías hasta la venta detallada de los objetos allí existentes, realizándose tales actividades continuamente en el tiempo y a cualquier persona que desease adquirirlos. Tomando como dado este presupuesto, apoyado en el conjunto de elementos probatorios existentes en la causa, se hace preciso comprobar si, en efecto, se ha producido alguna variación sustancial en el objeto contractual que haya traído como consecuencia el cierre del local arrendado, de acuerdo con la noción elaborada por la doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

CONSIDERANDO: Que es doctrina consolidada por numerosas resoluciones del Tribunal Supremo la que entiende que se produce el cierre de un local cuando es variado el destino del mismo, de tal modo que si inicialmente su utilización comportaba actividades creadoras de riqueza cuyo desenvolvimiento exigía la existencia de relaciones con terceras personas, y con posterioridad fue alterada esta finalidad, suprimiento esas relaciones, ha de estimarse ocasionado un cierre del local, con probable perjuicio tanto para el arrendador como para el interés social del servicio público (sentencias, entre otras, de 22 de febrero de 1960, 5 de abril de 1961, 20 de diciembre de 1962, 3 de diciembre de 1963, 8 de diciembre de 1964, 8 de febrero de 1965, 26 de marzo de 1965 y 7 de junio de 1971. Esta doctrina jurisprudencial, suscitadamente expuesta, permite su aplicación al caso presente, pues apareciendo que el objeto a que era destinado el local arrendado se contraía tanto a la venta genérica y al depósito de mercancías para ulterior venta ambulante como a la venta detallada en el mismo local, fue a partir de 1981 cuando se produjo la variación referenciada, cesándose cuando menos en la venta al por menor en dicho local e interrumpiéndose la relación personal e inmediata que se daba con el público, significando ello una sustancial alteración de lo que constituía el objeto del arrendamiento, que, a su vez, conlleva el cierre del local, tal y como ha sido interpretado jurisprudencialmente este concepto. Así debe inferirse de los diversos elementos probatorios traídos a la causa, y en especial de la constatación notarial de la existencia de un letrero indicativo de que el local quedaba relegado a la mera función de almacén, expresándose en él el lugar en que radicaban las nuevas oficinas y despachos, así como de detalles de tanta trascendencia como el de que durante más de un año no haya sido posible determinar la cantidad de energía consumida por imposibilidad de penetrar en el local para examinar el contador correspondiente, o el de la reducción de la correspondencia con el correlativo aumento respecto del local en que se hallan actualmente las oficinas y despachos, o el recogido en la diligencia de reconocimiento judicial, expresivo de un estado de abandono impropio de un local destinado a la venta detallada al público, de todo lo cual, y en general de la apreciación conjunta de la prueba practicada, no cabe sino inferir que, en efecto, ha sido variado el objeto a que se destinaba anteriormente el local, quedando cerrado al público durante un periodo de más de seis meses, tal y como consta suficientemente acreditado, procediendo, a la vista de cuanto se ha expuesto, acceder a la causa de resolución contractual ya estimada en la sentencia recurrida, confirmando integralmente al carecer de virtualidad enervatoria las argumentaciones expuestas por la parte recurrente.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Dupuy Perelló, en nombre y representación de D. B. B. R. y D^a. I. G. S., contra la sentencia de veintiseis de mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de primera instancia de Inca, en el juicio de arrendamientos urbanos de que dimana este rollo debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

26

26. JUICIO EJECUTIVO. Fundado en una valoración de daños causados por incendio: carácter unilateral de la misma lo que la convierte en título inhábil para despachar ejecución. Estudio de los arts. 406 y 410 del C. de Comercio. *Sentencia de 17 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el problema litigioso se centra en esta alzada en la determinación de la naturaleza ejecutiva del título que, en su momento, dió inicio al presente juicio, constituido por un "estudio económico", tal es la denominación que aparece en su encabezamiento, realizado por la entidad "Peritos españoles S.A.", a encargo de la entidad aseguradora "M. N. S.A.", como consecuencia de un incendio que dañó diversas mercancías almacenadas por el asegurado ejecutante. Se hace preciso, pues, determinar antes que nada la verdadera índole de dicho título, pues sólo así cabrá examinar su contenido y las razones aducidas en pro y en contra de su eficacia como tal; y, con el objeto de delimitar adecuadamente lo que ha de ser objeto de resolución, han de tomarse como datos los siguientes extremos: a) como consecuencia del incendio ocurrido el día 16 de diciembre de 1980, quedaron dañadas las mercancías que el ejecutante tenía almacenadas en una nave situada en el Polígono de La Paz, en Palma de Mallorca, las cuales estaban aseguradas en la entidad "M. N. S.A." (póliza número 175.605) en la suma total de 20.030.000 pesetas; b) instruidas las diligencias criminales, las cuales serían posteriormente sobreseídas, se encargó un perito de elaborar un estudio económico que, emitido el día 30 de enero de 1981, después de hechas cuantas comprobaciones estimó oportunas, desplazándose incluso a la sede principal de la empresa del asegurado, sita en Murcia, y examinando cuanta documentación y demás datos precisó, se extendió, según consta en su encabezamiento, a la realización de un estudio de su situación patrimonial y fijación de los costos de los productos siniestrados, partiendo de los datos contables de la empresa; c) confeccionado ese estudio, y en virtud de sendas cartas (fechadas a los días 6 y 14 de marzo), comunicó la entidad aseguradora la no aceptación del siniestro e instaba al asegurado para que si, a bien lo tenía, procediese en la forma establecida en el articulado de la póliza suscrita designando un perito e iniciándose así el procedimiento de tasación contradictoria allí regulado. Por el ejecutante se pretende dotar de eficacia ejecutiva el mencionado estudio económico en virtud de lo prescrito en el artículo 410 del Código de Comercio, que indica que la decisión de los peritos será título ejecutivo contra el asegurador, en relación con lo preceptuado en su artículo 406 y en el clausulado de la citada póliza, centrándose en este punto el objeto de decisión.

CONSIDERANDO: Que el juicio ejecutivo, regulado en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige, como condición inexcusable para su prosperidad mediante el dictado de sentencia de remate, su apoyatura en un título que reúna formalmente cuantos requisitos vienen normativamente exigidos, pues en caso contrario no podrán obtenerse los beneficios que dispensa la tramitación y resolución de este procedimiento especial y sumario, siendo ésta la razón que impulsa a no permitir la eficacia ejecutiva de otros títulos más que aquéllos que están revestidos de cuantas exigencias formales y materiales impone la norma jurídica, quedando siempre abierta la posibilidad de acogerse a un juicio declarativo ordinario tanto en los casos en que se estima inviable el título en virtud del cual se pretende se despache ejecución como cuando, aún despachada ejecución, y dictada o no sentencia de remate, se desea reproducir nuevamente la cuestión litigiosa por carecer la sentencia dictada autoridad de cosa juzgada. Es indudable que el carácter restringido que informa a los títulos ejecutivos se extiende a todos aquellos supuestos en que aparece legalmente reconocida la posibilidad de entablar un proceso de esta especie, y desde luego se proyecta también en casos que, como el presente, encuentre su fundamento en el artículo 410 del Código de Comercio, por lo que debe ser el tenor literal de este precepto el que dé las pautas indicadoras de la procedencia o improcedencia de dictar sentencia de remate. La aludida disposición declara textualmente que la decisión de los peritos será título ejecutivo contra el asegurador, esto es, que únicamente cabrá dictar sentencia de remate cuando se compruebe que el título en virtud del cual se despachó ejecución constituya la decisión o dictamen de dos o más peritos, excluyéndose en consecuencia de la cualidad de título ejecutivo cualquier otra valoración, informe o estimación que no se atenga a esa prescripción normativa, dado el carácter estricto que debe tener la interpretación de la misma. Es obvio que la adecuada comprensión del artículo 410 requiere su inmediata conexión con el precepto de que éste trae causa, esto es, con el artículo 406, relativo a los procedimientos legalmente establecidos para fijar la valuación de los daños causados, los cuales pueden ser de tres especies: o bien por peritos (en la forma establecida en la póliza de seguros), o bien por convenio celebrado entre las partes, o bien, subsidiariamente, de acuerdo con las prescripciones procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 610 y siguientes). El primero de tales procedimientos, que necesariamente ha de realizarse por peritos, relega a la voluntad de los contratantes (en la forma establecida en la póliza) la determinación concreta del "cómo" ha de hacerse la valoración: por consiguiente, la eficacia ejecutiva de la decisión pericial, elaborada conforme a la autonomía de la voluntad o de acuerdo con los mecanismos de adhesión contractual tan frecuentes en la actualidad, queda condicionada al cumplimiento de los requisitos estipulados por los contratantes, si bien es siempre condición insoslayable que esa decisión o valuación haya sido tomada por dos o más peritos, de tal suerte que, faltando este esencial requisito o incumpliendo las cláusulas contractuales relativas a la formación de tal decisión o tasación, ha de quedar privada de fuerza ejecutiva, y ello por las exigencias restrictivas impuestas por el formalismo que impera en materia de títulos ejecutivos. Es también patente que en modo alguno cabe ampliar o interpretar extensivamente la dicción literal del precepto que se examina so pena de destruir los principios que informan nuestra legislación procesal en relación con el juicio ejecutivo. No cabe, por otro lado, entender asimilable a la hipótesis legal contemplada en el artículo 410 —la decisión de los peritos— el segundo de los mecanismos evaluadores recogido en el 406 (el convenio celebrado entre las partes), pues, aun cuando aparezca reflejado en el clausulado de la póliza (artículo 23, así como el 19 y el 26) que la valuación puede hacerse también amistosamente, ello no significa que la remisión a la póliza (operada por mandato del artículo 406) se extienda a casos diferentes de aquél que es específicamente contemplado por la norma, sino que tal remisión se entienda referida únicamente en relación con la valuación pericial a practicar, es decir, aquélla que se efectúa por peritos contrastada o contradictoriamente, no teniendo virtualidad alguna el hecho de que también se indique en la póliza que, al lado de esa tasación contradictoria, quepa una tasación amistosa, pues ello significaría extender el mandato legal del artículo 410 a supuestos no comprendidos en él, convirtiendo en título ejecutivo lo que no es sino un mero mecanismo para solventar un problema de valoración amistosa. Es claro, por tanto, que lo que en la póliza se denomina tasación amigable se equipara al convenio a que se refiere el artículo 406, y ello conduce directamente a tener que rechazar en cualquier caso su eficacia ejecutiva. En el presente caso, como sea que, una vez ocurrido el incendio, se encargó un sólo perito de examinar lo sucedido recabando del

asegurado cuanta información precisaba, la cual le fué inmediatamente proporcionada, no se daban las condiciones que eran inexcusablemente precisas para la formación del título ejecutivo, y esto debe mantenerse así pese a que sea el mismo asegurado quien acepte la valoración efectuada, pues, con independencia de las razones de fondo que se den en el presente litigio, no deben ser examinadas al ser cuestión previa la determinación de su fuerza ejecutiva, y, como quiera que no se dan cuantos requisitos aparecen exigidos por los artículos 410, en relación con el 406 y 407, del Código de Comercio, ha de rechazarse el recurso promovido, confirmándose íntegramente la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que no procedé hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia al no apreciarse temeridad ni mala fe en los litigantes.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. B. en nombre y representación de D. P. L. A., contra la sentencia de dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana, debemos confirmarla íntegramente y la confirmamos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durant).

28

28. PRENDA. Restitución: es requisito necesario el cumplimiento de la obligación que garantiza. “Exceptio non adimpleti contractus” fundada en la no entrega, pactada, de los documentos acreditativos de la deuda en que se subrogó la demandada: accesoriedad del pacto y consiguiente desestimación de la “exceptio”. Solidaridad: La hay cuando tal es la voluntad de los contratantes, aval personal, en este caso. Doctrina del T.S. *Sentencia de 18 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en cuanto desestimó las dos excepciones formuladas por la entidad demandada personada y al no ser recurrida por dicha parte —tampoco se adhirió a la apelación formulada por la contraparte—, quedó firme en lo referente a dichos pronunciamientos y en su consecuencia la presente alzada queda circunscrita a la cuestión de fondo, que recae a si la aceptación por la ahora apelada de una letra de cambio con fecha de expedición 5 de Octubre de 1979 y vencimiento 5 de Enero de 1980, cuya fotocopia obra al folio 36, extendida “para mayor garantía del cumplimiento” de la obligación de pagar la deuda reconocida de 445.367 pesetas en documento privado (folios 22/23 y 25/26) y cuyo pago se postula en esta litis, determina la improcedencia de

tal postulación, al no haberse presentado dicha cambial con la demanda instauradora de este juicio declarativo de menor cuantía, tesis ésta que aducida por la sociedad demandada ha sido acogida por el juez “a quo” como base de su sentencia desestimatoria de la demanda mencionada.

CONSIDERANDO: Que la resolución impugnada, condiciona, en base al carácter abstracto que puede ostentar la letra de cambio aceptada antes referida, en caso de su endoso a un tercero, el pago de la deuda reconocida y pendiente, a la restitución de la prenda —la cambial—, siendo así que el artículo 1871 del Código Civil, invocado por el juez “a quo” dispone precisamente lo contrario, esto es, que no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso, como expresamente lo afirmó el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Julio de 1977, en un caso muy similar al de autos. Mantener la tesis contraria implica trastocar la estructura y finalidad que la prenda ostenta como derecho de garantía de una obligación principal (nº 1 artículo 1857 del citado Código), pues no solamente no aseguraría el cumplimiento de la deuda garantizada sino que su existencia daría base para facilitar el incumplimiento de la obligación principal, es decir que en vez de reforzar el cumplimiento de la obligación asegurada, lo empece; el deudor estaría con “tal garantía”, según la tesis que se sustenta en la sentencia recurrida, en peor situación jurídica para obtener el pago de la deuda reconocida que si no tuviera garantía prendaria alguna.

CONSIDERANDO: Que la parte demandada personada, aquí apelada, adujo también en su escrito de contestación a la demanda y reiteró en el acto de la vista como causa del impago de la suma reclamada, el incumplimiento por la entidad actora, ahora apelante, de su compromiso de facilitarle, a la firma del documento de reconocimiento de deuda (clausula sexta), los documentos de crédito pendientes de pago por parte de una sociedad anónima en cuyas obligaciones y deudas se subrogó la compañía demandada, documentos que se acompañan a la demanda. Se formula en realidad la “exceptio non adimpleti contractus” que el demandado puede oponer en las obligaciones bilaterales o recíprocas cuando el actor no haya cumplido su prestación ni ofrecido realizarla; excepción que no cabe su estimación en el presente caso por cuanto el compromiso asumido por la entidad demandante de entregar dichos documentos es accesorio y está jurídicamente desvinculado de la obligación de los demandados de pagar la deuda reconocida en el plazo de 18 meses a partir de la firma del supradicho documento y porque dichas dos obligaciones no son recíprocas, por no tener por contenido un sinalagma doble —genérico y funcional—, pues la atribución patrimonial de una obligación no se debe a la otra, que por cierto carece de contenido patrimonial y no existe interdependencia entre ellas.

CONSIDERANDO: Que, reconocida expresamente la deuda y su cuantía, y rechazadas las causas de oposición, procede determinar si la obligación de los demandados de abonar el importe de dicha deuda, tiene el carácter de solidaria con que se postula su pago en el suplico de la demanda.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la solidaridad no se presume sino que debe pactarse expresamente (párrafo último del artículo 1137 del Código Civil), sin embargo hay casos en que la Ley lo establece, bien como aación de una falta o acto ilícito, o como interpretación de la voluntad de las partes en garantía del acreedor, como ocurre en el contrato de seguro (Sentencias 23 de Abril 1903, 23 de Junio de 1963, 18 de Febrero de 1967, 14 de Octubre de 1969 y 30 de Junio de 1977), o puede deducirse de la voluntad de los contratantes, cuando ésta se dirige a crear una unidad en la obligación y una responsabilidad “in solidum” de los cointerésados (Sentencia 16 de Diciembre de 1976 y 2 de Junio de 1980), como ocurre en el presente caso, pues en la clausula cuarta del referido documento se estipuló que “la deuda contraída por E. M. S.A. (demandado personado) con la entidad acreedora A. G. A. M. A. (entidad actora) será avalada la forma personal por D. V. G. (demandado rebelde), no solo por el presente documento, sino también la cambial que nace del mismo”.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto procede, previa estimación de la ape-

lación interpuesta, revocar el fallo impugnado en cuando desestima la demanda y por contra, estimar dicho escrito inicial.

CONSIDERANDO: Que la indemnización procedente de una deuda de dinero causada por la mora del deudor consiste, salvo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos o de los legales, según estatuye el artículo 1108 del citado Código; disponiendo el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuese dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de descuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso, fuera revocada totalmente".

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por la A. G. A. y revocando la sentencia de fecha dieciocho de Marzo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Illmo. señor Magistrado-Juez accidentalmente encargado del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de dicha Asociación y se absuelve al demandado de la pretensión ejercitada por la actora, estimamos la demanda formulada por la A.G.A.M.A. contra la entidad mercantil E. M. S.A. y D. J.M. V. G. debemos condenar y condenamos a los demandados a que solidariamente satisfagan a la entidad actora la suma de CUATROCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTAS SESENTA Y SIETE PESETAS(445.367), más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy y desde esta fecha hasta que sea totalmente satisfecha, el interés señalado en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la rebeldía del demandado D. J.M. V. G. notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la citada Ley Procesal, si dentro del término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: J. Llovet Alabau).

29

29. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Declaraciones cambiarias características. Acepto: alegación de que fue puesto por el demandado en su condición de administrador: desestimación de la excepción. Provisión de fondos: sus clases: letra que renueva a otra anterior: existe provisión. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cam-

bio protestada por falta de pago, el ejecutado opuso en primera instancia y ahora reitera en esta alzada, como apelante, las siguientes causas de oposición: Primera. Nulidad del juicio por no tener el demandado el carácter o representación con que se le demanda (nº 4 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y Segunda. Excepción de falta de provisión de fondos (nº 1 del mismo artículo mencionado).

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el estudio de dichas causas de oposición, es conveniente señalar que las declaraciones cambiarias se distinguen por dos características: una de forma y otra de fondo. Aquella por cuando dichas declaraciones son de una extraordinaria brevedad en aras a la mayor capacidad dircuratoria de la letra; la voluntad de los interesados solo juega en tanto en cuanto pueden o no querer suscribir la cambial, pero una vez suscrita, la ley asigna a su declaración los efectos propios de la firma del librador, o del endosante, o del aceptante. Las formas legales son distintas, siendo para el aceptante, las palabras "acepto" o "aceptamos" (artículo 447 del Código de Comercio) y su firma, porque la suscripción confirma la declaración de haber aceptado la letra. La otra característica, la de fondo, viene dada porque las declaraciones cambiarias están destinadas a un círculo muy amplio de personas: a todas las que vayan sucesivamente adquiriendo y cediendo la letra, como título esencialmente destinado a la circulación; son declaraciones dirigidas a la generalidad, y, en tal carácter, se diferencian de las demás por su difícil impugnabilidad.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el concreto estudio de las causas de oposición formuladas, la de nulidad del juicio del número 4º del artículo 1467 de la mencionada Ley Procesal, al afirmar el ejecutado ser solamente administrador de la sociedad propietaria del hotel donde el ejecutante realizó los trabajos de carpintería impagados y que como tal administrador aceptó la cambial que ahora se ejecuta y por ello la acción debió dirigirse contra dicha sociedad o contra el referido hotel, no puede prosperar por las siguientes razones: a) por no haber probado el carácter de administrador que el hoy recurrente afirma. b) ya que como mero administrador no estaría facultado para aceptar letras de cambio giradas a cargo de la sociedad. c) por cuanto en la letra de cambio mencionada consta, como librado, su nombre el letras mayúsculas y debajo de su nombre, como domicilio y con las correspondientes letras minúsculas "Hotel Los Leones", y no al revés, como pretende sostener, ya que la referencia a dicho establecimiento es como domicilio del hoy apelante y no como librado. d) el hoy apelante aceptó la letra de cambio sin antefirma alguna, y el artículo 447 del Código de Comercio exige antefirma cuando se pusiere la firma a nombre de otro en cuya representación se obre; y e) por no constar en la aceptación fuese en nombre y representación de otra persona y regir el principio cambiario, señalado por esta Sala (sentencias 103/1973 de 28 de Octubre, 29/1977 de 4 de Marzo, y 134/1979 de 25 de Septiembre) "que lo que no está en la letra de cambio no está en el mundo".

CONSIDERANDO: Que el artículo 456 del Código de Comercio impone al librador la obligación de hacer provisión de fondos oportunamente a la persona a cuyo cargo hubiere girado la letra. El propósito del legislador de reforzar la posición del acreedor facilitando el pago de la letra a su vencimiento, ha inducido a nuestra legislador a traer a la superficie del Derecho cambiario las relaciones económicas que explican la creación de la letra y están ya protegidas por el Derecho Civil. La reclamación legal de la provisión de fondos es una de las materias mas confusas de nuestro derecho cambiario, ya que puede revestir varias formas, a saber: a) envío de metálico, b) remisión de mercaderías a diverso título y c) provisión por razón de deuda; exigiendo para este último supuesto al artículo 457 del repetido Código que "al vencimiento de la letra aquél contra quien se libró sea deudor de una cantidad igual, o mayor, al importe de ella, al librador o al tercero por cuya cuenta se hizo el giro". Consta confesado por el ejecutado que para pago de una letra de cambio de 250.000 pesetas que no atendió a su vencimiento y que obra en los autos principales (folio 42), aceptó dos nuevas cambiales de 125.000 pesetas cada una de ellas, con vencimientos a los días 17 de Abril y Mayo de 1981, de las que hizo pago de la primera solamente, dejando protestar la segunda (posición 8ª), que es la que motiva las presentes actuaciones, por lo que al ser la letra de cambio ahora ejecutada renovación parcial de otra anterior de superior cuantía, se reputa hecha provisión de fondos por razón de deuda, a tenor del citado artículo 456, y en su consecuencia se rechaza igualmente la última causa

de oposición formulada; siendo por otro lado totalmente inoperante a los efectos de este proceso ejecutivo y por los principios cambiarios en que se basa, la alegación de la parte recurrente de que el importe de esta letra de cambio está reconocido a favor del ejecutante en la relación de acreedores obrate en el expediente de suspensión de pagos de la sociedad propiedad del Hotel Los Leones, ahora en situación de suspensión de pagos.

CONSIDERANDO: Que al tener fuerza ejecutiva la letra de cambio que se acompaña a la demanda instauradora de este proceso sin que se hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al protestar la letra por falta de pago (nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al rechazarse las causas de oposición formuladas, al haberse observado todas las prescripciones legales y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que se integran a la presente, procede confirmar el fallo impugnado, previa desestimación de la apelación interpuesta.

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

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por D. J. Ll. O. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cinco de Mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Illmo. señor Magistrado-Juez, por prórroga de jurisdicción, del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con condena de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Julio Llovet Alavau).

32

32. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Acción de nulidad de una donación. Legitimación del inquilino. Inadecuación del procedimiento incidental de la L.A.U. Transcendencia de la notificación de la donación cuya falta no la vicia de nulidad. *Sentencia 21 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que para la mejor comprensión de la cuestión litigiosa conviene exponer a modo de premisa fáctica, el presupuesto de igual naturaleza que afirmado como existente por el actor, ahora recurrente, y admitido como cierto por el demandado comparecido, aparece estructurado básicamente por los elementos siguientes: 1) D^a A. V. C. y D^a A. V. P. eran titulares proindiviso de la vivienda sita en el nº 70 de la C. G. de V. C.; 2) El actor ocupa dicha vivienda en virtud de título arrendaticio; 3) El 28 de mayo de 1981 D^a A. V. C. dona a D. M.A. T. M. la mitad indivisa de la finca citada; y 4) Posteriormente, el 23 de julio del mismo año, D^a A. V. P. vende al donatario precitado la otra mitad indivisa de la finca.

CONSIDERANDO: Que el actor pretende se declare la nulidad de las dos transmisiones dominicales precitadas, así como de las posteriores inscripciones registrales, en base

a una serie de causas que, expuestas sin la precisión que resulta obligada como motivadoras de unas pretendidas nulidades contractuales, se sintetizan en: 1) Incumplimiento del orden de prelación establecido en el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dado que las copropietarias demandadas enajenaron en febrero de 1981 la vivienda sita en el n.º 67 de la calle Stuart de Villa Carlos, sobre la que ostentaban un régimen de propiedad idéntico al existente sobre la finca litigiosa; 2) Incumplimiento de la normativa contenida en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto no fueron realizadas las notificaciones de la decisión de vender y de la transmisión efectuada, a los efectos de utilizar los derechos de tanteo y de retracto; y 3) Fraude de ley.

CONSIDERANDO: Que tal pretensión anulatoria debe ser rechazada, no por la fundamentación contenida en la sentencia impugnada pues es claro que la naturaleza de los derechos de adquisición preferente correspondientes al inquilino y la normativa vigente —apartado 1.º del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— legitiman el ejercicio de la acción utilizada, sino porque el procedimiento incidental establecido por la legislación arrendaticia urbana, no es el adecuado, como tiene declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia que dictada el 20 de noviembre de 1967 y referida a la pretensión de que fuera declarada nula una estructura de donación, puntualiza “no son estas cuestiones propias de la Ley especial, ya que a lo largo de su articulado no se hace mención de tal materia de nulidad, y sólo en el artículo 53 se prevé que aparte de la acción de simulación, se podrá impugnar la transmisión del inmueble en los supuestos que expone y a los fines que determina, que al igual que el artículo 54 en relación con el 62 y 64, siempre a efectos y con repercusión a la prórroga arrendaticia que como principio general informa la Ley, quedando por tanto fuera del ámbito de la Ley la acción de simulación, la que conforme a reiterada doctrina de esta Sala ha de ventilarse por el trámite ordinario de la ordenación procesal civil...” (en igual sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre 1966).

CONSIDERANDO: Que con independencia de lo expuesto, las causas enunciadas en los dos primeros números del segundo considerando de esta resolución, carecen de potencialidad anulatoria por cuanto: A) El orden de preferencia fijado por la normativa contenida en el artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al que expresamente se remite el artículo 53, se establece para respetar la situación privilegiada del inquilino de permanecer en el uso de lo arrendado y como obligado complemento de las acciones de tanteo, retracto e impugnatoria; B) Si el apartado 1 del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ofrece el remedio del retracto con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1518 del Código Civil, cuando no se hubiese hecho la notificación del artículo 47 a los efectos del tanteo o no se hubiere realizado con la expresión de los requisitos pertinentes, es evidente que la notificación ni era inexcusable, ni dejaba indefenso al arrendatario, ni puede viciar de nulidad la transmisión efectuada sin aquella, y C) El incumplimiento de la notificación relativa a la transmisión efectuada incide exclusivamente en la fijación del día inicial del plazo de caducidad establecido por la normativa contenida en el artículo 48 del texto legal citado.

CONSIDERANDO: Que así reducidas las posibilidades de la temática causal invocada, queda como único motivo susceptible de generar los efectos pretendidos el articulado en base al fraude de ley que, en la tesis del actor, se habría producido como consecuencia de las dos transmisiones efectuadas, pues si bien éstas, consideradas independientemente son válidas, sin embargo examinadas combinadamente lesionan los derechos de adquisición preferente correspondientes al arrendatario, en cuanto —siempre en el parecer del recurrente— frente a la transmisión donacional existe imposibilidad legal para ejercitarlos y frente a la posterior transmisión por venta sería oponible el derecho de retracto preferente que corresponde, en aplicación de la normativa contenida en el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al donatario en su ya adquirida condición de condeño. Causa de nulidad cuyo análisis y resolución no puede realizarse en este procedimiento dada la inadecuación del mismo establecida anteriormente.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. N. E. P. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de primera instancia de Mahón, el diez de julio de mil novecientos ochenta y dos en el juicio arrendaticio urbano de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en los participantes relativos a la desestimación de la demanda y a la declaración sobre costas, dejando sin efecto el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma por ser inadecuado el procedimiento utilizado, y ello sin hacer expresa condena sobre las costas de esta instancia. Dada la rebeldía de las demandadas D^a. A. V. P. y D^a A. V. C., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

33

33. CORRETAJE. Personas obligadas al pago de la comisión: Doctrina del T.S. Inexistencia de contrato. Análisis de la prueba y desestimación de la demanda. *Sentencia de 21 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el contrato de corretaje, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de junio de 1978 "*unicamente produce sus efectos entre quienes en él intervinieron* —Sentencias de 12 noviembre 1969, 27 junio 1961 y 9 febrero 1965 (R. 536)—, de suerte tal que la retribución del último (el mediador), cuando su gestión se haya referido a la venta de fincas rústicas o urbanas, ya se ajuste en su cuantía a lo pactado, en los supuestos previstos en la Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1969 (R. 6143) o a las Tarifas de los Colegios Oficiales de estos Agentes, conforme a lo ordenado en el artículo 23, párrafo 1º y Disposición Transitoria 2ª del Reglamento de 4 de diciembre de 1969 (R. 2299 y N. DICC 777), *debe exigirse exclusivamente del comitente u oferente* —Sentencias de 28 de febrero 1957 (R. 733) y 3 marzo 1967 (R. 1243)— *o de la persona o personas que hicieron el encargo* —Sentencia 27 diciembre 1972 (R. 5072)—, *que son las únicas contra las que está activamente legitimado el gestor para reclamar su comisión* —Sentencia de 8 marzo 1967 (R. 1310)—". Ambito de eficacia contractual que circunscribe la cuestión básica a determinar, atendida la aportación probatoria correspondiente a la agencia inmobiliaria, si entre los litigantes se celebró un contrato de corretaje por el que la demandada, ahora apelada, se obligara a pagar a la Inmobiliaria actora, ahora recurrente, una remuneración —450.000 pesetas según la demanda— para que esta última parte realizara la actividad de ponerla en relación con un tercero a fin de concertar el contrato de compraventa de un apartamento de su propiedad.

CONSIDERANDO: Que examinado el material probatorio aportado por la actora al objeto de cumplir con la carga precitada, si bien es cierto resulta acreditado que el 15 de octubre de 1980 se celebró un contrato de compraventa entre la demandada, como vendedora, representada por D. I. H. K. y los Sres. B., tras ponerse en contacto con la Agencia Inmobiliaria recurrente, como compradores, cuyo objeto era el apartamento propiedad de aquella, señalado con el nº 519 del Edificio de Mar, sito en Costa d'en Blanes, Calviá, por precio de 9.000.000 de pesetas, sin embargo y a los efectos expuestos en la fundamenta-

ción anterior, conviene destacar: A) La ausencia de medio de prueba que, como la nota de encargo a que se refiere el artículo 30 del D. de 4 de diciembre de 1969, acredite directamente la celebración del contrato de corretaje; B) La ausencia de medio probatorio alguno que, acreditando la habitual publicidad de la oferta de venta realizada en cumplimiento del encargo, verifique la existencia de éste; C) La ineficacia probatoria de las declaraciones de D. N. J. B. y D^a A. L. B. por haber sido emitidas por quienes, en su condición de compradores, tienen interés en acreditar que el contrato de corretaje había sido celebrado por la demandada; y D) La imposibilidad de presumir que si la Inmobiliaria actora poseía las llaves de acceso al apartamento de la demandada era porque ésta había contratado los servicios de aquélla, dado que tal tenencia es igualmente explicable en el supuesto de que la propietaria hubiera aceptado una previa oferta de compra realizada por la Inmobiliaria en base a un previo corretaje celebrando con los compradores.

CONSIDERNADO: Que lo anterior, reducido a una falta de prueba respecto al origen de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, conduce necesariamente a la confirmación de la sentencia de instancia previa desestimación del recurso que la impugnó.

CONSIDERANDO: Que al no apreciarse temeridad o mala fé en la interposición del recurso que se resuelve procede, en uso de la facultad establecida por la Disposición Adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, no hacer expresa declaración sobre el pago de las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Inmobiliaria M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de esta Ciudad, el veintitres de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada. Dada la rebeldía de la demandada D^a I. V. D. C., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

35

35. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. Desahucio por falta de pago: Contrato en el que se pacta una determinada renta como "mínimo asegurado", aumentable a tenor del coste de la vida. Cláusula que somete la prórroga del contrato a la obtención de determinados beneficios en los que participa el propietario. Resolución al amparo de que tal techo no se ha alcanzado. Tácita reconducción que enerva la facultad resolutoria. *Sentencia de 25 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: que el objeto de este litigio está constituido por la resolución de

contrato de arrendamiento por impago de la renta pactada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1569 del Código Civil y 1561 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reproduciéndose la pretensión ejercitada en primer grado y que fue desestimada en la sentencia recurrida. Una adecuada solución del problema debatido exige tener presente, como uno de los presupuestos de que indeclinablemente debe partirse, que, habiéndose suscrito por los contendientes el contrato litigioso, fechado al día primero de agosto de 1980, y que, según calificación dada por los mismos contratantes, sin necesidad de entrar ahora en el análisis de su verdadera naturaleza por ser cuestión ésta muy secundaria para la resolución del pleito, constituye un arrendamiento de industria, cuya vigencia se extiende hasta el día 30 de octubre de 1984, aparece subdividido el plazo de su duración en cinco periodos (tal y como consta en su cláusula quinta) en atención precisamente a haber sido prefijadas las cantidades, o en su caso el modo de determinarlas, que debían ser satisfechas a la finalización de tales periodos, los cuales tienen, cada uno de ellos, su respectiva fecha de terminación fijada el día 30 de octubre de cada año (párrafo primero de la cláusula sexta en relación con la quinta), pues se estima que la finalización de la temporada de cada año se produce en esa fecha concreta. Por consiguiente, es claro que cada uno de esos periodos equivale o se corresponde con cada una de las campañas o temporadas veraniegas, estando ello en consonancia no sólo con la interpretación emanada del tenor literal y de la armonización y coordinación de lo estipulado, sino también con la realidad del lugar en que se explota la industria arrendada, esto es, una población o isla cuya mayor actividad es la turística y en la que la explotación de un complejo industrial fundamentalmente destinado a discoteca y esparcimiento de las personas se concentra casi exclusivamente en el periodo veraniego el de mayor afluencia de visitantes. Es también presupuesto de que debe partirse, junto al de la duración contractual, el relativo al importe de la renta pactada, que, de acuerdo con las estipulaciones reflejadas en el contrato referido, interpretadas armónicamente, se cifra en la suma de tres millones de pesetas, en relación, claro está, con el primero de los periodos de los cinco que integran la total vigencia del contrato; y así debe inferirse tanto del hecho de haberse pactado esa suma como "mínimo asegurado" para el primero de los periodos o "años" (tal es la dicción empleada en la cláusula quinta), incrementándose cada año conforme el aumento que experimenta el costo de la vida, como también se deduce de que el resto de las cantidades que hayan de ser abonadas y que exceden de este mínimo, han de serlo únicamente "en caso de haber cantidades superiores a las que se consideran como mínimas de cada año" (pacto quinto), lo que no puede significar sino que tales sumas, inciertas en cuanto dependen de la buena o mala marcha del negocio, no constituyen verdaderamente renta contractual, sino un "plus" inseguro o aleatorio subordinado a la gestión negocial, evidenciándose también que tan sólo constituye la renta acordada la de tres millones de pesetas la circunstancia de que el pago de ésta debe verificarse antes del inicio de la campaña veraniega, postponiendo a su finalización el abono de los posibles beneficios que se pudieran obtener (denotándose así rasgos asociativos en la relación contractual, que no deben ser examinados al mostrarse patente la existencia de una renta mínima que dota al contrato de un indudable carácter de arriendo). De todo ello se desprende que el contrato litigioso tiene, obviadas consideraciones innecesarias acerca de su naturaleza, una renta y una duración perfectamente prefijadas y que consiguientemente a partir de estos datos ha de solucionarse el problema suscitado en esta alzada.

CONSIDERANDO: Que las precedentes aseveraciones deben ser puestas en relación con los hechos ocurridos y relaciones habidas entre los contratantes, lo que permitirá resolver adecuadamente la cuestión litigiosa; y, a tal fin, debe tenerse presente que, habiéndose satisfecho inicialmente la suma de tres millones de pesetas y cubierto por ende el "mínimo asegurado" del primero de los periodos contractuales, y habiendo transcurrido la temporada veraniega, sin que en modo alguno conste acreditada la existencia de beneficios obtenidos por la arrendataria, fue ésta enterada, en virtud de requerimiento efectuado el día 22 de enero de 1981, de la voluntad resolutoria de la arrendadora, amparándose en lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato, alusiva a que no podrá prorrogarse el contrato en el caso de que en el primer año no se obtuviera, en concepto de pago de renta, la cantidad de cinco millones y medio de pesetas; a dicho requerimiento, contestado negativamente, siguió el pago por el arrendatario de otros tres millones de pesetas, lo que tuvo lugar el día primero de julio, seguido del abono de 462.000 pesetas complementarias en

concepto de saldar el incremento experimentado por el coste de la vida. Ante tales hechos, se pretende por el arrendador la resolución de dicho contrato al entender que el arrendatario ha dejado de abonar la totalidad de la renta estipulada, y más en concreto la diferencia resultante entre los tres millones iniciales, efectivamente pagados, y los cinco millones y medio determinados en la cláusula cuarta, y cuyo impago trae como consecuencia, de acuerdo con lo acordado, la imposibilidad de prorrogar el contrato.

CONSIDERANDO: Que, expuesto lo acaecido entre los contratantes y consideradas las puntualizaciones precedentes, ha de partirse de un hecho perfectamente aceptado por el arrendador, tanto al confesar en juicio (posición séptima como al reproducir la pretensión en la vista celebrada en grado de apelación, relativo a que el abono de las 3.462.000 pesetas, pagadas en los primeros días de julio de 1981, se corresponde con el "mínimo asegurado" para el periodo de ese año, lo que además está en consonancia con la imputación o destino dado por el arrendatario al pago realizado. Consecuencia de ello es que tanto el mínimo de 1980 como el de 1981 están íntegramente satisfechos, y, por tanto, la cuestión litigiosa queda centrada tan sólo en la precisión de si el impago de los dos millones y medio que pretende el actor (derivado de la diferencia entre cinco millones y medio, importe cuya no cobertura puede impedir la prorrogabilidad del contrato —cláusula cuarta—, y los tres millones satisfechos como mínimo asegurado en el momento de suscribir el contrato) constituye causa suficiente como para decretar la resolución postulada, esto es, si la falta de abono de dicha cantidad significa el impago parcial de la renta contractual pactada, pudiéndose hacer efectivo lo dispuesto en la cláusula cuarta, relativa a la resolución contractual por no haberse pagado la cantidad prefijada. No debe olvidarse cuanto se ha indicado acerca de la finalización de los periodos señalados en el contrato, problema éste que adquiere la mayor importancia para la solución del caso controvertido: la fecha de terminación de ellos es el día 30 de octubre (así lo establecen las cláusulas quinta y sexta), y ello trae como consecuencia el que, transcurrida esa fecha, que tiene por objeto comprobar si ha habido beneficios como consecuencia de la explotación de la industria arrendada, es entonces cuando el arrendador ha de ejercitar en debida forma la facultad resolutoria que le otorga la mencionada cláusula cuarta. Es obvio que ésta concede tan sólo una facultad que precisa de concreto ejercicio dentro de los plazos legalmente establecidos para que puedan producirse los efectos previstos, de tal suerte que si no es hecha valer en plazo ha de operar la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código Civil. Dicho plazo, de quince días de duración, comenzaba a correr el mismo instante en que finalizaba el término para liquidar los posibles beneficios habidos, y es durante ese período de tiempo cuando el arrendador debía haber pretendido en la forma debida la resolución que ahora postula. En modo alguno cabe entender que los periodos contractuales eran anuales, sino que, conforme se ha visto y late además en el espíritu de los contratantes, esos periodos eran temporales y ceñidos exclusivamente a la temporada veraniega, y ello queda resaltado en la facultad, contractualmente concedida, de poder controlar e inspeccionar la marcha del negocio arrendado (cláusula sexta) hasta el día 30 de octubre de cada año, al que se añade un plazo de 15 días más para el pago del resto de la renta (aquella que excede del mínimo asegurado, en el supuesto de existir beneficios). Consiguientemente, una vez transcurridos esos plazos, podía ejercitar el actor la facultad resolutoria contractualmente concebida, sin necesidad de esperar a que transcurrieran varios meses, pues entenderlo así carecería de sentido: pudiéndose fijar y concretar la renta el día 30 de octubre y gozándose de un plazo de quince días más para bonarla, no tiene justificación posible la ampliación del plazo de ejercicio de la facultad resolutoria hasta el comienzo de la temporada siguiente, sino que debe entenderse finalizado el período contractual en la fecha mencionada (15 de noviembre) y a partir de entonces podía instarse la resolución del contrato. El hecho de haber esperado al día 22 de enero, cumplido sobradamente el plazo legal de 15 días, trae como consecuencia la enervación de esa facultad resolutoria, así como la tácita reconducción del contrato. En suma, debe entenderse que el contrato se prorrogó automáticamente a partir del primero de diciembre de 1981, no pudiéndose estimar los pagos realizados durante 1981 más que correspondientes al mínimo asegurado de este año y no complemento de la renta mínima del año anterior, tal y como ha quedado expuesto. El pago de la cantidad mínima de 1981 trae como consecuencia la afirmación de que el arrendatario no incumplió lo pactado, y por tanto es improcedente la resolución contractual, debiéndose confirmar íntegramente la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dado el tenor del artículo 1582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede confirmar la condena en costas del demandante en la instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. L. L. en nombre y representación de la entidad C. S.A. contra la sentencia de trece de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de los de Ibiza, en el desahucio de industria de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran).

37

37. EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de falta de provisión de fondos, amparada en la inedificabilidad del terreno vendido. Existe provisión (provisión = venta). *Sentencia de 28 de febrero de 1983.*

CONSIDERANDO: Que se pretende por la parte apelante, reproduciendo la solicitud formulada en la instancia, el reconocimiento de carencia de provisión de fondos en relación con las letras de cambio que dieron origen al juicio ejecutivo que ahora se resuelve en segundo grado, aduciendo que la venta de un terreno con un chalet ubicado en su interior no ha sido efectuada en los términos y condiciones pactadas, y, que, en consecuencia, habiéndose incumplido la relación contractual existente entre los litigantes falla la cobertura económica subyacente a toda relación cambiaria. La argumentación expuesta en la sentencia recurrida es suficientemente expresiva de las razones por las que ha de improsperar la pretensión del apelante, pues, habiendo quedado debidamente justificada la conclusión de la antedicha venta, conforme a contrato suscrito privadamente, y aun cuando en él se produjo una patente confusión, indicando erróneamente el objeto vendido, que de los aproximadamente diez mil metros cuadrados que se consignaron eran objeto de transmisión tan sólo dos mil de ellos, esto es, una parte segregada de una finca de mayor extensión, más en concreto lo único de que los vendedores eran propietarios, queda ello subsanado con el expreso reconocimiento, efectuado al tiempo de absolver posiciones, de que los compradores eran conscientes de lo que era objeto de transmisión, es decir, tan sólo unos dos mil metros cuadrados, y esta expresa admisión impide admitir que falte una provisión de fondos que es ciertamente existente al haberse producido la transmisión. El que el objeto adquirido no reúna las condiciones esperadas, al que más concretamente no quepa levantar sobre él un chalet o vivienda, por impedirlo ciertas disposiciones administrativas o municipales es cuestión al margen por completo de lo que en esta alzada se ventila: existe provisión de fondos, esto es, una relación subyacente entre los contendientes, constituida por la aludida venta, y basta con ello para hacer improsperable tal excepción causal. Las posibles deficiencias o incumplimientos del vendedor es cuestión que queda al margen de un juicio especial y sumario como el presente: como muy bien indica

la sentencia recurrida, podrán ser utilizados los mecanismos legales para su subsanación mediante el saneamiento de la compraventa; pero es esto algo que excede denlos limites del juicio ejecutivo y que no debe ser examinado en su seno.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTAS las disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. P. F. en nombre y representación de D. B. S. A. y D^a E. S. A. contra la sentencia de ocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de los de esta Ciudad, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran).

40

40. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima. Es motivo de nulidad y no de excepción. Costas. Criterio subjetivo. Revocación de la sentencia de instancia en cuanto las impone. *Sentencia de 1 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, estando centrado el problema litigioso en la determinación de si procede estimar o no la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, de acuerdo con el artículo primero de la normativa especial sobre uso y circulación de vehículos de motor, cuya admisión por la resolución recurrida ha motivado su impugnación y la formulación del presente recurso, y aceptándose la narración que de los hechos acaecidos recoge la sentencia apelada, esto es, que como consecuencia de la irrupción del ciclomotor conducido por el recurrente, *sin respetar la señal de stop* existente en el cruce con la vía por la que marchaba correctamente y con sujeción a las normas reglamentarias el conductor de la motocicleta asegurada en la entidad apelada, fue aquél colisionado por éste, no pudiendo evitar el choque ante la inminencia y proximidad existente entre ambos vehículos, debe concluirse reproduciendo en esencia las argumentaciones expuestas en la sentencia que se pretende modificar, pues, de un lado, ha quedado patentizado que la víctima infringió imprudentemente el mandato de detención ordenado por la señal de stop, introduciéndose de una manera precipitada y alocada, sin efectuar cuantas comprobaciones eran precisas acerca del estado de la circulación por la vía preferente antes de reanudar su marcha, y ello ocasionó la colisión referenciada; y, de otra parte, no cabe apreciar en la conducta del otro motorista, asegurado en la entidad demandada, no sólo infracción alguna de las normas de circulación, pues marchaba correctamente y a velocidad permitida y prudente, dadas las características de la vía por la que circulaba, *sino imposibilidad de ninguna especie de poder prever y evitar* el accidente, porque tanto la proximidad temporal como espa-

cial existente entre el momento en que el ciclomotor penetró en la calle preferente y el del choque impedían al otro representarse mentalmente la posibilidad de que acaciera un hecho de tal naturaleza (irrupción en la calzada), *ni*, aun representada esa posibilidad, *le era factible evitar la colisión realizando una maniobra denominada jurisprudencialmente de evasión o de fortuna*, susceptible de ser hecha de acuerdo con las posibilidades deparadas por la técnica, el buen hacer y las circunstancias concurrentes. Se denota así una completa y absoluta falta de concurrencia culposa en el conductor de la motocicleta asegurada, y consiguientemente la atribución de toda responsabilidad a quien penetró indebidamente, no respetando la indicación de stop, en la vía por la que aquél circulaba. Siendo esto así, y aceptándose por consiguiente la excepción de culpa exclusiva de la víctima, carece de sentido examinar la excepción también aducida sobre plus petición, al no darse lugar a la pretensión del actor.

CONSIDERANDO: Que, en relación con el abono de las costas causadas en la primera instancia, ha de tenerse presente lo declarado por esta Sala en sentencias, entre otras, de 6 de julio de 1979 y 12 de mayo de 1980, relativas al encuadramiento formal que debe darse a la causa de oposición estimada de culpa exclusiva de la víctima, esto es, si procede incluirla en el ámbito del artículo 1464 o en el del 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos, respectivamente, a las excepciones aducibles en los juicios ejecutivos y a los motivos de nulidad del juicio, con la subsiguiente consecuencia de que, en caso de ser estimada esa causa de oposición, ha de proceder en lo relativo al pronunciamiento sobre costas (de acuerdo con los números segundo y tercero del artículo 1473, en relación con el 1474, ambos de la Ley Procesal Civil mencionada), o bien la preceptiva imposición de costas al ejecutante o bien la adopción del criterio subjetivo tradicionalmente imperante en nuestro Derecho. Es manifiesto que la elección, ante tan difícil alternativa, derivada de la remisión que sin más hace el artículo 18 de la normativa especial sobre circulación de vehículos a tales preceptos procesales, debe inclinarse en pro de su consideración como un motivo de nulidad incluíble en el número segundo del artículo 1467 (no ser exigible la cantidad reclamada), pues el otro precepto (artículo 1464) recoge varias excepciones que o se refieren a óbices procesales o contemplan la relación jurídica subyacente como extinguida o extinguible, sin incluir ningún motivo de oposición referido a la inexistencia inicial de lo que es objeto de reclamación; y, por consiguiente, y en vista de que no parece correcto cohonestar los supuestos legales contemplados en el artículo 1464 con la causa de oposición radicada en la culpa exclusiva de la víctima, ha de ser incluída ésta en el ámbito del número segundo del artículo 1467, único precepto que permitiría su encuadramiento formal a los efectos procesales que exclusivamente se pretenden: los del pronunciamiento en materia de costas. Así pues, y a tales estrictos efectos, ha de entenderse incluída esa causa de oposición dentro de los motivos de nulidad aducibles en cualquier juicio ejecutivo, imposibilitándose así los efectos derivados de los criterios objetivos que rigen en materia de costas en los juicios ejecutivos, y dejándose por tanto al arbitrio del Tribunal la determinación del abono de las costas causadas. Por consiguiente, y haciéndose aplicación de los preceptos antedichos, y no apreciándose temeridad ni circunstancia alguna que conduzca a condena sobre costas, procede modificar el fallo recurrido sólo en cuanto a este extremo se refiere, sin que proceda tampoco hacer especial pronunciamiento sobre el abono de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador T. en nombre y representación de D. I. C. H. contra la sentencia de diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Ibiza, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, a excepción de lo relativo a la condena sobre las costas causadas en primera instancia, que deberán ser satisfechas por cada una de las partes respecto de las causadas a su instancia, y las comunes por mitad. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

41

41. ALIMENTOS. Extranjería. Convenido de 20 de junio de 1956. Litis pendencia: exige los mismos requisitos que la cosa juzgada. *Sentencia de 2 de Marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando este litigio sobre reclamación de alimentos, promovida por el Ministerio Fiscal en cumplimiento del Convenio de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero, al que se adhirió España el día seis de octubre de 1966 (B.O.E. número 281, de 24 de noviembre de 1966), solicitándose el abono de las cantidades señaladas por sentencia dictada por tribunal alemán, fechada el día 30 de julio de 1976, que, a su vez, se atuvo al acuerdo extrajudicial económico tomado por los litigantes a raíz del divorcio entre ellos mediante; y contra la sentencia estimatoria de la demanda, dictada por el Juzgado de primera instancia de Ibiza número uno, se pretende por el marido alimentante su revocación, aduciendo, como soporte de su petición, la excepción de litis pendencia de la cuestión litigiosa ante un tribunal alemán, el mismo precisamente cuya resolución ha dado pie ulteriormente a la interposición del presente pleito, indicando el esposo que pende ante él reclamación directa e íntimamente relacionada con lo que ha de ser ahora objeto de resolución, y aportando, en justificación de ello, una certificación, debidamente traducida, expedida por dicho tribunal en que, según expresa el esposo, se acredita suficientemente la excepción procesal que alega.

CONSIDERANDO: Que son principios procesales de nuestro Derecho, claramente consolidados en nuestra doctrina jurisprudencial y científica, los que dejan al arbitrio y voluntad de los litigantes la determinación de lo que debe ser el objeto del litigio y la aportación de cuantos medios probatorios estimen oportunos para demostrar sus alegaciones o negar, impedir o extinguir los efectos de las normas aducidas por las partes contendientes, de tal suerte que es mínima la intervención efectiva de los tribunales, quienes se limitan a ordenar y dirigir el proceso hasta el momento de dictar sentencia, quedando a la libre decisión de los particulares el acopio de materiales probatorios y la realización de las pruebas que estimen convenientes, si bien sujetándose a las normas procesales; y son buena expresión de que esto es así la disposición contenida en el artículo 1214 del Código Civil, sobre carga de la prueba, y brocados tan tradicionales como “iudex iudicat secundum allegata et probata partium” y “quod non est in actis non est in mundo”. Así pues, y en virtud de esos principios dispositivos y de aportación de parte, ha de corresponder a quien alega una excepción, en este caso un hecho impeditivo, su demostración, y, en el supuesto de no hacerlo satisfactoriamente, ha de prosperar la pretensión del demandante, siempre que ello quede también debidamente justificado. En el presente caso, ha comparecido el esposo y se ha personado en los autos, y en relación con lo que inicialmente era objeto de reclamación, esto es, cantidades que no sólo se extendían a su esposa, sino que abarcaban lo devengado en favor de la hija del matrimonio, ha acreditado, en relación con esta última, que no le adeudaba la suma pedida por mediar un particular acuerdo suscrito ante notario, dándose lugar en la sentencia recurrida a esa excepción y concediendo tan sólo el monto reclamado por su esposa. Adujo también el marido que, en relación con lo por ésta reclamado, pendía cuestión litigiosa ante la jurisdicción alemana, sin justificar absolutamente nada sobre dicho extremo a lo largo de la tramitación en primer grado; y es durante la sustanciación de esta alzada cuando ha traído una certificación que, al parecer, se refiere al mismo tribunal y a la misma causa que constituyen el soporte de la reclamación de la esposa. Pero no debe olvidarse que, conforme al artículo 1252 del Código Civil, es imprescindible, para la eficacia de las excepciones de cosa juzgada y la litis pendencia, que concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes

y la calidad con que lo fueron, y se hace preciso acreditar debidamente que existen esas identidades, pues de lo contrario ninguna incidencia ha de tener la excepción postulada. El esposo, que ha comparecido y ha tenido oportunidad de defenderse, como efectivamente lo ha hecho, y que ha podido servirse de cuantos mecanismos judiciales necesitase para demostrar en debida forma la realidad de la excepción por él propugnada, incluso valiéndose de los medios que concede el convenio internacional ya referido para la obtención de lo actuado en el tribunal del país de que es nacional, no ha logrado probar adecuadamente que pende ante aquel tribunal una pretensión cuya estimación pudiese afectar a una resolución contraria de este tribunal, y al no haberlo hecho así, pues son inconcretas y faltas de claridad las menciones recogidas en la certificación aportada al rollo de esta Sala, ignorándose lo que en realidad se halla pendiente de resolución ante el tribunal alemán, procede desestimar la excepción aducida de litis pendencia por no darse cuantos requisitos son precisos para que pueda prosperar.

CONSIDERANDO: Que, en relación con lo que constituye el objeto de resolución de fondo, ha de estimarse plenamente demostrado, a la vista de la documentación traída por la esposa alimentista, que ha sido devengada en su favor la cantidad que reclama, y, no existiendo obstáculo legal ni procesal alguno para su estimación, procede acceder a ella.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor L. en nombre y representación de D. L. H. S., contra la sentencia de once de mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de primera Instancia numero uno de los de Ibiza, en el juicio de alimentos provisionales de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas devengadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

42

42. QUIEBRA. Graduación de créditos. Sentencias que no habían ganado firmeza al declararse la quiebra: no conceden privilegio alguno. Intrascendencia, a tales efectos, de la fecha fijada de retroacción. Retroacción: alcance: No afecta a las sentencias. Documentos: aportación y antecedentes legislativos del artº 504. *Sentencia de 3 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada que estima las impugnaciones de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores en el juicio de quiebra de que dimana el presente incidente, y declara que determinados créditos de las entidades bancarias impug-

nantes deben extraerse de la sección IV de "Acreedores comunes" y ser consideradas como "Privilegiados por derecho común", es apelada por la Sindicatura de dicha quiebra por las mismas causas —una de índole adjetiva o procesal, y otra de carácter sustantivo o material— que ya adujo en primera instancia para oponerse a la demanda iniciadora de este incidente, a saber: a) infracción de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber aportado tres, de los cuatro promotores de este incidente, con sus respectivos escritos de demanda, copias de las sentencias en que fundan sus impugnaciones y b) por desconocer el efecto del auto declarativo de la quiebra y el de su retroacción respecto a los créditos de los impugnantes.

CONSIDERANDO: Que la obligación impuesta en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los litigantes de acompañar, respectivamente, a su demanda o contestación el documento o documentos en que cada parte funde su derecho, ya establecida en la Novísima Recopilación —ley 1ª, título 3º, Libro II—, tiene por objeto hacer iguales las condiciones del debate, y poner coto a la mala fé de los litigantes, que solían reservarse los documentos mas decisivos para sorprender a su contrario, presentándolo cuando éste ya no pudiese proporcionarse los medios para combatirlo; siendo complemento de dicho precepto los artículos 505 y 506 de la misma ley procesal, señalando este último, como excepción, los casos que despues de la demanda y contestación se admitirán al actor y al demandado, otros documentos. Al debatirse la cuestión litigiosa como incidente dentro de la sección cuarta de este juicio universal de quiebra, y al constar en dicho procedimiento concursal, las referidas sentencias, de cuya existencia y contenido tenían perfecto y completo conocimiento los Síndicos —ahora apelantes—, como se desprende del Estado de acreedores del quebrado confeccionado por la Sindicatura de la quiebra a efectos de la Junta de reconocimiento de créditos (folios 25/41) ya que bajo los ordinales 12, 14 y 47 se mencionan detalladamente las mencionadas sentencias, es por lo que se ha de desestimar el motivo primero de apelación.

CONSIDERANDO: Que la causa segunda del recurso se apoya en que las sentencias en que constan los créditos de las entidades impugnantes, ahora apeladas, son de fecha posterior a la retroacción —1º de Junio de 1976— fijada por el auto de declaración de quiebra de 9 de Diciembre de 1976, por lo que no ostentan, según la parte apelante, la preferencia de graduación que les reconoce la sentencia recaída en primera instancia.

CONSIDERANDO: Que la quiebra, como el concurso de acreedores para el deudor no comerciante, es un procedimiento de ejecución forzosa que tiene por fin el reparto equitativo del patrimonio del deudor entre sus acreedores. La declaración de quiebra, "condictio iuris" del estado legal de quiebra, aunque el artículo 874 del Código de comercio, dominado por la preocupación antiprocésalista haya omitido tan esencial requisito, es el punto de determinación de este juicio concursal, no solo de las cuantías de los créditos existentes contra el deudor —de ahí que se produzca, entre otros efectos, el vencimiento de los créditos aplazados (artículo 883), la interrupción del curso de los intereses (artículo 884)—, sino también de sus respectivas naturalezas y de fijación por ellas de la prelación de su pago (artículos 913 y 914) en las dos secciones en que divide la graduación de los créditos (artículo 912, como los últimamente invocados, del Código de comercio), pues como operación previa al pago de los créditos reconocidos, se impone la debida clasificación de dichos créditos para determinar su respectiva naturaleza, a fin de decidir por ella la clase de bienes con que han de hacerse efectivos y orden de su pago. *Es el momento procesal de la declaración de quiebra y no el de carácter sustantivo de la retroacción de la misma declaración, el que determina la naturaleza de lo créditos reconocidos como existentes en este procedimiento universal.* Mantener la tesis contraria implica desconocer tan fundamental principio, como desvirtuar el alcance y efecto de la retroacción de la quiebra. El Tribunal Supremo en sentencia de 12 Noviembre 1977 afirmó que la declaración de nulidad establecida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio "se conecta con los actos de dominio o administración, realizados por el quebrado durante ese lapso de tiempo, que fueron en detrimento de la "par conditio creditorum" significativo del principio de igualdad de acreedores"; o sea, que tal declaración de nulidad de desenvuelve y actúa lógica y necesariamente, en el ámbito del derecho sustantivo o material —actos del quebrado—, pero no puede en modo alguno afectar actos de índole procesal y por ende de

derecho público, como son las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales.

CONSIDERANDO: Que consecuente con lo que se acaba de exponer y toda vez que las sentencias en que consten los créditos de las entidades, Banco A S.A. (de 17 de Enero de 1977 —227.500 pesetas—, 19 de Enero de 1977 —150.000 pesetas— y 13 de Diciembre de 1976 —135.000 pesetas—) y B. M. S. S.A. (de 12 de Febrero de 1977 —384.372 pesetas—) son de fecha posterior a la declaración de quiebra —9 de Diciembre de 1976— y carecien en tal decisivo momento del carácter de firme que exige el apartado B) del ordinal tercero del artículo 1924 del Código Civil para que sus titulares ostenten el carácter de acreedores “privilegiados por derecho común” —nº 2 del artículo 913 del Código mercantil, es por lo que procede estimar la apelación en cuanto la resolución ahora apelada, considera dichos créditos con tal privilegio, y desestimarla respecto a los otros dos créditos, el de Banco U. S.A. y el de A. M. T. S.A. ya que constan en sentencias firmes de fecha 14 Septiembre y 15 Noviembre de 1976 respectivamente, anteriores ambas a la de la declaración de quiebra, aunque posteriores a la época de retroacción de la quiebra; y la condición privilegiada de los créditos que constan por sentencia firme lo tiene reconocido la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 27 Enero y 13 Junio 1958, 27 Abril 1967, 3 Noviembre 1971 y 10 Noviembre 1977.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don J. G. M. en nombre y representación de la SINDICATURA DE LA QUIEBRA DE D. A. S. F., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiseis de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez accidentalmente encargado del Juzgado de primera instancia número Dos de esta ciudad en el incidente de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a lo que a continuación se declara, y se confirma en el resto:

I) Que, estimando las impugnaciones de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores celebrada el once de Septiembre de mil novecientos setenta y nueve sobre graduación de créditos, formuladas por los Procuradores señores O. y M., respectivamente en nombre y representación de B. U. S.A. y A. M. T. S.A. en el juicio universal de quiebra de don A. S. F. —número 983 de 1976 de dicho Juzgado—, habiéndose opuesto en el incidente la Sindicatura mencionada, representada por el Procurador señor G., debemos declarar y declaramos la nulidad de los acuerdos impugnados por dichas entidades bancarias y en su lugar, debemos declarar y declaramos que el crédito de CUATRO MILLONES CUATROCIENTAS CUARENTA MIL QUINIENTAS TRES PESETAS (4.440.503) reconocido a favor del BANCO U. S.A., y el de QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000) reconocido a favor de A. M. T. S.A., deben extraerse de la Sección IV de “Acreedores comunes” y, ser considerados como “Privilegiados por derecho común” y, por ello quedar incluidos en la Sección II del Estado de Graduación de créditos del referido juicio universal.

II) Que, desestimando las impugnaciones interpuestas contra los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores antes mencionada, formuladas por los Procuradores señores B. y B., respectivamente en nombre y representación de B. A. S.A. y B. M. S. S.A., en el juicio universal de quiebra antes referida, habiéndose opuesto en el incidente la Sindicatura, representada por el Procurador señor G., debemos declarar y declaramos no haber lugar a las nulidades postuladas por estas dos últimas entidades bancarias.

III) Que no procede hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

Dada la incomparecencia en esta alzada de las entidades apeladas Banco A. A. S.A. y Banca M. S. S.A., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y

283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si no se instan sus notificaciones personales en el término de tres días. (Ponente: Julio Llovet Alabau)

44

44. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de provisión de fondos: carga de la prueba de la misma. Doctrina del T.S. y de la Sala. Costas: no se imponen en aplicación del n° 3 del art° 1.474 de la L.E.C. *Sentencia de 4 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la falta de provisión de fondos al librado —oponible en el juicio ejecutivo cuando éste se desenvuelve entre los intervinientes en la relación causal conforme reiteradamente sanciona el Tribunal Supremo (Sentencias 7-3-67, 8-1-68 y 17-1-1970)— plantea el tema de la carga probatoria que si bien un sector doctrinal atribuye al librado en base al dato de que la no formulación de oposición y declaración de rebeldía del ejecutado engendra la procedencia de dictar sentencia de remate, eximiendo al ejecutante de acreditar aquella provisión, sin embargo, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 21-12-1973, recogida por la de 25-2-1974 “ninguna duda cabe en orden a que, como ya declaró esta misma Sala (Sentencia, por todas 82/1972, de 27 de septiembre), la carga de la prueba de la provisión de fondos corresponde al librador, lo que claramente dimana: a) De que, conforme dispone el artículo 456 del Código de Comercio, es una obligación del librador; b) De los artículos 458 (“a menos que pruebe que había hecho oportunamente la provisión de fondos”) y 460 del mismo cuerpo legal (“siempre que pruebe que al vencimiento de la deuda tenía hecha provisión de fondos para su pago”), solución que coincide, obviamente, con la adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias, por todas, de 15 de diciembre de 1916, 1 de julio de 1929, 30 de enero de 1936 y 20 de enero de 1954). Principio distributivo del onus probandi que no puede ir más allá de lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil, como declaró esta Sala en Sentencia de 25-2-1974 que al mismo tiempo puntualiza: “1º) Lo único que ha de probar el librador es la existencia de una deuda a su favor de entidad, conforme dispone el artículo 457 del Código de Comercio, “igual o mayor” que la figurada en la cambial; 2º) Demostrada esta existencia inicial, su desvirtuación por pago u otras causas extintivas, incumbe, con arreglo al primer precepto, al deudor, como ya declaró esta misma Sala en sus sentencias 38/1970, de 22 de mayo, y 141/1973, de 21 de diciembre, al decir que “solo exige al librador en el juicio ejecutivo la justificación de aquellas sus relaciones con el librado normalmente determinantes de la aceptación de la letra y de la existencia de la provisión de fondos en este último, mientras se impone al ejecutado, partiendo de aquella probanza del ejecutante, la obligación de desvirtuarla, sea por inexistencia sea por insuficiencia de tal provisión”.

CONSIDERANDO: Que frente a la oposición articulada en primera instancia y reiterada en ésta, el Consorcio F. I. S.A., Sociedad ejecutante apelada, afirma la existencia de provisión de fondos en poder del librado por cuanto éste resulta ser deudor por los conceptos que motivaron el libramiento y aceptación de las letras de cambio ejecutadas y que se exponen seguidamente: A) Deudas anteriores a las fechas de libramiento de las cambiales citadas —1 de febrero y 1 de mayo de 1979—; E) Compra de 810 acciones de las que

el C. F. I. S.A. emitió el 15 de diciembre de 1979 para ampliar su capital y de cuyo valor únicamente una parte había sido satisfecho mediante entrega de dinero en efectivo; C) Préstamo concedido por el Consorcio ejecutante para suscribir 640 acciones del Consorcio F. B. S.A. y D) Compra de 240 acciones del socio Dr. M. B. quien únicamente había desembolsado el 25% de su valor.

CONSIDERANDO: Que examinadas las afirmaciones causales precitadas se observan injustificadas omisiones como son, en la primera, la relativa al importe y origen de las deudas existentes con anterioridad al libramiento de las cambiales que se ejecutan y, en la segunda, la referente al quantum de la entrega en efectivo realizada para pago del valor de 810 acciones de las que el Consorcio ejecutante había emitido para ampliar su capital, —dato necesario para determinar el quantum que causó la aceptación de las cambiales mencionadas—.

CONSIDERANDO: Que analizado el material probatorio aportado a la litis con la finalidad de verificar la realidad de las afirmaciones básicas expuestas resulta que: 1) Ningún medio probatorio ha sido aportado en relación con las deudas anteriores al libramiento de las letras de cambio aportadas con la demanda; 2) El contenido de la escritura pública otorgada por el Consorcio F. I. S.A. el 16 de marzo de 1979 en cuanto revela, según manifestación propia de la Sociedad ejecutante mencionada, que "los expresados suscriptores (suscriptores, entre los que se encuentra el ejecutado, de las acciones representativas del capital social ampliado) han desembolsado en efectivo metálico, el importe de sus respectivas acciones (810 fueron adquiridas por el demandado) habiéndolo ingresado en la Caja Social antes de este acto, por lo cual se declara totalmente desembolsado el aumento de capital de cinco millones de pesetas", impide tener como verdadera la afirmación causal de que las letras de cambio habían sido aceptadas para cubrir el valor de las acciones no desembolsado en dinero efectivo; 3) Ningún medio de prueba ha sido ofrecido al juzgador para acreditar la realidad del préstamo que el Consorcio Financiero actor afirma haber realizado al oponente apelado al objeto de adquirir 640 acciones del Consorcio F. B. S.A., sin que la existencia de tal contrato pueda deducirse de la Póliza de operaciones al Contado (folio 78) aportada como medio de prueba específico pues acredita que el socio demandado adquirió 640 acciones del propio Consorcio F. demandante; y 4) El valor no desembolsado de las acciones adquiridas al socio titular anterior —360.000 pesetas pues según confesión del demandado fueron 480 acciones y no 240 como se afirma en la contestación a la oposición— es inferior al importe de toda y de cada una de las letras de cambio que la sociedad actora pretende fundamenten su acción ejecutiva.

CONSIDERANDO: Que el incumplimiento de la carga probatoria que al Consorcio F. actor le correspondía a tenor de la doctrina expuesta en la fundamentación primera de esta resolución, motiva su deber de soportar las consecuencias inherentes a la inexigibilidad de la cantidad reclamada y que se concretan en la solicitada declaración de nulidad del juicio ejecutivo prevista en el número tercero del artículo 1473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que a tenor del último párrafo del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la imposición de costas deja de ser preceptiva en la primera instancia cuando, como ocurre en este caso, no existe causa para apreciar temeridad en el ejecutante, sin que tampoco proceda, atendido el contenido de esta resolución, hacer especial declaración sobre las causadas en este grado jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don E. F. F. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Ibiza, el once de marzo de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando la oposición formulada por el citado recurrente y desestimando la demanda formulada contra éste por el Consorcio. F. I. S.A. debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio eje-

cutivo mencionado, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

50

50. DERECHO BALEAR. Estudio de la presunción establecida en el n° 3 del art° 3 y de su destrucción por la prueba. Prueba de la posición económica de los cónyuges antes del matrimonio de la que quepa inferirse la procedencia de los recursos necesarios para la adquisición de los bienes presuntamente comunes. Depósitos bancarios titulados indistintamente: No significa la atribución de los mismos por mitad. Análisis de la prueba y destrucción de la presunción de comunidad. *Sentencia de 14 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de este litigio se centra en la reclamación de diversos bienes hereditarios, pretendidamente pertenecientes a la madre de la demandante, quien fue declarada, en virtud de auto de tres de septiembre de 1979 dictado por el Juzgado de primera instancia número Dos de Palma de Mallorca (autos n° 366 de 1979), heredada abintestado de aquélla, aduciéndose como fundamental soporte de su solicitud la prescripción contenida en el número tercero del artículo tercero de la Compilación de Derecho civil especial de Baleares, instauradora de una presunción de comunidad real respecto de aquellos bienes que no resultan privativos de alguno de los cónyuges, y que, en el entender de la actora, ha de producir el efecto de transferir en su favor la mitad de los bienes reclamados al no constar en modo alguno su exclusiva pertenencia al esposo de la fallecida; y, al propio tiempo, es también objeto de reclamación un conjunto de bienes diversos pertenecientes, a juicio de la postulante, única y exclusivamente a ella, reivindicándolos respecto del marido de su madre. Determinado, pues, lo que es pretendido, se hace preciso sentar, como indispensables premisas de las que partir para realizar el análisis jurídico de la cuestión debatida, los siguientes extremos, sin los cuales no es posible enjuiciarla correctamente: A) el matrimonio contraído el día 11 de julio de 1972 entre el demandado, ahora apelado, y T. C. G., madre ésta de la reclamante, se rigió por el régimen de separación de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo tercero de la mencionada Compilación en relación con el artículo 14 del Código Civil, que impone a la mujer casada seguir la condición de su marido en lo tocante a la vecindad civil de derecho foral, haciéndose de aplicación todo cuanto aparece dispuesto en esa Compilación en materia de régimen económico conyugal; B) son hechos indubitados acaecidos en el seno de su matrimonio, además de su celebración ocurrida, según se ha indicado, el día 11 de julio de 1972, los siguientes: a) la demandante, hija de la esposa fallecida, pero no del marido de ésta (el ahora apelado), fue reconocida legalmente el 20 de noviembre de 1972; y b) la esposa falleció el día 6 de abril de 1978, sin otorgar testamento alguno. Debe ser, por tanto, a partir de tales hechos, como ha de ser enjuiciado el objeto litigioso sometido a la consideración de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que la normativa foral mallorquina viene caracterizada, como una de sus instituciones que mayor raigambre alcanza, ratificada por el favor dispensado por sus naturales y aforados, por el mantenimiento del régimen económico-matrimonial de absoluta separación de bienes —a falta de capitulaciones en contrario (artículo tercero de la Compilación)—, entroncado directamente en el derecho romano y reconocido en otros derechos forales y en diversas legislaciones extranjeras; y, aun cuando haya podido afirmarse que un régimen económico de tal naturaleza conlleva serios inconvenientes centrados esencialmente en la falta de convergencia de cada uno de los patrimonios separados hacia el cumplimiento de los fines conyugales y familiares, a diferencia de los regímenes comunitarios, en los que parece preponderante la atención de las necesidades familiares en que se inserta el matrimonio, no obstante no cabe desligar aquella institución jurídica de lo que son las características tradicionales de la familia mallorquina, enraizada secularmente en la negación de amalgamas patrimoniales, deseando tanto la distinción y nitidez de cada uno de los patrimonios conyugales como la proporcional contribución a cuantos gastos y necesidades origine la institución familiar, y haciendo de ello una feliz combinación en la que, sin detrimento de la pureza patrimonial, no queden desatendidas las exigencias económicas consustanciales a toda familia. Es obvio que la Compilación balear, reflejo de instituciones jurídicas y sociales arraigadas de antaño, reconoce el principio de diferenciación patrimonial, aunque introduce determinadas matizaciones o correcciones en aras de evitar perjudiciales consecuencias a que podría conducir una exacerbada radicalización de los principios informantes del sistema de separación de bienes; y, así de un lado, introduce la obligación, impuesta a cada cónyuge, de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio (artículo cuarto, párrafo primero "in fine"), estableciéndose, por otra parte, una presunción legal de copropiedad respecto a aquellos bienes que no resulten privativos de cada uno de los cónyuges (artículo tercero, párrafo tercero). Esta presunción de comunidad de bienes, respecto a aquéllos que no resulten pertenecer particularmente a ninguno de los esposos, que es sustitutiva de la antigua presunción muciana, y que probablemente desafine con el contexto de un régimen de absoluta separación de bienes, dejando abierto un conducto para una paulatina introducción de un régimen inspirado en una mayor confusión o interrelación de los patrimonios privativos, obliga a los consortes, titulares de bienes a título personal, a procurar la demostración de su exclusiva titularidad sobre los mismos, so pena de derivarse el efecto jurídico, impuesto por la aludida presunción normativa, de ser reputados como bienes comunes, pertenecientes por mitad y proindiviso a ambos cónyuges. Claro es que, dados los principios inspiradores de la legislación foral, inclinados decididamente en pro del régimen de absoluta separación patrimonial, y habida cuenta de que es norma vinculante la que obliga a interpretar los preceptos de la Compilación atendiendo a la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan (artículo segundo, párrafo segundo), no cabe sustraerse, ni siquiera a la hora de interpretar y aplicar aquella presunción de copropiedad, a estas orientaciones generales resultantemente favorables a la tradición jurídica foral.

CONSIDERANDO: Que las precedentes aseveraciones deben ser tenidas siempre presentes a la hora de estudiar el tema litigioso, como medio de comprender la parte dispositiva de esta resolución, la cual ha de girar indeclinablemente alrededor de las siguientes ordenadas: a) La duración del matrimonio ha sido particularmente breve: en efecto, habiendo sido contraído el día 11 de julio de 1972, quedó disuelto, como consecuencia del fallecimiento de la esposa, el día 6 de abril de 1978; b) el esposo ha acreditado ampliamente que, con anterioridad a la celebración del matrimonio, realizaba diversos trabajos, debidamente remunerados, así como transacciones y operaciones de adquisición y transmisión de bienes inmuebles, que le reportaron sustanciosos ingresos, prosiguiendo en tales actividades con posterioridad incluso a la contracción de matrimonio; c) por el contrario, escasísima ha sido la justificación en torrio a bienes e ingresos de cualquier especie que sean pertenecientes a la esposa, no habiendo constado ni resultado que fuera ésta titular de bien alguno; y d) en modo alguno cabe olvidar el deber, impuesto proporcionalmente a cada consorte, de contribuir al sostenimiento de los gastos originados por el matrimonio o la familia por éste engendrada. Conviene examinar separada y más detalladamente cuando ha sido probado en relación con los bienes pertenecientes a uno y otro cónyuge. Y, así, en cuanto al patrimonio de la esposa, no queda patentizada otra cosa, en vista de cuanto ha

sido actuado, más que una absoluta carencia de bienes anteriores al matrimonio, siendo insuficiente la prueba efectuada con objeto de advenir ingresos provenientes de actividades laborales desarrolladas con anterioridad a las nupcias, pues ni los trabajos que se dicen realizados son susceptibles de engendrar unas ganancias capaces de traducirse en lo que es ahora objeto de reclamación, ni cabe siquiera estimar como de su exclusiva incumbencia la satisfacción de determinados gastos escolares o de vivienda, al parecer de bastante entidad, ocasionados inmediatamente antes de la boda; y otro tanto ha de afirmarse respecto de las percepciones obtenidas a raíz de haber trabajado como auxiliar de clínica en los periodos comprendidos entre los días 19 de enero de 1970 a cinco de octubre de 1972 (antes de contraer matrimonio, salvo los últimos meses), y primero de julio de 1976 a 30 de septiembre de 1977, ya que el escaso monto de lo obtenido por razón de su trabajo —que en total puede rondar las trescientas mil pesetas por cuanto se refiere a todo el trabajo desarrollado después del matrimonio— impide admitir la formación de un patrimonio privativo, que es incapaz de fundamentar la reclamación postulada. Pero es que son precisamente estos ingresos los que parcialmente justifican la aportación patrimonial que todo cónyuge realiza al matrimonio —sea en metálico, sea en especie—, pues suficientemente acreditada ha quedado la colaboración, debidamente remunerada, prestada por dos mujeres en las tareas cotidianas del hogar, reduciendo consiguientemente la efectiva contribución de personal o en especie la misma esposa, quien al desarrollar una actividad laboral coopera con sus salarios a la debida cobertura de las necesidades del hogar. Efectivamente, no cabe dar otra interpretación a las percepciones laborales de la esposa, pues, de acuerdo con lo prescrito en la Compilación balear (en el ya mencionado artículo cuarto, párrafo primero “in fine”), tanto uno como otro cónyuge deben contribuir proporcionalmente al sostenimiento del matrimonio, y es bien evidente que la esposa ha colaborado con dinero en lugar de con su propio y personal trabajo. Sostener una orientación diferente traería como consecuencia un flagrante incumplimiento por parte de la esposa de un deber de sufragar gastos familiares que tanto viene exigido al esposo como a la esposa: deben imputarse, pues, los ingresos de la esposa a la satisfacción de los gastos familiares ordinarios, a salvo de lo que ulteriormente se dirá acerca de determinada cantidad percibida por el marido después del fallecimiento de su consorte. Y, en lo que se refiere a la acreditación de bienes de la propiedad del esposo, ha quedado justificada con la suficiente amplitud y detalle, conforme se ha indicado, su intervención en numerosas negociaciones lucrativas, compras y ventas de pisos y de fincas rústicas, así como unos ingresos que, por razón de su trabajo, le permitían vivir con la suficiente holgura, habiendo abierto cuentas bancarias, formando parte de comunidades y manteniendo relaciones económicas muy anteriores a la época en que contrajo matrimonio a los 51 años de edad, cuya explicitación y detalle constan debidamente circunstanciadas en autos. No cabe concluir de ello sino que, tal y como ya se ha dicho, al tiempo de iniciarse el matrimonio, era éste quien posería un patrimonio debidamente delimitado, careciendo prácticamente la esposa de bienes de su exclusiva pertenencia susceptibles de fundamentar la pretensión ejercitada en este litigio.

CONSIDERANDO: A modo de recapitulación, que es atendiendo a estos parámetros (breve duración del matrimonio, carencia de patrimonio de la esposa y correlativa obligación de ésta de contribuir a los gastos familiares, y justificación por el esposo de la pertenencia de un patrimonio suficientemente holgado antes de contraer matrimonio) como debe ser entendida e interpretada la presunción de comunidad del párrafo tercero del artículo tercero de la Compilación balear en relación con el caso enjuiciado; y, como sea que este precepto impone un deber de demostrar el carácter privativo de cualquier bien, so pena de que, en caso negativo, tenga eficacia la presunción legal y, no debiéndose acentuar esa carga probatoria hasta un límite tal que conduzca a una plena, absoluta e indubitada certeza, de tal suerte que no quepa el menor resquicio de duda, sino que ha de bastar con una demostración suficientemente consistente según el prudente arbitrio del tribunal, que, sopesando cuantas circunstancias concurren y tomando en consideración los principios informadores de la institución o instituciones jurídicas en las que se cobijan las pretensiones de las partes —en el presente caso, la institución foral de la absoluta separación de bienes, para cuya interpretación debe estarse al sentido proporcionado por la tradición jurídica balear—, determina si los bienes en litigio *resultan* o no privativos de uno de los consortes, ha de llegarse a la ya referida conclusión de que, a la vista de cuanta documentación y demás pruebas han sido traídos al pleito, pertenecen en su totalidad los bienes al esposo, a

salvo del pronunciamiento de la sentencia de instancia (exigido por el principio de la *reformatio in peius*), lo que va a ser comprobado al examinar cada uno de los bienes u objetos concretamente reclamados.

CONSIDERANDO: Que, en relación con las cuentas corrientes y depósitos bancarios que son objeto de reclamación —concretamente la mitad de sus saldos al tiempo del fallecimiento de la madre de la demandante—, debe partirse de que, en efecto, en algunos de ellos aparecen ambos cónyuges como titulares indistintos, de tal suerte que tanto uno como otro podían disponer libre e indiscriminadamente de sus fondos; pero ello no significa necesariamente la atribución dominical a cada uno de ellos de la mitad de sus respectivos saldos, conclusión a la que seguramente conduce una precipitada interpretación de la presunción contenida en el párrafo tercero del artículo tercero de la Compilación, sino que se hace preciso examinar cuantas circunstancias concurren en los esposos, y, sólo a la luz de lo que de ese examen resulte, hacer entonces aplicación o no de tal presunción. Son precisamente las consideraciones anteriormente expuestas las que enervan la eficacia de la aludida pretensión: el esposo ha acreditado de manera consistente su titularidad sobre los bienes que son reclamados, mientras que ninguna prueba sólida ha sido efectuada en sentido contrario acreditando que también la esposa tenía sus propios bienes, y es precisamente esta consideración —unida al corto tiempo de duración del matrimonio— la que aboca indeclinablemente a entender que el carácter indistinto dado a algunas libretas de ahorro o cuentas corrientes no permite hacer entrar en juego la presunción de copropiedad aducida por la reclamante. No debe olvidarse tampoco que el mero hecho de abrir una cuenta o libreta bancaria indistintamente a nombre de ambos cónyuges no significa, de un modo obligatorio, la constatación de una titularidad o propiedad conjunta e indivisa respecto de los fondos existentes, pues, aun cuando en el ámbito del derecho común suele suceder así, por imponerlo el régimen de comunidad en que se traduce el sistema de gananciales respecto de los frutos y ganancias obtenidos durante el matrimonio, se da una honda diferencia cuando el régimen imperante es el de separación de bienes, debiéndose diferenciar en éste entre la atribución o delegación de la denominada “potestad de las llaves” en uno de los cónyuges (ordinariamente la esposa), para que destine parte de los ingresos obtenidos durante el matrimonio al sostenimiento de sus cargas y atenciones cotidianas, actuándose como administrador de los fondos precisos para esas necesidades diarias, pero sin ostentar titularidad específica alguna sobre los mismos, y, de otra parte, la transmisión de bienes sea o no en concepto de liberalidad, del patrimonio de uno de los cónyuges al otro, siendo conveniente recordar a este respecto que, conforme dispone el párrafo tercero del artículo cuarto de la Compilación, son nulas las donaciones entre cónyuges (en correspondencia, por tanto, con lo establecido en el artículo 1334, derogado, del Código Civil, pero aplicable en virtud de la irretroactividad de las leyes civiles), a cuyo efecto de ineficacia podría llegarse en caso de reputar como donación el acto de convertir en indistinta la titularidad de una cuenta o depósito bancario, no cabiendo, en consecuencia, sino entender, a la vista de cuanto ha sido actuado, que el carácter indistinto de dichos depósitos obedece a una finalidad de facilitar el desenvolvimiento de la mencionada potestad doméstica, fundamentada en la confianza recíproca de los esposos, en el efecto que se dispensan o, simplemente, en la comodidad para uno de ellos, sin que quepa admitir que ese carácter indistinto responda a actos de liberalidad del esposo que, en cualquier caso, y como quiera que envuelven una transmisión a título gratuito, producirían el efecto de su ineficacia.

CONSIDERANDO: Que, entrando en el examen particularizado de los depósitos bancarios que se reclaman, aparece en primer término un depósito a plazo fijo cuyo montante asciende a cuatrocientas mil pesetas, el cual fue impuesto el día tres de febrero de 1975 en el B. C. B., siendo cancelado el día 8 de noviembre de 1978, después del fallecimiento de la esposa; y, habiendo quedado acreditado que el marido había sido titular de un depósito semejante, por suma de trescientas mil pesetas, que fue cancelado el mismo día tres de febrero de 1975, no cabe sino reputar que los fondos integrantes de uno y otro depósitos tienen la misma procedencia: el patrimonio del esposo. Así debe inferirse tanto de la común lógica y sentido (artículo 1253 del Código Civil), a falta de justificación en contrario, como del conjunto de circunstancias concurrentes, que ya han sido objeto de examen. Otro tanto cabe afirmar respecto de la cuenta corriente con número 60-050001-2, de la misma entidad bancaria, que, habiendo sido abierta el día diez de octubre de 1966,

mucho antes de celebrarse el matrimonio, se le dió el carácter de indistinta el día 12 de septiembre de 1974, para ser cancelada posteriormente, en fecha de treinta de octubre de 1977, y debe ser así entendido tanto en base de las precitadas consideraciones cuanto en razón de que ningún indicio concurre acerca de que la esposa efectuase ingresos en ella o aportase fondos. De igual modo, y en relación con la libreta de ahorros con número 175.383/98, de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares, cuyo saldo al día 30 de marzo de 1978, inmediatamente antes del fallecimiento de la esposa, era de 1.019.012, 61 pesetas, y que fue abierta el día 19 de diciembre de 1975 y cancelada nueve días después de su óbito, procede reputarla de la exclusiva propiedad del marido, tanto en atención a las consideraciones que reiteradamente se han mencionado como por el hecho de haberse acreditado cumplidamente el origen de los abonos impuestos en esa libreta, provenientes de las percepciones obtenidas por razón del trabajo del esposo. Semejantes conclusiones se obtienen respecto de la cuenta corriente abierta en el Banco Industrial del Mediterráneo, con el número 432, que fue apertura el día 5 de mayo de 1976, también con el carácter indistinto apuntado, y cancelada el diez de abril de 1978, así como en relación con determinados bonos de dicho banco, por cuanto estaban además a nombre exclusivo del marido. Es, pues, obvia la consecuencia de cuanto ha sido expuesto y que una vez más se reitera: la reclamante no goza de derecho alguno sobre los saldos de dichos depósitos bancarios por resultar privativos del demandado.

CONSIDERANDO: Que, en lo concerniente a la reclamación de un turismo, marca Renault-12, con matrícula PM-7316-G, que fue comprado el día ocho de julio de 1975, apareciendo desde entonces como titular del mismo la esposa del demandado, hasta que en fecha de 28 de diciembre de 1978 se efectuó su transmisión en favor de éste, ha de seguirse la misma conclusión que respecto de los depósitos bancarios, y ello porque ha quedado suficientemente patentizado que el referido vehículo fue pagado mediante la entrega de otro que ya poseía el esposo (un Simca 1000, con matrícula PM-113.931), completándose el resto del precio mediante la entrega de un talón librado contra una cuenta corriente ya mencionada (la número 60-050001-2), del B. C. B), que, aunque estaba abierta indistintamente a nombre de ambos consortes, ha de seguir los efectos derivados de las consideraciones y principios que informan la resolución de este litigio. El hecho de que el vehículo fuera anotado en los registros oficiales como pertenecientes a la esposa no significa necesariamente que fuera dueña del mismo, porque, habiéndose justificado plenamente que la adquisición se verificó pagando el precio con dinero exclusivo del esposo, ha de derivarse de ello que, conforme a las normas reguladoras del régimen de separación de bienes, el bien obtenido en sustitución del dinero pagado pasa a formar parte del patrimonio privativo de aquel que en verdad compró, y no del de su cónyuge, a menos que sea reputado el hecho como una donación o liberalidad a título gratuito, que, conforme a la legislación foral balear, según se ha indicado, se halla completamente prohibida. No siendo, pues, una donación, debe entenderse que la registración del vehículo a nombre de la esposa debió responder a otras finalidades de menor entidad, cuya averiguación no constituye objeto de decisión en este pleito.

CONSIDERANDO: Que, respecto a los inmuebles asimismo reclamados, dos de ellos situados en la calle Pérez Galdós, números 26 y 28, que constituyen una sola vivienda, y también un apartamento ubicado en Santa Ponsa, se aduce que constan adquiridos por sendas escrituras públicas fechadas, respectivamente, en los días ocho de marzo y cuatro de octubre de 1973, y en el día nueve de abril de 1975, por lo que, habiendo sido adquiridos durante el matrimonio, y no pudiéndose reputar comprados con bienes pertenecientes exclusivamente a uno de los cónyuges, ha de operar la presunción de comunidades tantas veces citada. No obstante, las consideraciones precedentemente realizadas en torno a los patrimonios privativos conyugales, así como el hecho de constar suficientemente acreditado, en virtud de la profusa prueba documental aportada, que la efectiva adquisición tuvo lugar bastante antes o en la misma época en que se contrajo el matrimonio, siendo en consecuencia realizados los pagos, por razón de compra o con el fin de hacer habitable las viviendas, por el esposo, y así se desprende de cuantas facturas han sido aportadas, permiten entender que, habiendo sido hechas las adquisiciones con capital del esposo, resultan de la pertenencia de éste esas viviendas o apartamentos, no teniendo en el presente caso virtualidad ninguna la disposición del artículo 1227 del Código Civil, en tanto que, con-

forme a doctrina jurisprudencial reiterada, la eficacia y extensión de tal precepto debe ceder en los casos en que se acredita suficientemente otra cosa.

CONSIDERANDO: Que, en relación con los restantes bienes reclamados, bien sean por pertenecer a la esposa difunta, bien por ser de la propiedad de la misma demandante, no se ha verificado demostración alguna mínimamente consistente que conduzca a su estimación, por lo que no es posible acceder a lo pretendido al faltar los soportes precisos para ello.

CONSIDERANDO: Que en atención a cuanto ha sido expuesto no procede acoger la pretensión impugnatoria de la sentencia recurrida, la cual debe ser confirmada íntegramente: tanto en relación con la condena al pago de la suma de 74.127 pesetas, que deben reputarse pertenecientes a la reclamante al constar acreditado ser un ingreso de su madre fallecida y que cobró su marido sin contar con la intervención de la actora, como en el pronunciamiento que, aun cuando no sea coincidente con las argumentaciones precedentemente expuestas, impone conceder a la parte reclamante una parte proporcional de determinadas cuentas y depósitos bancarios, cuya determinación ha de efectuarse en período de ejecución de sentencia, y ello en virtud de la exigencia procesal impuesta por el principio, sólidamente instalado en nuestro Derecho, que impide modificar una resolución judicial en perjuicio de una de las partes si no ha sido solicitado por la contraria (*reformatio in peius*), y, no habiéndose solicitado por la parte apelada, ha de proceder la confirmación, por imposibilidad de variación, de la misma.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. O. V. en nombre y representación de D^a. P. P. C. contra la sentencia de diez de febrero de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma en el juicio declarativo de mayor cuantía de este rollo dimana debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

Participese a la Oficina liquidadora del impuesto sobre derechos reales y actos documentados, la existencia de las escrituras fechadas a los días 8 de marzo y 4 de octubre de 1973, y 9 de abril de 1975, para que proceda como en Derecho corresponda. (Ponente: Carlos climent Durán)

52. ALIMENTOS PROVISIONALES. Peculiaridades procedimentales respecto del juicio sobre alimentos definitivos. Absoluta equiparación, a partir de la Constitución y consiguiente adaptación del C.C., a efectos de los mismos, entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Título: posesión de estado: concepto jurisprudencial y

justificación de la misma: análisis de las pruebas que la acreditan. *Sentencia de 16 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el estudio del propio recurso de apelación formulado, basado en que sin previo reconocimiento o declaración de paternidad, supuestos que no se dan en la presente litis y que deben sustanciarse en el juicio declarativo correspondiente, no cabe la pretensión de alimentos postulada en este proceso sumario, procede determinar si se da nulidad de actuaciones, aducida en el acto de la vista, por no haber sido citado ni haber sido parte en primera instancia, en este juicio de alimentos provisionales, el Ministerio Fiscal. Nulidad que no ha lugar ya que la disposición transitoria 8ª de la Ley 7 de Julio de 1981, número 30/81, que preceptúa que será parte el Ministerio Fiscal, siempre que algunos de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes, se refiere, como se indica en dicha disposición, a los procesos de nulidad, separación o divorcio, pero no a los juicios de alimentos provisionales, y si bien el párrafo último del artículo 148 del Código Civil, añadido por la Ley 13 de Mayo de 1981, determina la intervención del citado Ministerio para instar del Juez la adopción de medidas cautelares oportunas a favor del alimentista, ello solo procede en los casos de urgencia y cuando no haya petición del que tenga derecho a alimentos, supuestos que no es el del presente juicio.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el estudio del fondo del recurso, interesa señalar que este juicio, ahora en segundo grado jurisdiccional, es un procedimiento breve y sencillo, en el que se oye sumariamente al que ha de prestar alimentos y que como juicio contradictorio está regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en el Libro Segundo —De la jurisdicción contenciosa—, entre los juicios sumarios, con una sustanciación especial que no concuerda con la de la Ley de 1855 que lo configuraba como acto de jurisdicción voluntaria, en el que no se daba audiencia al demandado aunque lo solicitara, sin que en virtud de su oposición se trocase contencioso el expediente, separándose de la regla establecida para dichos actos. La diferencia entre alimentos provisionales y definitivos, aquellos se señalan en juicio sumario, porque su asignación y pago es provisional o por vía interina, éstos se fijan definitivamente por ejecutoria en juicio declarativo, es recogida por la vigente Ley Procesal civil, cuyo Título XVIII, Libro II, lleva por rúbrica “De los alimentos provisionales” y su último artículo, el 1617, expresamente declara que la sentencia firme que recaiga no producirá excepción de cosa juzgada y quedará a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos por los trámites del declarativo correspondiente.

CONSIDERANDO: Que dado el carácter adjetivo que tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, su referido Título XVIII se limita, lógica y técnicamente, a ordenar el procedimiento sin determinar cosa alguna acerca del derecho para pedir alimentos provisionales ni de la obligación de prestarlos, por ser estas cuestiones propias del Derecho sustantivo; y al proclamar la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978 en su artículo 39.3 que “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los demás casos que legalmente proceda”, dió lugar a la promulgación de la Ley 13 de Mayo de 1981, número 11/81, que da nueva redacción, entre otras disposiciones a las del Título V del Libro I del Código Civil, para adaptarlas a las transcritas normas constitucionales, declarando el apartado segundo del actual artículo 108 del citado Código que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, y el 113 menciona, a falta de los medios que expresa en primer lugar para acreditar la filiación, la posesión de estado. Sobre este concepto, el Tribunal Supremo tiene declarado, si bien con referencia al nº 2 del anterior artículo 135 del repetido Cuerpo legal, que estatúa la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, a efectos de reconocimiento de paternidad, que, como cuestión de hecho es de libre apreciación judicial, requiriéndose que sus elementos constitutivos se acrediten por prueba directa y no por presunciones (Sentencia de 5 de Enero 1945), y que se deriva la posesión de estado de

un conjunto o serie de actos notorios y reiterados que por su naturaleza y circunstancias determinan una situación de hecho de carácter permanente, acreditativa de voluntad (Sentencias de 28 de Noviembre de 1941 y 3 de Julio de 1945).

CONSIDERANDO: Que el artículo 1609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, primero del citado Título XVIII, exige, en su apartado primero, que con la demanda se presenten los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se pidan los alimentos provisionales. La palabra título tiene en nuestro derecho, doble significación: sustantivo o material, o sea causa o razón jurídica (negocio jurídico, disposición legal o decisión judicial o administrativa), y formal o instrumental, o sea prueba gráfica o documental que constata o autentiza aquella causa. Aquella acepción, la de causa jurídica, es la que se sustenta en el apartado segundo del mismo artículo 1809, cuando dispone que si el título se fundase en un derecho otorgado por la Ley —puede basarse también en contrato y testamento—, se presentarán los documentos que acrediten la relación de parentesco entre demandante y demandado, o las circunstancias que den derecho a los alimentos: supuesto este último que incluye la posesión de estado de hijo, cuya justificación se puede completar con testigos, según dispone el mismo precepto procesal; o sea que tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal, cabe el triunfo de la acción de alimentos provisionales en el juicio sumario regulado en el repetido Título XVIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que el demandante acredite posesión de estado de hijo respecto al demandado, sin que ello implique un reconocimiento judicial de paternidad, que solo es posible a través del juicio declarativo correspondiente, sino la concreción de efectos, de carácter provisional, derivados de una situación de hecho, cual es la posesión de estado de hijo.

CONSIDERANDO: Que, de la apreciación conjunta de la prueba practicada se estima que la niña M^a. I. P. M., nacida en Madrid el 26 de Diciembre de 1977, estuvo, desde su nacimiento, en posesión de estado de hija del demandado; como se desprende, entre otras pruebas, de la fotografía obrante al folio 18 en el que el demandado aparece sentado en un sillón teniendo en sus brazos a la citada niña cuando tenía unas semanas de edad, de los recibos del Colegio donde cursa sus estudios la citada menor, en los que figura como primer apellido de la niña el del hoy apelante (folios 21 y 22), así como también de la declaración del demandado prestada en el sumario número 171/1981 del Juzgado de Instrucción número Tres de esta ciudad (folios 36/37).

CONSIDERANDO: Que apelada la sentencia en su integridad, se transfiere al juzgador de segunda instancia el conocimiento íntegro y pleno, y por tanto con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis (Sentencia de 12 de Abril 1980), por lo que procede también examinar si la suma de 20.000 pesetas fijada por el juez "a quo" como alimentos provisionales que el demandado debe pagar, es la adecuada, al disponer el artículo 146 del Código Civil que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, y al tener la madre de la alimentista unos ingresos propios, está obligada a contribuir a la prestación alimentaria de su hija (nº 1 del artículo 154 del repetido Código). Y teniendo en cuenta: a) que la madre de la alimentista, tiene 30 años de edad, es asistente técnica sanitaria, trabaja en el Instituto Nacional de la Salud, percibiendo 58.885 pesetas mensuales (folio 23), vive con su madre en el domicilio de ésta y tiene otro hijo mayor que la alimentista, nacido de una unión anterior; b) que el demandado está casado, es Policía Nacional, siendo su retribución mensual 62.937 pesetas (folio 33), y c) que la alimentista tiene 6 años de edad, y cursa sus estudios en el Colegio San Cayetano de esta Ciudad, se fija en 13.000 pesetas mensuales la cantidad que el demandado debe prestar, en concepto de alimentos provisionales, a la menor M^a. I. P. M.; revocándose en este particular el fallo recurrido.

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

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por don J. C. Ll., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha seis de octubre de mil novecien-

tos ochenta y dos dictada por el Illmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio de alimentos provisionales de que dimana el presente rollo, unicamente en cuanto se fija en TRECE MIL pesetas (13.000) la cantidad mensual que el demandado J. M. C. Ll. debe pagar a la actora y para la hija de ésta M.I. P. M., confirmando el resto del fallo recurrido, y sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Lloret Alabau)

53

53. DAÑOS Y PERJUICIOS. Daños a vehículos. Valor venal superior al de la reparación: es procedente indemnizar por el importe del primero en aquellos supuestos en que el seguro cubra la pérdida total, por el contrario, de la sentencia se deduce que de no mediar tal cobertura no procede indemnización alguna si el importe de los daños supera el valor en venta. *Sentencia de 16 de Marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia que condena a la Compañía Aseguradora demandada al pago de la diferencia resultante entre la cantidad reclamada por la actora en su demanda por los daños causados a cuatro de sus vehículos de motor en sendos accidentes y asegurados por aquella Compañía, y la postulada por vía reconvenicional, es apelada unicamente por la entidad aseguradora, por lo que quedó firme el fallo recaído en cuanto acoge la reconvenición formulada, y por ello queda circunscrito este recurso a la estimación o no de la demanda instauradora de este juicio declarativo de mayor cuantía, ahora en segundo grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que, además de unos concretos motivos impugnativos de las indemnizaciones postuladas por cada uno de los automóviles que resultaron dañados y que mas adelante son objeto del correspondiente estudio, la parte apelante aduce unas causas genéricas de impugnación referentes a todas ellas que, invocadas ya en primera instancia, fueron rechazadas por el juez "a quo", a saber: a) la suspensión de los de las pólizas de seguro suscritas por los hoy litigantes, y b) las valoraciones de los desperfectos de los vehículos asegurados, se realizaron sin intervención alguna de la hoy apelante, según reconoció expresamente en su confesión (posición 4ª) la ahora recurrida-demandante. La pretendida suspensión de vigencia de las pólizas de seguro, en base a la carta que la actora remitió a la entidad Aseguradora, cuya copia obra al folio 71, sería a partir del día 1º de Agosto de 1980, pues en dicha misiva se afirma que "cancelamos las pólizas en treinta y uno de julio del presente año" —1980—, lo que resultaría de total inoperancia a los efectos de esta segunda instancia, ya que todos los siniestros, cuyas indemnizaciones se reclaman en esta litis, acaecieron con anterioridad a aquella fecha; amén que consta en autos certificación de la propia compañía aseguradora acreditativa de que uno de los seguros estaba vigente (folio 15), y la posible cancelación de las pólizas no impide que se reconozcan y se cumplan, en su caso, los efectos producidos por los contratos suscritos ante de la repetida data; y ello es así ya que la propia hoy apelante, por vía reconvenicional, postuló y se le reconoció a su favor en primera instancia, 72.369 pesetas a cargo de la reconvenida, aquí apelada, suma derivada de unos contratos cuya eficacia la ahora recurrente continua

sin embargo negando en esta alzada, no siendo lícito ir validamente contra sus propios actos la Compañía aseguradora (Sentencia de 7 de Marzo de 1975); y si ya es incongruente tal actuación, nada serio resulta que se insista sobre tal suspensión de eficacia ante este Tribunal "ad quem", cuando en su escrito de conclusión y con referencia al resultado de la prueba practicada en este juicio, afirmó literalmente lo siguiente: "III.- Vigencia de las pólizas de que se trata: Hay que reconocer que las pólizas que emparaban los vehículos matrícula PM 9733 M y PM 9736 M, se hallaban vigentes, según certificaciones de Mediodía que así lo expresaron, y obran por testimonio llegado a estos autos, de los correspondientes procesos penales.- Igualmente hay que considerar vigentes las pólizas de los restantes vehículos PM 9711 N (folios 51, 52 y 53), y PM 4049 L (recibo del folio 29; a pesar de que la entidad aseguradora consideraba suspendida su vigencia, según la nota acompañada con la contestación a la demanda)". El otro motivo genérico de impugnación, igualmente se ha de desestimar, ya que habiéndose probado que la aseguradora cumplió su obligación de poner oportunamente en conocimiento de la compañía Aseguradora los siniestros de los que se derivan las indemnizaciones que se interesen en este juicio, la pasividad o inactividad de dicha compañía, al no practicar ni acordar peritaje alguno respecto a los siniestros sufridos por los automóviles asegurados, no puede en modo alguno invalidar ni modificar las valoraciones realizadas a instancia de la aseguradora, por un perito industrial colegiado y ratificadas judicialmente, pues del mismo modo que a causa de que "la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (artículo 1256 del Código Civil), los suscritos por los hoy contendientes no pueden depender su efectividad de la arbitraria y contradictoria conducta de la entidad aseguradora que recurre.

CONSIDERANDO: Que entrando en el estudio de las impugnaciones referentes a cada una de las indemnizaciones estimadas por el juez de instancia, hay que distinguir: I) respecto al automóvil turismo marca SEAT, modelo 124, matrícula PM-9733-M, no puede prosperar la impugnación ya que su póliza de seguro expresamente incluye como riesgo cubierto el de "Pérdida Total" (folio 11) y según informe pericial, el importe de su reparación excede en mucho, su valor venal que es de 397.000 pesetas (folios 16/18), que es el que reclama la actora. II) en cuanto al coche turismo marca SEAT, modelo 124, matrícula PM-9736-M, tampoco puede prosperar su impugnación por la misma razón que la anterior: su póliza (folio 27) incluye el riesgo de pérdida total, y su valor venal —397.000 pesetas (folio 31)—, es inferior al de los daños sufridos por el mismo coche. III) Distinta es la solución, al ser estimada la impugnación referente a la indemnización postulada y otorgada referente al automóvil marca SEAT, modelo 133, matrícula PM-4049-L, cuya póliza, a diferencia de las otras tres obrantes en autos, no fué aportada por la actora, sino por la entidad Aseguradora demandada (folio 59), no incluye, como las otras tres referidas, como riesgo cubierto, el de "Pérdida Total", que es el que se reputa producido, ya que según peritaje obrante a los folios 40/41, el importe de su reparación —269.000 pesetas—, supera el valor venal del vehículo que es de 180.000 pesetas; careciendo de base fáctica la afirmación del juez "a quo" que reputa sin embargo incluido tal riesgo en el seguro de dicho turismo por ser su recibo, el del seguro, superior al de la póliza del vehículo PM-9736-M que si lo incluye, premisa inexacta ya que la prima total de la póliza de seguro de este último turismo es de 7.636 pesetas, mientras que la del automóvil PM 4049-L, es de 3.781 pesetas; y IV) respecto al turismo marca SEAT, modelo 126, matrícula PM-9711-N, su impugnación no puede prosperar, pues su póliza (folio 53) incluye como riesgo cubierto el de "Pérdida Total" y la valoración de los daños practicada por perito industrial colegiado excede al de su valor venal que es de 245.000 pesetas (folios 57/58); sin que pueda acogerse la tesis contraria que sustenta la apelante de que el siniestro que produjo la pérdida total fué el incendio, riesgo no incluido expresamente en la póliza suscrita por los hoy litigantes, pues el estudio sistemático de los riesgos expresados en la referida póliza de seguro, lleva a la conclusión de que el riesgo "Pérdida Total", es un simple "riesgo resultado", a diferencia de los otros precedentes inmediatos a aquel que se indican en la póliza, "Daños-incendios" y "Daños-Colisión" que son riesgos "resultado-causa", por lo que la pérdida total del vehículo asegurado a tenor de los artículos 39, apartados 1 y 4 y artículos 44 y 47 de las condiciones generales del seguro contratado, subsume, a efectos indemnizatorios de este seguro concertado, cualquiera que sea la causa determinante del siniestro —incendio, colisión—; pues de admitir la tesis de la recurrente la cobertura de "Pérdida Total" del

bien asegurado y por la que se abona una prima especial, constituiría un verdadero fraude, al no estar incluidas expresamente, como en el caso que se contemple, las causas que normalmente determinan la pérdida total del vehículo asegurado —incendio y colisión—, como tampoco los de carácter excepcional —inundación, motín, actos de terrorismo, etcétera—, o sea, que se aseguraría, cobrando la oportuna prima, la posible pérdida total de un automóvil, pero no se abonaría su indemnización, al no incluirse en la póliza del seguro, las causas de tal pérdida. Conclusión absurda que como tal se ha de rechazar.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto, procede estimar la apelación formulada en cuanto la sentencia impugnada acoge la pretensión indemnizatoria de 180.000 pesetas por pérdida total del automóvil asegurado matrícula PM-4049-L, ya que se ha de desestimar en tal indemnización, y ello determina reducir en dicha cuantía la suma a que se condena a la entidad demandada a pagar a la actora, cantidad que queda fijada en 966.631 pesetas.

CONSIDERANDO: Que al estimarse en parte el recurso formulado no hay imposición especial de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Cia. M., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha cinco de Julio de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a la presente, en la que declara: Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador señor S. en nombre y representación de la entidad M. contra la compañía M., representada por el Procurador señor C., y así mismo estimando en su totalidad la reconvencción formulada por la sociedad demandada, y por compensación de las pretensiones económicas estimadas, debemos declarar y declaramos que la entidad inicialmente demandada, la compañía M. adeuda a la actora inicial M. la suma de NOVECIENTAS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS TREINTA Y UNA PESETAS (966.631) a cuyo pago se condena a aquella compañía a favor de ésta, así como también de los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda iniciadora de este juicio hasta el día de hoy, y desde esta fecha hasta su total pago, del interés prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; absolviendo a la compañía M. del resto de la reclamación contra ella formulada; confirmando el resto del fallo recurrido. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

54

54. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Renovación de letras: el impago de las nuevas hace recobrar plena eficacia de las primitivas. Timbre: fraccionamiento del pago que produce una disminución del impuesto: queda subsanada la deficiencia mediante adición de pólizas complementarias. *Sentencia de 6 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva ejercitada por el librador de las letras de cambio aportadas con la demanda rectora de la litis, el librado aceptante, ahora recurrente, articuló su oposición en primera instancia en base a: 1) Excepción de pago por cuanto las cambiales ejecutadas habían sido objeto de renovación —excepción que fue abandonada en el acto de la vista del recurso y sustituida, en base a igual pacto renovador, por la causa de nulidad prevista en el n° 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—; y 2) Falta de fuerza ejecutiva de los títulos aportados por reintegro insuficiente.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de oposición procede ser radicalmente rechazado pues: 1) la existencia de un pacto renovador —con independencia de la alteración sobre su encuadramiento como motivo de oposición— debe ser objeto de verificación, y examinados los medios probatorios que el oponente ha aportado al objeto de cumplir su específica carga, ninguno existe que permita establecerlo como cierto, sin que pueda otorgarse tal eficacia a la simple presentación de fotocopia de dos letras de cambio pues ni existe elemento complementario alguno que permita establecer la relación documental opuesta, ni dato específicamente cambiario del que inferirla, sino que, al contrario, la afirmación del recurrente relativa al momento en que se celebró el pacto renovador —una vez vencidas las cambiales que se ejecutan— queda evidenciada como incierta al desprenderse del texto de las cambiales fotocopiadas que éstas fueron libradas con anterioridad al vencimiento de las presuntamente renovadas; y 2) aun admitiendo —a efectos argumentativos— la realidad de la renovación, igual conclusión se establecería ante el impago de las cambiales renovadoras —impago expresamente admitido en el escrito de oposición— por cuanto, en aplicación a la normativa contenida en el artículo 1170 del Código Civil, la falta de realización de las letras de renovación motiva que las renovadas recobren su eficacia (Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1974).

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria corresponde al segundo motivo de oposición pues si bien es cierto que la Ley del Timbre de 14 de abril de 1955 y el texto refundido de 3 de marzo de 1960 estiman en el párrafo 2° de su artículo 18, que la disminución del impuesto motivada por la expedición de dos o más efectos por el mismo librador a cargo del mismo librado o de persona interpuesta, como consecuencia de una misma operación, es equivalente a la omisión del timbre motivadora de la carencia de fuerza ejecutiva, sin embargo la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 excluyó como supuesto sancionable el referido fraccionamiento —artículo 170, apartado 2°, párrafo segundo— como lo excluye el artículo 26 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados al establecer únicamente que “procederá la adición de las bases respectivas, a fin de exigir la diferencia”. Diferencia de tributación que ha sido pagada por el librador mediante las pólizas suplementarias incorporadas al dorso de las cambiales ejecutadas.

CONSIDERANDO: Que desestimada la oposición y examinados, en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 1440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los títulos presentados procede, al no apreciarse en éstos defecto alguno de los mencionados en los párrafos 1° y 2° del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que la acción de interponer y mantener un recurso en base a argumentos carentes de credibilidad en su apoyatura fáctica debe calificarse de temeraria, motivando la expresa condena del recurrente al pago de las costas causadas en este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. H. A. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de esta Ciudad, el diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena del recurrente al pago de las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

57. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Las obligaciones que dimanarían del artº 1.902 del C.C. son solidarias. Consiguiente desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Requisitos para que surja la responsabilidad. Responsabilidad ex artº 1.903: es directa: doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo ha establecido, en sentencias de 20 de Mayo de 1968, 20 de Febrero de 1970, 20 de Marzo de 1975 y 15 de Octubre de 1976, entre otras muchas, que las obligaciones derivadas del artículo 1.902 del Código Civil son siempre solidarias, cuando haya o pueda haber varios intervinientes en la producción del daño, pues si bien es cierto que la solidaridad no se presume, hay casos o presupuestos en los que la Ley crea una solidaridad *zativa*, bien para garantía del acreedor, o como adecuada sanción de una falta o acto ilícito, lo que determina que si los causantes o intervinientes son varios, sobre cada uno de ellos pesará la obligación solidaria de reparar íntegramente el daño, sin perjuicio de que en la relación interna entre los mismos la deuda pueda presumirse dividida entre tantas partes iguales como deudores haya, salvo en el texto de la obligación resulte otra cosa, conforme dispone el artículo 1.138 del precitado Código (Sentencia de 6 de Noviembre de 1980); doctrina legal que permite concluir que la relación jurídico-procesal de esta litis está correctamente constituida, con la sola llamada al proceso del propietario de la máquina retro-excavadora que causó los daños que mas adelante se indican, no dándose por ello la falta de litis consorcio pasivo necesario, argüida en la sentencia apelada; por lo que procede entrar en el fondo de la cuestión litigiosa: la prosperabilidad de la acción indemnizatoria postulada, basada en una posible responsabilidad extracontractual.

CONSIDERANDO: Que reiterada es la doctrina del Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 1.902 del repetido Código —Sentencias de 22 de Febrero de 1946, 22 de Octubre de 1948, 20 de Octubre de 1950, 30 de Enero de 1951, 7 de Noviembre de 1964, 24 de Junio de 1965, 20 de Junio y 10 de Octubre de 1968 y 8 de Octubre de 1969—, en las que se sienta que para que la responsabilidad extracontractual regulada en tal precepto sea declarada, se hace precisa la conjunción de los requisitos o supuestos siguientes: uno subjetivo, la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige, otro objetivo, la realidad de un daño o lesión al accionante, y otra causal la relación entre el daño y la falta; especificándose en las sentencias de 16 de Abril de 1963, 14 de Febrero de 1964, 11 de Mayo y 16 de Noviembre de 1967 y 24 de Febrero de 1969, que las responsabilidades exigibles a los empresarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código Civil, por la conducta culposa o negligente de sus empleados o dependientes que hubiere causado daños a un tercero, no tiene carácter de subsidiaria, respecto de la que reconoce el artículo 1.902 de la misma Ley sustantiva, sino el de “directa” como surgida de la relación jurídica material producida entre el primero y el agraciado y derivada de la culpa “in eligendo” o “in vigilando”, cuya imputabilidad corresponde exclusivamente al autor del evento dañoso, aunque de los precitados artículos no aparece incompatibilidad entre las acciones que tiene el dañado contra el dañador y contra la empresa que este es empleado o dependiente (Sentencia de 6 de Noviembre de 1980).

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior, y al ejercitarse la acción directa por la entidad perjudicada contra el propietario de la máquina excavadora causante del daño y habiéndose probado que dicho daño, valorado en 228.455 pesetas (folio 15), fué causado

el 20 de Junio de 1980 por la máquina retro-excavadora LY-80 marca Poclain, matrícula PM-2525-V.E., propiedad del demandado y manejada por un empleado suyo, cuando llevaba a cabo la excavación de una zanja para albergar las aguas pluviales, con motivo de las obras de reforma y ensanche de la carretera C-715, ocasionando la rotura del cable subterráneo de media tensión que une eléctricamente las estaciones transformadoras Tejar Victoria y Tejar Castor, sitas en Manacor, propiedad de la entidad demandante (posiciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª), así como la falta de adopción de medidas por parte del demandado en la realización de la excavación de dicha zanja, tendentes a evitar roturas o averías de las posibles conducciones subterráneas en aquel lugar del casco urbano —líneas eléctricas, telefónicas, etcétera—, ya que las obras se realizaban en una travesía de la importante ciudad de Manacor (folio 80) —segunda población de este archipiélago balear—, lo que determinó la referida secuela dañosa, que siendo previsible, debió ser prevista por el demandado, como titular de una empresa especializada en obras de esta naturaleza, lo que determina la existencia del nexo causal entre la culpa y el daño; siendo procedente señalar que el tendido eléctrico subterráneo que resultó averiado, hacía años que se había realizado con las oportunas autorizaciones administrativas (folios 10/13) y los planos de su localización fueron entregados el 8 de Mayo de 1980 por la entidad hoy apelante-actora, a la empresa C. y M. adjudicataria de las expresadas obras de reforma de la carretera C-715. Sin que pueda prosperar la tesis del apelado-demandado, expuesta en el acto de la vista, de no tener culpa alguna por el daños causado por no habersele facilitado la información imprescindible para la realización de las obras, ya que si sabía que dicha información era imprescindible para llevar a cabo las excavaciones sin causar daños a terceros, debió antes de iniciar tales obras, solicitar o recabar dicha información y al no hacerlo, actuó negligentemente, dada la previsibilidad de la existencia de cables subterráneos de líneas eléctricas en aquel lugar, actuación negligente que conlleva la reclamada responsabilidad extracontractual.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede, previa revocación de la sentencia impugnada, dictar otra en la que se estime la demanda iniciadora de este Juicio.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de la imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por G., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha doce de Julio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Señor Juez de Primera instancia de Manacor y su Partido, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la demanda interpuesta por G. contra don M. V. S., debemos condenar y condenamos a dicho demandado a satisfacer a la entidad actora la cantidad de DOS-CIENTAS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTAS CINCUENTA Y CINCO PESETAS (228.455); sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

63

63. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. Notas que lo caracterizan según la doctrina de la Sala. Incorporación de nuevos elementos: no empeece a aquella calificación. Interpretación de los contratos: prevalencia de los hechos constitutivos sobre el tenor literal. *Sentencia de 25 de marzo de 1983.*

CONSIDERANDO: que siendo cierto que sobre las palabras usadas por los contratantes están los hechos constitutivos del contrato, como advierte una reiterada doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las sentencias de 30 de Enero de 1981 y 30 de Abril de 1982, la tarea hermenéutica que debé realizar el órgano jurisdiccional partiendo de las reglas contenidas en el órgano jurisdiccional partiendo de las reglas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil debe atender en el área distintiva del arrendamiento de industria a las notas que esta Sala señaló en sentencia de 20 de Enero de 1982: "a) que lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (sentencia, entre muchas, de 12 de Junio de 1967, 10 y 17 de Marzo de 1970 y 29 de Diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados con el local sean suficientes para el funcionamiento del negocio (sentencias de 25 de Noviembre de 1972, 25 de Mayo de 1973 y 8 de Junio de 1979), no dependiendo la calificación de arrendamiento de industria ni de la importancia de la misma ni del número de elementos de que conste (sentencias de 15 de Marzo de 1976 y 25 de Marzo de 1978), así como tampoco del hecho de que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (sentencias de 19 de Junio de 1963, 29 de Diciembre de 1971, 25 de Mayo de 1973, 8 de Noviembre de 1974 y 9 de Julio de 1979).- b) que si los términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (sentencias de 25 de Noviembre de 1972, 24 de Noviembre de 1975 y 15 de Marzo de 1975), siendo en esta materia singularmente relevante la interpretación contextual o sistemática de las distintas cláusulas del contrato (sentencias de 15 de Noviembre de 1972 y 24 de Noviembre de 1975)".

CONSIDERANDO: Que a tenor de la doctrina precitada la argumentación impugnativa carece de la eficacia revocatoria pretendida dado que la insuficiencia de los elementos entregados al arrendatario para el funcionamiento del negocio —alegación argumentativa apoyada exclusivamente en dictamen pericial emitido durante la tramitación de la litis— no puede prevalecer sobre dato tan decisivo como es que la industria objeto de la contratación litigiosa funcionaba con anterioridad inmediata al momento en que ésta se perfeccionó con los mismos elementos cedidos al demandado, por lo que la incorporación de otros nuevos debe entenderse dirigida a conseguir una ampliación del negocio que no puede alterar la calificación de arrendamiento de industria propia del contrato formalizado entre los litigantes.

CONSIDERANDO: Que la anterior, unido a la correcta fundamentación expuesta por el juez a quo sobre la terminación del plazo arrendaticio —cuestión no debatida directamente— conduce a la confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer pronunciamiento especial sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. G. Sa. contra la sentencia dictada por el Illmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, el veintiseis de Julio de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio arrendaticio sobre resolución de contrato de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este grado jurisdiccional. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

67. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Se puede accionar tanto a partir del contrato como de las relaciones extracontractuales siempre que: 1º) el hecho causante sea incumplimiento obligatorio e infracción del principio “*nemo laedere*”, 2º) La doble infracción provenga del mismo autor y, 3º) el doblemente perjudicado sea el mismo sujeto pasivo. Derecho de éste a elegir la vía procesal que vincula, ex congruencia, al Tribunal. Contrato de fletamiento: obligaciones y responsabilidades del capitán del buque. Conocimiento de embarque: valor de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Defectos en el trinquete de las mercancías. Estimación de la demanda. *Sentencia de 8 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que cuando se reclama indemnización por daños, mediando una relación jurídica o contrato entre los litigantes, cabe optar por el ejercicio de las acciones emanadas directamente del contrato o por aquéllas que se enmarcan en el ámbito de las relaciones extracontractuales, pues, aun cuando ha venido gozando de preferencia el criterio que otorga preferencia a la utilización de los medios procesales provenientes de la relación contractual, quedando incluso imposibilitada la vía de una reclamación fundamentada en la responsabilidad extracontractual cuando aquella otra podía ser hecha valer, ha quedado consolidada desde hace tiempo la orientación contraria, de la que son buena muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1952 y de 30 de diciembre de 1980, expresivas de que, respondiendo las esferas de la responsabilidad contractual y la extracontractual a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora, comprendida en el concepto genérico recogido en el artículo 1006 del Código Civil, el perjudicado puede elegir entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea el mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que ése, que ha sido doblemente perjudicado, sea la misma persona, y que la doble infracción haya sido cometida por una misma persona, por sí o por medio de sus dependientes, lo cual no significa el reconocimiento de poder exigir dos responsabilidades, sino tan sólo de poder optar entre una u otra de aquellas acciones encaminadas a un mismo fin. Son precisamente la causa que subyace en la reclamación ejercitada —un hecho culposo achacable al demandado— y el concepto unitario que sobre la culpa civil impera en nuestro ordenamiento jurídico, los que permiten reconocer la facultad de elegir la vía procesal que se estime conveniente, porque, siendo también idéntica la finalidad perseguida por el demandante en ambos casos, no ha de existir impedimento procesal serio que obstaculice la consecución del resarcimiento pretendido. Claro es que las exigencias procesales derivadas del principio dispositivo y de la congruencia que toda resolución judicial debe tener imponen la ineludible consecuencia de tener que sujetarse a la acción elegida por el actor, enjuiciando el problema litigioso conforme a los términos con que fue ejercitada y establecida la relación procesal, sin que posteriormente pueda alterarla el juzgador, tomando la responsabilidad extracontractual, base de la pretensión, como si fuese contractual, ni viceversa.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos que preceden son directamente aplicables el caso debatido, puesto que, reclamándose la indemnización de los daños experimentados en el camión perteneciente al actor, y fundamentándose la pretensión ejercitada

en culpa o negligencia atribuible a uno de los demandados, optó aquél por el sometimiento a las disposiciones reguladoras de la responsabilidad extracontractual, pese a que podía haberse acogido a los preceptos reglamentados para el contrato de fletamento estatuidos en los artículos 652 y siguientes del Código de Comercio; y, en consecuencia, habiendo elegido de esta manera, inclinándose por el ejercicio de la acción conferida por el artículo 1902 del Código Civil, quedan ya definitivamente fijados los términos fundamentales de su acción, así como las notas determinantes del enfoque que debe darse a la relación material que media entre los contendientes, sin que quepa ulteriormente variación ninguna con el objeto de impedir una mejor acomodación a intereses parciales. Es, por tanto, la acción fundada en la culpa aquiliana la ejercitada en el presente proceso, y así se infiere tanto del modo en que aparecen redactados los hechos como los fundamentos de lo que se pretende, y, aunque pueda haberse hecho mención de algún precepto regulador de relaciones contractuales, no cabe otorgarle la menor relevancia, toda vez que aparece nitida e indubitada la vía elegida por el actor.

CONSIDERANDO: Que el Código de Comercio regula en disposiciones varias (artículos 612, 5^a, 619 y 620) las normas de diligencia y de cuidado aplicables a todas las actuaciones del capitán así como sus responsabilidades en caso de haberlas incumplido —y también la subsidiaria de la entidad naviera, impuesta en el artículo 618 de dicho Código—; y, así, el capitán debe permanecer constantemente en su buque mientras se recibe la carga a bordo y debe “vigilar cuidadosamente su estiba” (artículo 612, 5^a), respondiendo del cargamento desde que lo reciba hasta que lo entregue al destinatario (artículo 619), y, aunque no será responsable de los daños sobrevenidos al cargamento por fuerza mayor, lo será siempre, “sin que valga pacto en contrario, de los que se ocasionan por sus propias faltas” (artículo 620). Y, si bien es frecuente la estampación en el conocimiento de embarque de una cláusula por la que el capitán queda exonerado de cualquier responsabilidad por razón de las averías o daños que puedan producirse en el objeto transportado durante su carga, travesía o descarga, no puede ser entendida en unos términos tales que produzcan una total y absoluta liberación de sus deberes de diligencia, ya que ello iría en contra de la expresa prohibición de pactar la irresponsabilidad el capitán por sus propias faltas, sino que únicamente ha de traer el efecto procesal de invertir la carga de la prueba, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio, 11 de noviembre y 10 y 14 de diciembre de 1949, correspondiendo demostrar la negligencia o incumplimiento de los deberes impuestos al capitán a aquél que la alegue.

CONSIDERANDO: Que, dadas estas precisiones, y entrando en el examen del presente caso aparece suficientemente acreditado, de acuerdo con lo indicado en la protesta de averías formulada por el capitán y en el informe pericial emitido a instancia de éste, tan pronto como el buque arribó a puerto, que el camión de referencia sufrió desperfectos “debido a que la plataforma n^o 66 rompió las puntas de sujeción de las trincas y sufrir fuertes desplazamientos sobre dicho camión”, añadiéndose —en el informe pericial antedicho— que “por rotura de trincas de mar el camión se desplazó hacia delante, ocasionándose serios daños en la parte del motor y delantera de la cabina”, lo que es claro exponente de que dicho vehículo no se hallaba debidamente sujeto por las trincas colocadas precisamente con esa finalidad, y así se infiere tanto del hecho de que los restantes camiones, incluso los que sufrieron daños por incorrecta colocación de mercancía en su interior, no vieron sueltas ni dañadas las trincas que los sujetaban, pese a que su peso era mayor que el del demandante por llevar aquéllos una carga de la que el de éste carecía, como también de que en el indicado informe pericial se hizo constar expresamente que las trincas estaban en buen estado respecto de todos los vehículos transportados, no apareciendo mención alguna sobre este extremo en relación con el camión del demandante, del cual tan sólo se dice que las trincas se rompieron; y de ello se desprende que si este vehículo sufrió daños, a consecuencia de los desplazamientos de que fue objeto al quedar suelto por rotura de las trincas que lo sujetaban, fue debido a que esa sujeción no se realizó en la manera adecuada para que impidiese lo que luego ocurrió, y, en consecuencia, dándose una clara conexión causal entre los daños producidos y la actuación negligente del capitán, debe éste responder de ello y subsidiariamente la entidad naviera también demandada, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que no habiendo sido impugnada la sentencia recurrida en ningún otro extremo, y hallándose perfectamente ajustada a Derecho en su integridad, procede confirmarla.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. C. en nombre y representación de N. M. contra la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Dos de los de Palma, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán)

70

70. CONTRATO DE SEGURO. Ley 50/1980, de 8 de octubre. Buena fe. Declaraciones inexactas del tomador que ocultan una dolencia previa de la que siguió su muerte. Alegación de que la firma que aparece en el correspondiente cuestionario no pertenece a aquél: queda desvirtuada por la apreciación del Tribunal al comprobar la similitud de rasgos con otras auténticas. *Sentencia de 19 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que lo característico del contrato de seguro —negocio jurídico en que se basa la pretensión pecuniaria ejercitada—, es el desplazamiento de un riesgo mediante el pago de un precio; esencia ésta que acoge el artículo primero de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre al declarar que “El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

CONSIDERANDO: Que la buena fé, imperante en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio —artículo 57 del Código de Comercio—, por exigencia de la rapidez y seguridad del tráfico mercantil, adquiere rango de especial trascendencia en el seguro (“uberrimae fidei contractus”), al exigirse la exacta declaración de los hechos y circunstancias que solicitadas por el asegurador, puedan influir en la estimación del riesgo que asume la Compañía aseguradora, y que lógica y técnicamente repercute en la asunción demriesgo y en la cuantía de la prima que se ha de satisfacer; de ahí la nulidad del contrato de seguro que determinaba el ordinal segundo del derogado artículo 381 del citado Código por inexactitud de dicha declaración del asegurado, y el deber que, el artículo 10 de la mencionada Ley —la 50/1980—, impone al tomador del seguro, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que pueden influir en la valoración del riesgo; dis-

poniendo este precepto "in fine" que si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro, quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se aprecia inexacta, mediando dolo, la declaración del tomador del seguro —esposo de la demandante, hoy apelante— en el cuestionario previo al seguro, por él firmado el 12 de Julio de 1979 (folio 35), ya que en el apartado 11 a) del aludido cuestionario mencionó como únicas operaciones quirúrgicas y traumatismos graves sufridos, el de tabique nasal (1976) y menisco (1977), omitiendo que en el año 1976 había sido operado de un melanoma maligno de tipo uniforme y radiado con cobalto-60, como ha reconocido su esposa, la aquí recurrente —posiciones 1, 2ª y 3ª—, y en el apartado 9 del repetido cuestionario, manifestó que en aquel momento su estado de salud era bueno, cuando unos días antes, concretamente el 2 del mismo mes, por padecer unas molestias en la axila izquierda, fué a la consulta del doctor R. B. B. que le diagnosticó una adenopatía en dicha axila, de la que debía ser operado, lo que hizo saber al paciente, ordenándole que le practicaran una analítica y una radiografía del torax, previas a la intervención quirúrgica (folio 66 vuelto), operación que se llevó a cabo el día 22 del repetido mes de Julio de 1979, que resultó ser una metástasis de melonoma maligno (folio 37). El asegurado falleció unos meses después, el 21 de Octubre de 1979 (folio 10), a los 47 años de edad. Sin que la tesis de la recurrente-actora de que el contenido del supradicho cuestionario no puede ser tenido en cuenta para enervar la pretensión promovida en la demanda, al no haber sido averada la firma que aparece al pie de dicho documento, pueda prosperar por las siguientes razones: a) por cuanto la autenticidad de dicho cuestionario ha sido tácitamente admitida por la propia parte litigante hoy apelante ya que en su escrito de réplica y respecto al hecho tercero del escrito inicial de estas actuaciones, afirmó que: "Por otra parte no es de extrañar que en la pregunta 12 del cuestionario se respondiera, al parecer, no, por cuanto precisamente la radioterapia aparece en último lugar de una serie de preguntas relativas al uso de sustancias medicamentosas y en particular morfina y medicación arsenical y bismútica, aparte de que nunca se le aplicó radio sino cobalto", y b) que dada la gran similitud de los rasgos grafológicos de la firma puesta en el tantas veces mencionado cuestionario (folio 35), con la existente al pie del documento de las condiciones particulares del seguro concertado, documento que fué presentado por la actora, ahora apelante, con su demanda (folio 16), como auténtico y firmado por su marido, se estima por este Tribunal que ambas firmas fueron puestas por la misma mano.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y toda vez que se reputa que la inexacta y dolosa declaración formulada por el tomador del seguro, fué transcendente para la asunción y estimación del riesgo por parte de la Compañía aseguradora, es por lo que, previa desestimación del recurso formulado, procede confirmar el fallo impugnado.

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

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que; desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña H. W., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiocho de Mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

74

74. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Inexistencia a la vista del Letrado apelante: confirmación de la sentencia recurrida. *Sentencia de 23 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que toda vez que al no comparecer en el acto de la vista de Dirección técnica de la parte apelante, no obstante haber sido citado en legal forma y bajo el correspondiente apercibimiento, se desconoce las posibles causas de impugnación de la sentencia, que al reputarse ajustada toda ella a derecho, es lo que determina la confirmación del fallo recurrido, previa desestimación de la apelación interpuesta.

CONSIDERANDO: Que se aprecia mala fé en el apelante a efectos de imposición de las costas desvengadas en esta segunda instancia.

VISTOS los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad C. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha trece de Febrero de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el Ilustrísimo Señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau)

84

84. RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. Imposibilidad sobrevenida y desaparición de la base del negocio, en este caso, construcción de una clínica sobre el solar objeto de la venta resuelta. Necesidad de que tal imposibilidad sea anterior al contrato y no imputable al deudor (de ser anterior, determinaría la inexistencia). Desestimación de esta defensa. *Sentencia de 29 de abril de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, que desestima la demanda que postula esencialmente el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor del actor de la parcela descrita en dicho escrito inicial, y acoge la pretensión reconvenzional de declarar

resuelto el mencionado contrato de compraventa con restitución de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, es impugnada por el demandante por entender que la imposibilidad de cumplir su obligación de construir un edificio destinado a Clínica y Farmacia en la referida parcela, no debe dar lugar a la resolución del contrato de compraventa acordada por el juez “a quo”, sino a una indemnización, a favor de la contraparte, por daños y perjuicios causados; invocando como base de tal pretensión revocatoria el artículo 1184 del Código Civil y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1968.

CONSIDERANDO: Que entre las diversas causas de extinción de las obligaciones que menciona el artículo 1156 del Código Civil, hay que destacar, por interesar a la presente litis, la referida en segundo lugar: pérdida de la cosa debida; expresión que tiene un sentido amplio comprensivo de los casos de imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer, según se desprende del artículo 1184 al preceptuar que “también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”. Tal imposibilidad, ya sea objetiva o meramente subjetiva, ha de ser posterior a la conclusión del contrato —si fuese anterior, habría inexistencia de contrato (n° 2 del artículo 1261 del mismo Código)—, y no imputable al deudor. En el presente caso la imposibilidad legal, reglamentaria según puntualiza el juez de instancia, se ha producido durante la constante, prolongada e injustificada inactividad del deudor —durante más de 7 años— referente a la construcción del edificio a que se había comprometido, y tal obligación no fué una prestación accesoria o secundaria, sino que su asunción fué esencial para la celebración del negocio jurídico concertado, así como para la fijación de sus condiciones, entre las que cabe destacar la del importe del precio estipulado que fué fijado en menos de la mitad del que por entonces se vendían las parcelas situadas en aquel lugar —centro comercial— de la misma urbanización. Por ello, el incumplimiento de dicha obligación, repercute esencialmente en la base y razón de ser de la compraventa celebrada por los hoy litigantes, lo que imposibilita la subsistencia del expresado contrato, mediante la sustitución de aquella obligación incumplida por una indemnización a favor del vendedor, indemnización que la Dirección técnica del recurrente expuesto en el acto de la vista y que no ofreció formalmente en ningún momento; amén que bien pudiera resultar que dado el elevado monto de la indemnización que se fijara, ya no le interesara al deudor la subsistencia que ahora postula del contrato incumplido. Lo declarado por el Tribunal Supremo de “que el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, puede ser de tal índole que afecte a la esencia de aquélla y haga imposible su realización, en cuyos supuestos no puede procurarse al acreedor la ejecución en naturaleza y entonces procede la prestación por el deudor, del equivalente que al acreedor le habría aportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, o sea, lo que en nuestro Derecho recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios; por lo tanto, aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista la posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios, cuando sea imposible procurarle el cumplimiento normal” (segundo considerando de la sentencia de 9 de Noviembre de 1968), no es de aplicación al caso que ahora se debate en esta alzada, pues en el supuesto contemplado por dicho Alto Tribunal, el actor, fotógrafo profesional, al que se le había otorgado el derecho exclusivo de obtener fotografías en todas las fiestas y reuniones sociales que se celebraran en el establecimiento hotelero del mandado, solicitó el cumplimiento del contrato e indemnización de daños y perjuicios, mientras que en el presente caso, se insta por el vendedor, no el cumplimiento del contrato sino su resolución, con base en el artículo 1124 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse el único motivo de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que se incorporan a la presente como parte integrante de la misma, procede confirmar el fallo recurrido, previa desestimación de la apelación formulada.

CONSIDERANDO: Que el apartado último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que “la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena de costas al apelante”.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don M. R. C. debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia de fecha veinte de Noviembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por el señor Juez de primera instancia de Manacor, en el juicio de menor cuantía de que dimana el presente recurso; con expresa imposición de las costas de esta alzada, por imperativo de la ley, al recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

C. INDICE ANALITICO

- Abogados
 - En diligencias para mejor proveer, 10
- Acción
 - De nulidad de donación, 31
- Acto de conciliación, 56
- Actos propios, 34
- Alimentos
 - Cuantificación, 9
 - Extranjería, 41
 - Hijos no matrimoniales, 13
 - Provisionales, 52
 - (Ver además, "Divorcio" y "Separación Matrimonial")
- Arquitectos
 - Vicios del suelo, 81
- Asunción de deuda, 68, 76, 77
- Arrendamientos
 - De obras, 69
 - De Industria
 - Falta de pago, 35
 - Expiración plazo, 23
 - Notas características, 11, 63
 - Objeto complejo, 86
 - Tácita reconducción, 35
 - De servicios, 34
 - Urbanos
 - Calificación de local, 11, 14
 - Cesión, subarriendo, traspaso, 20
 - Cierre, 21, 25, 31
 - Traspaso, 30
- Bienes privativos
 - En Mallorca, 50
- Compraventa
 - En exclusiva, 45
- Comunidad de bienes
 - En Mallorca, 50
- Consentimiento
 - En asunción de deuda, 68, 76
- Cosa Juzgada
 - Formal, 17
 - Penal, 71
- Costas procesales
 - En ejecutivo cambiario, 44
 - En ejecutivo de tráfico, 40
- Contratos
 - Buena fe, 75
 - Calificación, 24
 - Consumación, 73
 - Cumplimiento irregular, 28
 - Desistimiento unilateral, 34
 - De corretaje, 33
 - De fletamiento, 67
 - De licencia de uso, 65
 - De seguro, 53, 70, 72
 - Interpretación, 11, 63
 - Novación, 14
 - Resolución por incumplimiento, 28, 84
- Desahucio
 - Juicio de, 66
 - Instado por comunidad de propietarios, 19
- Divorcio
 - Alimentos, 39
 - Convenio privado, su valor, 12
 - Cese convivencia, 10
 - Pensión, 1, 2, 4, 39
 - Visitas a hijos, 12
- Documentos privados
 - Aportación, 42
- Donación
 - Nulidad, 32
 - Remuneratoria, 59
- Ejecutivo

- Cesión de crédito hipotecario, 51
- Peritación daños, 26
- Póliza de afianzamiento, liquidez, 78
- Póliza de préstamo, 27
- Ejecutivo cambiario
 - Aceptación, 29
 - Declaraciones cambiarias, 29
 - Costas, 44
 - Protesto, 47
 - Provisión de fondos 37, 43, 44, 47, 48
 - Renovación cambiaria, 54
 - Sumisión tácita, 61
 - Timbre, 54
- Ejecutivo de tráfico
 - Costas, 40
 - Culpa exclusiva, 40, 49
- Embargo preventivo, 16, 17
- Excepciones procesales
 - Inadecuación procedimiento LAU, 31
- Fianza, 64
- Filiación
 - Extramatrimonial, posesión estado, 52
- Litisconsorcio pasivo necesario
 - Inexistencia, 3, 77, 81, 57
- Marcas, 65
- Medidas provisionales, 15
- Personación en juicio
 - Poder, 36
 - Poder para pleitos
 - Renovación de cargos sociales, 61
- Prenda
 - Restitución, 28
- Prescripción
 - Extintiva, 58, 62
- Prueba
 - Carga, 83
 - Objeto, 79
- Quiebra
 - Graduación de créditos, 42
 - Retroacción, 42
- Quita y espera
 - Comerciante, improcedencia, 18
- Recursos
 - Aclaración, 60
 - Apelación, 60
- Rendición de cuentas, 85
- Réplica, 24
- Responsabilidad civil
 - Accidente de tráfico, 58
 - Decenal, 80, 81
 - Carga de la prueba, 83
 - Culpa/negligencia, 3, 80
 - Daños morales, 58
 - Daños/perjuicios, 52, 67, 83
 - Por hechos de otro, 3, 57, 82
 - Prescripción, 58
- Separación matrimonial
 - Alimentos, 6, 7, 21
 - Convenio privado, 6
 - Conducta vejatoria, 8, 46
 - Deber de ayuda, 8
 - Infidelidad, 8
 - Por no velar por los hijos, 5
 - Régimen visitas, 21
- Servidumbres
 - De paso, 56
- Solidaridad, 3, 28, 57, 68, 76
- Sumisión
 - Tácita, 61
- Tercería de dominio
 - Dominio vigente, 38
- Venta en exclusiva, 45

III. SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Salud Pública.** Distribución y venta de L.S.D. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 11 de Enero de 1983.*
2. **Salud Pública.** Cultivo de cannabis índica para su ulterior tráfico. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 12 de Enero de 1983.*
3. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 12 de Enero de 1983.*
4. **Violación.** No se acredita suficientemente la identidad del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 12 de Enero de 1983 (2ª).*
5. **Salud Pública.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*
6. **Robo con fuerza de las cosas.** Fractura de cerradura. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*
7. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Frustración. Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*
8. **Delito relativo a la prostitución.** Corrupción de menores, art. 452 bis c). Elementos. Circunstancia agravante de parentesco. *Sentencia de 13 de Enero de 1983*.*

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

9. **Estafa. Engaño. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violencia en las personas.** *Sentencia de 15 de Enero de 1983 (2ª).*
10. **Receptación art. 546 bis a). Elementos. Coacciones. Requisitos.** *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
11. **Salud Pública. Conformidad.** *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
12. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
13. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reiteración. *Sentencia de 17 de Enero de 1983 (2ª).*
14. **Salud Pública. Receptación. Atenuante de minoría de edad. Conformidad.** *Sentencia de 18 de Enero de 1983 (2ª).*
15. **Imprudencia temeraria de la que resultan lesiones graves.** No se estima el delito de omisión del deber de socorro por estar las víctimas atendidas por otras personas. *Sentencia de 18 de Enero de 1983*.*
16. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de candados, (Robo de embarcación). *Sentencia de 18 de Enero de 1983.*
17. **Robo. Hurto.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 19 de Enero de 1983.*
18. **Salud Pública. Donación y venta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia internacional. Uso de documento falso.** *Sentencia de 19 de Enero de 1983*.*
19. **Salud Pública. Tenencia para el tráfico. Agravante de reiteración.** *Sentencia de 19 de Enero de 1983.*
20. **Salud Pública. Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal.** La eventual existencia de un agente provocador se consideró en este caso irrelevante. *Sentencia de 20 de Enero de 1983 (2ª)*.*
21. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia, multirreincidencia y reiteración. *Sentencia de 10 de Enero de 1983 (2ª).*

22. **Abusos deshonestos.** Tentativa. Circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 20 de Enero de 1983 (2ª).*
23. **Hurto.** Falta. Agravante de reincidencia, con la salvedad del art. 601. *Sentencia de 22 de Enero de 1983.*
24. **Violación.** Elementos. **Abusos deshonestos.** Requisitos. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 24 de Enero de 1983.*
25. **Hurto.** Agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 24 de Enero de 1983 (2ª).*
26. **Imprudencia temeraria** de la que resultaron lesiones. Circunstancia eximente incompleta de cumplimiento del deber. *Sentencia de 24 de Enero de 1983 (2ª).*
27. **Lesiones.** Circunstancia agravante de parentesco. Conformidad. *Sentencia de 25 de Enero de 1983.*
28. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Delito contra la seguridad del tráfico. Falsificación de placas de matrícula.** Circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 25 de Enero de 1983.*
29. **Salud Pública.** Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 26 de Enero de 1983.*
30. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. **Conducción ilegal.** *Sentencia de 28 de Enero de 1983.*
31. **Falsedad en documento oficial.** En recetas oficiales de control de estupefacientes. Cooperación necesaria. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Enero de 1983*.*
32. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. *Sentencia de 28 de Enero de 1983.*
33. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. Abandono del procesado por un breve tiempo y reintegrándose posteriormente. *Sentencia de 28 de Enero de 1983 (2ª)*.*
34. **Abusos deshonestos.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 28*

de Enero de 1983 (2ª).

35. **Robo con intimidación.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Enero de 1983 (2ª).*
36. **Lesiones.** Elementos. *Sentencia de 29 de Enero de 1983 (2ª).*
37. **Coacciones.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Enero de 1983 (2ª).*
38. **Escándalo Público.** Ausencias de conducta típica. *Sentencia de 31 de Enero de 1983 (2ª).*
39. **Estafa.** Ausencia de conducta típica por falta de engaño. Incumplimiento civil. *Sentencia de 31 de Enero de 1983 (2ª).*
40. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas en la participación del procesado. Presunción de inocencia. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 31 de Enero de 1983 (2ª).*
41. **Quebrantamiento de condena.** Elementos. Reiteración. *Sentencia de 31 de Enero de 1983*.*
42. **Abusos deshonestos violentos.** Elementos. *Sentencia de 31 de Enero de 1983.*
43. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Agravante de reiteración. **Estafa.** Cuantía inferior a 15.000 Ptas. cualificada por reincidencia con las agravantes de reiteración y reincidencia simple. Eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 1 de Febrero de 1983 (2ª).*
44. **Salud Pública.** Tenencia para el consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 2 de Febrero de 1983.*
45. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de candado. *Sentencia de 3 de Febrero de 1983.*
46. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Agravante de reincidencia. **Ocultación del propio nombre a agentes de la autoridad.** Falta. *Sentencia de 3 de Febrero de 1983 (2ª).*
47. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. Atenuante de minoría de

- edad. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
48. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
49. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
50. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancias agravantes de reiteración, reincidencia y multirreincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª)*.
51. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Hurto.** Delito continuado. **Robo.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 9 de Febrero de 1983*.
52. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 10 de Febrero de 1983**.
53. **Hurto.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Febrero de 1983*.
54. **Robo con intimidación.** "En oficina bancaria". Conformidad. *Sentencia de 10 de Febrero de 1983 (2ª)*.
55. **Escándalo Público.** Conformidad. **Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
56. **Hurto.** Complicidad. No se castiga al autor por la existencia de la excusa absolutoria del art. 564. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
57. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". **Simulación de delito.- Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
58. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983 (2ª)*.
59. **Hurto.** Falta. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 11 de Febrero de 1983*.

60. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica, al no acreditarse el elemento normativo de ajeneidad. Presunción de inocencia. **Daños.** Falta. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983**.
61. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983 (2ª)*.
62. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983 (2ª)*.
63. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos,** de la que resulta homicidio. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
64. **Estafa.** Agravante de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
65. **Robo con fuerza en las cosas.** Enajenación mental como eximente incompleta. Circunstancia agravante de doble reincidencia y reiteración. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
66. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. Presunción normativa de consentimiento recíproco a la cesación de la convivencia conyugal. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983 (2ª)*.
67. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Febrero de 1983*.
68. **Delito relativo a la prostitución.** Falta de pruebas. Presunción de inocencia. *Sentencia de 17 de Febrero de 1983*.
69. **Receptación.** Ausencia de conducta típica por falta de "conocimiento de la ilícita procedencia". *Sentencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª)*.
70. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2 del Código Penal, solicitando del Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª)*.
71. **Incendio.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª)*.
72. **Robo con intimidación en las personas. Atentado a agente de la autoridad.** Circunstancia agravante de reiteración. **Lesiones.** Falta. *Sen-*

tencia de 19 de Febrero de 1983 (2ª).

73. **Robo con violencia e intimidación en las personas. Tenencia ilícita de armas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 21 de Febrero de 1983 (2ª).*
74. **Apropiación indebida.** “Animus rem sibi habendi”. *Sentencia de 21 de Febrero de 1983 (2ª).*
75. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. *Sentencia de 21 de Febrero de 1983 (2ª).*
76. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante genérica de difamación, y agravante específica de realizarse en oficina bancaria. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. **Falsificación de placas de matrícula de vehículo automóvil.** Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 22 de Febrero de 1983 (2ª).*
77. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Elementos. *Sentencia de 22 de Febrero de 1983.*
78. **Estafa.** Engaño. *Sentencia de 23 de Febrero de 1983 (2ª).*
79. **Cheque en descubierto.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1983.*
80. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 24 de Febrero de 1983.*
81. **Salud Pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983.*
82. **Hurto.** Delito continuado. Circunstancia agravante de multirreincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983.*
83. **Robo con fuerza en las cosas.** En la Sentencia se decretó la nulidad de actuaciones a partir del auto de Conclusión del Sumario, inclusive. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983 (2ª)*.*
84. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. **Robo con intimidación en las personas.** Casa habitada. Empleo de armas. Frus-

tración. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Empleo de armas. Frustración. **Tenencia ilícita de armas.** Art. 254 del Código Penal. *Sentencia de 25 de Febrero de 1983 (2ª).*

85. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. Anuencia de la denunciante en que el sujeto se beneficiase del dinero obtenido por la pignoración de las alhajas. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
86. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia atenuante de menor edad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
87. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
88. **Salud Pública.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1983 (2ª).*
89. **Delito relativo a la prostitución.** Mantenimiento de local para la explotación de la prostitución, se decreta el cierre del mismo. *Sentencia de 27 de Febrero de 1983 (2ª).*
90. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Robo con violencia en las personas.** En todos, concurrencia de la atenuante de minoría de edad y circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. Conformidad. *Sentencia de 27 de Febrero de 1983 (2ª).*
91. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
92. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
93. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia de la atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
94. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*
95. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª).*

96. **Receptación.** Ausencia de conducta típica, no conocimiento del ilícito origen de los efectos. *Sentencia de 28 de Febrero de 1983 (2ª)*.
97. **Lesiones.** concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Agravante de reiteración. *Sentencia de 1 de Marzo de 1983 (2ª)*.
98. **Receptación.** Delito continuado. *Sentencia de 1 de Marzo de 1983 (2ª)*.
99. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 2 de Marzo de 1983*.
100. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Circunstancia agravante de reiteración. **Daños.** Falta. **Robo con violencia en las personas.** Multirreincidencia. *Sentencia de 2 de Marzo de 1983*.
101. **Delito de simulación de contrato.** (Estafa, art. 532 n° 2). Autoría por inducción. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Marzo de 1983 (2ª)**.
102. **Robo con fuerza en las cosas.** “Forzamiento de cabinas telefónicas”. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983*.
103. **Homicidio.** “Animus necandi”. Muerte de hermanastra. Ausencia de circunstancias agravantes. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983**.
104. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. **Imprudencia temeraria.** Reiteración. **Conducción ilegal.** Reincidencia. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983*.
105. **Apropiación indebida.** Abuso de confianza. **Cheque en descubierto.** Delito continuado. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983*.
106. **Estafa.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª)*.
107. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. No está probada la participación del procesado. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª)*.

108. **Falsedad. Estafa.** Delito continuado. Ausencia de conducta típica por falta de dolo. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
109. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violencia en las personas.** En ambos, concurrencia de la atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
110. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** *Sentencia de 5 de Marzo de 1983 (2ª).*
111. **Robo con intimidación en las personas.** Las amenazas inferidas constituyen la circunstancia intimidatoria. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*
112. **Contrabando.** (Ley Orgánica 7/1982 de 13 de Julio). Ausencia de conducta típica, cuando la tenencia de sustancias estupefacientes es para el propio consumo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª)*.*
113. **Falsedad en documento mercantil. Delito continuado. Estafa. Delito continuado. Hurto.** Falta continuada. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*
114. **Salud Pública.** Ausencia de conducta típica. Destinada al propio consumo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*
115. **Hurto.** Abuso de confianza. *Sentencia de 8 de Marzo de 1983 (2ª).*
116. **Hurto.** Delito continuado. Multirreincidencia. *Sentencia de 8 de Marzo de 1983.*
117. **Hurto.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reiteración y reincidencia. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 9 de Marzo de 1983.*
118. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de los mecanismos de cierre de las puertas. *Sentencia de 12 de Marzo de 1983 (2ª).*
119. **Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación y empleo de arma.** Circunstancia agravante de disfraz. *Sentencia de 12 de Marzo de 1983 (2ª).*
120. **Robo con violación.** Cooperación necesaria. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Circunstancia agravante de mul-

tirreincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1983 (2ª)*.

121. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Ausencia de conducta típica, no se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
122. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
123. **Usurpación de funciones.** Ausencia de conducta típica, al no haber puesta en peligro del bien jurídicamente protegido. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)**.
124. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la atenuante eximente incompleta de enajenación mental. **Hurto.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. **Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la agravante de reiteración. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
125. **Delito relativo a la prostitución.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
126. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación y agravantes de reincidencia y reiteración. **Conducción ilegal.** Concurrencia de la atenuante eximente incompleta de enajenación mental y la agravante de reiteración. **Falta de daños.** Imprudencia simple. **Estafa.** Falta. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
127. **Imprudencia temeraria,** de la que resultan lesiones. Agravante de reiteración. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª)*.
128. **Salud Pública.** Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 15 de Marzo de 1983*.
129. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1983*.
130. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2º del Código Penal, proponiendo al Gobierno un indulto parcial. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1983*.

131. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Requisitos. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983.*
132. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
133. **Robo con intimidación,** sin resultado lesivo. Conformidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
134. **Falsificación de documento oficial. Conducción ilegal.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
135. **Falsedad.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. *Sentencia de 18 de Marzo de 1983 (2ª).*
136. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
137. **Hurto.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
138. **Falsedad en documento oficial.** Utilización de receta de la Seguridad Social que tienen un origen y un destino oficial. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
139. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y fractura de objetos. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Marzo de 1983 (2ª).*
140. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón de bolso". Uso de arma blanca. **Lesiones.** *Sentencia de 22 de Marzo de 1983.*
141. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. **Falsedad en documento mercantil.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 24 de Marzo de 1983 (2ª).*
142. **Estafa.** Engaño. *Sentencia de 26 de Marzo de 1983 (2ª).*
143. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Delito continuado. Falta. *Sentencia de 28 de Marzo de 1983.*

144. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Falta. *Sentencia de 28 de Marzo de 1983.*
145. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
146. **Hurto. Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
147. **Violación.** Tentativa. **Abusos deshonestos. Lesiones.** Falta. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
148. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita suficientemente la participación de los procesados. *Sentencia de 29 de Marzo de 1983 (2ª).*
149. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 5 de Abril de 1983.*
150. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de reiteración y reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2º del Código Penal al proponer al Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 5 de Abril de 1983.*
151. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2º del Código Penal. Concurrencia de la agravante de multirreincidencia. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de la agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 8 de Abril de 1983 (2ª).*
152. **Salud Pública.** Absolución por falta de pruebas. *Sentencia de 8 de Abril de 1983 (2ª).*
153. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la agravante de reincidencia. Complicidad. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 9 de Abril de 1983 (2ª).*
154. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 9 de Abril de 1983 (2ª).*
155. **Receptación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 10 de Abril de 1983 (2ª).*
156. **Hurto. Falta de Hurto.** Falta de pruebas en la participación de los

- procesados. *Sentencia de 11 de Abril de 1983 (2ª)*.
157. **Incendio de edificio público.** Prendió fuego a la colchoneta de su celda. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 12 de Abril de 1983 (2ª)*.
158. **Estafa.** Delito continuado. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. *Sentencia de 12 de Abril de 1983*.
159. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas demostrativas de la participación del procesado. *Sentencia de 13 de Abril de 1983*.
160. **Imprudencia temeraria.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 13 de Abril de 1983 (2ª)*.
161. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 14 de Abril de 1983*.
162. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos,** con resultado de muerte, lesiones y daños. **Delito de omisión del deber de socorro.** Requisitos. *Sentencia de 14 de Abril de 1983*.
163. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1983*.
164. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Abril de 1983*.
165. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
166. **Receptación. Robo.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
167. **Falta de orden público.** *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
168. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Abril de 1983 (2ª)*.
169. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Conducción ilegal. Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 16 de Abril de 1983 (2ª)*.

170. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 16 de Abril de 1983.*
171. **Delito contra la seguridad de tráfico. Imprudencia temeraria,** que si mediare malicia consituiría homicidio. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
172. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Fractura de ventana. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
173. **Robo con intimidación en las personas.** Sin empleo de armas. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
174. **Estragos.** Concurrencia de los requisitos que configuran el delito; hundimiento de nave y dolo específico de venganza. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. El Tribunal rebaja la pena en dos grados, haciendo uso de la facultad que le confiere el propio art. 554 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª)*.*
175. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Apropiación indebida.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Abril de 1983 (2ª).*
176. **Escándalo Público.** Exhibicionismo. Circunstancia atenuante de menor de edad. Conformidad. *Sentencia de 21 de Abril de 1983.*
177. **Usurpación de funciones.** Elementos. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 22 de Abril de 1983.*
178. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Abril de 1983.*
179. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 23 de Abril de 1983.*
180. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
181. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Fractura de ventana. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*

182. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la circunstancia atenuante de embriaguez. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
183. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia, en cuantía inferior a 150.000 ptas. pero existiendo condena anterior por delito contra la propiedad. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
184. **Falsedad en documento oficial.** Utilización de recetas de Seguridad Social, que tienen un origen y un destino oficial. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
185. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
186. **Falsedad en documento oficial.** Utilización de recetas de la Seguridad Social, que tienen un origen y destino oficial. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 23 de Abril de 1983 (2ª).*
187. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Concurrencia de las agravantes de reincidencia y reiteración. **Imprudencia.** Falta. *Sentencia de 25 de Abril de 1983 (2ª).*
188. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Concurrencia de la circunstancia atenuante eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 27 de Abril de 1983 (2ª).*
189. **Salud Pública.** Aplicación del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Abril de 1983 (2ª).*
190. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia de lo adquirido. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 29 de Abril de 1983 (2ª).*
191. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Abril de 1983 (2ª).*
192. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Delito continua-

do. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración y circunstancia atenuante de enajenación mental. **Conducción ilegal.** Con la concurrencia de las mismas circunstancias modificativas. *Sentencia de 30 de Abril de 1983 (2ª).*

193. **Robo con violencia en las personas.** Uso de arma. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 30 de Abril de 1983 (2ª).*

194. **Apropiación indebida.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1983 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

8

8. DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION. Corrupción de menores, art. 452 bis c). Elementos. Circunstancia agravante de parentesco. *Sentencia de 13 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que A.P.S., mayor de edad, sin antecedentes penales, padre de A. P. C. de 16 años a la sazón, casada, separada desde hacía unos meses de su marido y que por aquellas fechas mantenía permanentes tratos carnales con hombres mediante precio, en fecha no exactamente determinada del mes de agosto de 1979, teniendo conocimiento de que un convecino llamado J. V. G., quería cohabitar con su hija, se lo comunicó a ésta y al acceder, quedaron los tres de acuerdo para buscar el lugar adecuado y así el J. V. pidió las llaves de una casa de campo en los alrededores de M. a su dueña no juzgada en este acto, previo pago de quinientas pesetas y allí se dirigieron A. P., su hija, el referido J. y otra menor, D. G. L., de quince años, donde cohabitaron J. V. y M. A. P., percibiendo ella tres mil pesetas, mientras A. P., tras requerir sexualmente a D. y ser rechazado, se hallaba con ésta en una habitación contigua merendando.

RESULTANDO: Que el Ministro Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito relativo a la prostitución del art. 452 bis 6) 2º y 452 bis 9) del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél las penas de 5 años de prisión menor, 100.000 ptas. de multa con arresto sustitutorio de 100 días en caso de impago y 11 años de inhabilitación especial, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito alguno, solicitando la libra absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente un delito relativo a la prostitución, previsto y sancionado en el art. 452 bis c) nº 2º del Código Penal, delito que requiere la instigación o facilitación de medios, a una menor de 23 años, para satisfacción de deshonestos deseos, con independencia de la voluntad, doncellez y moralidad del menor (así sents. 4 de mayo de 1972, 17 de diciembre de 1973), pues se trata de figuras delictivas que, no sancionando directamente a la prostitución, tienden a evitar su favorecimiento o facilitación en forma circundante y afectando específicamente al proxenetismo o alcahutería, lo que, indudablemente, se contempla en el concreto caso enjuicado donde el padre pone en contacto a su hija, de dieciséis años, con un tercero propi-

ciando así el concubito y apoyándolo con su misma presencia física en contigua habitación de una finca alquilada a los tales menesteres.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. P. S. por la ejecución directa y material de los hechos delictivos.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar la circunstancia de agravación específica contemplada en el artº 452 bis 9) del Código Penal, cuya aplicación impetra al Ministerio Fiscal, pues su aparición requiere un abuso de autoridad o encargo según el texto legal, se desprende del contexto de las sentencias de fechas 25 de abril 1973, 28 de febrero 1975, 24 de junio del mismo año, 24 de octubre 1967, etc., elemento ausente en el evento de autos donde es visto que la menor ya casada y separada del marido no se hallaba bajo la autoridad paterna, ni consta que éste la ejerciera moral o psicológicamente, más, con todo, lo reprochable del suceso y la personalidad del autor que no duda en ofrecer a un tercero el cuerpo de su propia hija, demandan la aplicación, como agravante, de la circunstancia mixta del parentesco contemplada en el art. 11 del texto punitivo, que tiene su base no ya en el abuso de una relación conyugal o paterno-filial, sino en el quebranto de indudable vínculos de sangre y afecto, en nuestro caso rotos y menospreciados.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

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

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado A. P. S: en concepto de autor responsable de un delito relativo a la prostitución, concurriendo la agravante de parentesco, a las penas de **CINCO AÑOS** de prisión menor con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de condena, multa de **CIEN MIL** pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción que deje de satisfacer y **ONCE AÑOS** de inhabilitación especial para profesión u oficio, así como de pago de una tercera parte de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

15

15. IMPRUDENCIA TEMERARIA DE LA QUE RESULTAN LESIONES GRAVES. No se estima el delito de omisión del deber de socorro por estar las víctimas atendidas por otras personas. *Sentencia de 18 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que J. J. F. N., mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 2.30 horas de la madrugada del 3 de enero de 1981 conducía el vehículo "Seat 127", matrícula PM 3522-C, cuya propiedad y compañía aseguradora no han quedado definitivamente fijadas en autos, circulando por la Avda. P. Vives Ramis que une Palma Nova con Magalluf en dirección a esa, cuando al llegar cerca del Hotel M. P., tramo de calzada curvo, con firme vial de 10 mts. de anchura, por mor de conducir con luz de cruce a notable velocidad y sin detener su atención a las incidencias del tráfico, no se aperció con antelación bastante de la presencia en la calzada de dos peatones R. J. N. y su esposa J. N., de 53 y 50 años respectivamente, quienes rodeaban el mencionado Hotel para entrar por su parte posterior, arrollándolos con el vehículo y causándoles graves traumatismos que tardaron, respectivamente, en curar 120 y 180 días, quedando a la última un acostamiento de casi 4 cms. en el fémur derecho que dificulta su normal deambulacion y una limitación en 20° de rotación de pie derecho. El procesado detuvo el vehículo a unos cien metros, frente al Hotel T. para atender a la también súbdita británica M. Y. S., pasajera de su vehículo, que, al romperse el parabrisas, había recibido cristales en piernas y en un ojo y era presa de un ataque de nervios, avisó a un médico y regresó, a pie, al lugar del accidente viendo como intervenía la Guardia Civil de Tráfico. por lo que optó por regresar a la habitación del Hotel con su compañera, donde fue detenido, decretándose su libertad el 19 del mismo mes y año y teniendo su carnet de conducir retenido desde el día de autos hasta el 8 de de Octubre de 1982.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565-1° en relación con el 420-3° y un delito de omisión del deber de socorro del 489 bis, párrafos 1° y 2°, todos del Código Penal; en los que conceptuó autor al procesado J. J. F. N., sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél las penas de 2 meses de arresto mayor y privación durante 16 meses del permiso de conducir por el primer delito y 6 meses y 1 día de prisión menor por el segundo, accesorias legales de indemnización de 240.000 pesetas al perjudicado R. J. N. y 360.000 ptas. a J. N., hasta los límites del seguro obligatorio, y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en igual trámite, acomodó los hechos y la calificación jurídica a la del Ministerio Fiscal, solicitando una indemnización de 576.000 pts. para R. J. N. y otra para J. N. ascendente a 1.350.000 por la incapacidad temporal y 2.000.000 pts. por la incapacidad permanente, concordando las penas, accesorias y costas con inclusión de las de la acusación.

RESULTANDO: Que la defensa solicitó la libre absolución del acusado, con declaración de oficio de las costas causadas, por estimar los hechos constitutivos de delito,

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran evidentemente un delito de imprudencia temeraria, previsto y sancionado en el art. 565 pf° 1° en relación con el 420, ordinal 3°, todos del Código Penal, configurado por una conducción desatenta, descuidada e imprevisora (cpr. sents. 5 febrero, 6 marzo, 18 y 23 de abril de 1980) que, con desprecio a las normas que velan por la seguridad del tráfico rodado, revelan una total falta de mínima diligencia, cual así sucede con el procesado que, de noche, con alumbrado de cruce, en tramo curvo, maneja un vehículo a velocidad que no permite una rápida y eficaz maniobra de frenado o esquivia, (sentencia 29 abril 1980 y 25 Marzo 1981) lo que le lleva a atropellar a dos viandantes y causarles lesiones que superan los 90 días de precisa atención médica y con secuelas que suponen deformidad; en cambio, no aparece tan claro el imputado delito de omisión del deber de socorro (art. 489 bis, en sus pf° 1° y 2° del texto primitivo), delito que si se da en los casos de desamparo de la víctima (sents. 17 diciembre de 1979 y 3 de marzo de 1980), requiere siempre un elemento intencional o doloso (cpr. las de 16 abril 1979 y 19 abril del mismo año), cual es la voluntad probada de desatender el posible deber de asistencia o auxilio a quien lo precise, supuesto distinto al que se enjuicia donde, sin ocurrir en lugar desértico sino en zona hotelera el agente jerarquiza y clasifica su ayuda, atendiendo en primer lugar a la propia ocupante del vehículo y omitiendo, sólo después, el socorro a las demás víctimas al ver que ya cuentan con apoyo de terceros, conducta que por insolidaria que pueda reputarse no alcanza la categoría de infracción delictiva.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado J. F. N. por haber realizado los hechos que integran el delito.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de responsabilidad criminal.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61-4º, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código penal; los 14 reglª 3ª 1, 42, 239, 240, 272, 741, 742, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que con absolución del delito de omisión del deber de socorro imputado, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado J. J. F. N, en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves, cometido con ocasión de la circulación de vehículos de motor y sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de **DOS MESES DE** arresto mayor con la accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio por el tiempo de la condena y privación del permiso de conducir por tiempo de **DIECISEIS MESES**, pena ésta que se **DECLARA EXTINGUIDA** por cumplimiento mediante el abono de la medida preventiva; así como a que por vía de indemnización abone a R. J. N. la suma de 240.000 ptas. por las lesiones causadas y a J. N. la de 360.000 pts. por igual concepto y 1.000.000 por las secuelas, así como al pago de costas incluidas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene y averiguese, en ejecución de sentencia, la compañía aseguradora y clases de seguros que cubren el vehículo PM-3522-C. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

18

18. SALUD PUBLICA. DONACION Y VENTA. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia internacional. **USO DE DOCUMENTO FALSO.** *Sentencia de 19 de Enero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO: Probadamente y así se declara expresamente: que los procesados N. P. y W. D. J. E. O. fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil el día 17 de marzo de 1982 después de haberles sometido a vigilancia, ya que en fechas anteriores conjunta o separadamente habían ofrecido al menos a tres propietarios o camareros de bar la venta de cocaína habiendo realizado en cada caso operaciones de tráfico de escasa entidad, pero en todas pretendían formar una red de distribución de la referida sustancia, o venta importante de ella, el día mencionado de la detención se practicó un minucioso registro, en

el domicilio que ambos procesados tenían en la finca denominada "C. M.", con diez mil metros de terreno, del término municipal de Santany y en el mismo o en el jardín de la finca fueron ocupadas e intervenidas tres bolsas de plástico y en el interior de cada una de ellas una caja de galletas cerradas con un adhesivo y en su interior hasta seis kilogramos cuatrocientos diez gramos de cocaína, un gramo de haschis y medio gramo de heroína, cinco maletas con dobles fondos arrancados, bolsas de plástico con restos de cocaína, trozos de formica (plástico) que por sus medidas se corresponden a las maletas, tres balanzas de precisión, numerosísima documentación con nombres y direcciones, el pasaporte a nombre del procesado N. P., expedido en Londres el 5 de septiembre de 1974 y otro de fecha 27 de abril de 1981 expedido en Londres a nombre de G. W. C., nacido el 25 de abril de 1925 en Leeds (Inglaterra), con la fotografía de N. P. con visados de salida, que lo utilizaba para trasladarse a Francia, donde tenía dificultades de residencia, además se ocuparon numerosos cuentas corrientes en diferentes bancos reveladores de movimientos de fondos importantes. El procesado N. P. está condenado en siete ocasiones por diferentes Tribunales extranjeros, el 17-6-1960 por el Tribunal de Traki por delito de transporte y posesión de drogas y tenencia de armas de fuego, a 9 años de prisión; el 31 de octubre de 1971 por el Tribunal de Tasalónica (Grecia) por tráfico de narcóticos, drogas y posesión de armas de fuego a 5 años y tres meses de prisión.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344 para ambos procesados, del artículo 344 y otro de uso de documento falso, del artículo 310 todos los preceptos del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados N. P. de ambos delitos y W. J. E. O. del primero sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad para E. O. y la de reincidencia (15° del artículo 10° en relación con el último párrafo del artículo 344 del Código Penal) para N. P., por lo que solicitó contra aquellos las penas de diez años y un día de prisión mayor y multa de 200.000 pesetas para el delito contra salud pública y multa de 100.000 pesetas con arresto sustitutorio de 60 días caso de impago, por el uso de documento falso para N. P. y la pena de 6 años y un día de prisión mayor y multa de 50.000 pesetas para W. E. O., accesorias del art. correspondiente, dar a la sustancia intervenida el destino legal y costas.

RESULTANDO: Que en la defensa del procesado en igual trámite solicitó en igual trámite la libre absolución de sus patrocinados.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos para ambos procesados de un delito contra la salud pública, del artículo 344 del Código Penal, ya que a las pequeñas operaciones de venta y donación realizadas al menos con tres personas que despertaron sospechas en los agentes de vigilancia de tan execrable tráfico, hay que destacar el ofrecimiento hecho a personas para montar una cadena en esta isla dedicada a fomentar el uso de droga dura, con el resultado de ser ocupada en terreno propiedad de uno de los procesados, más de seis kilos de cocaína, cuyo destino último era su venta, aparte ser intervenidos útiles propios de las personas que son habituales en la compra-venta de esta sustancia, razones que exigen la sanción de su conducta, conforme al precepto indicado; para el procesado N. P. son igualmente constitutivos de un delito de uso de documento falso de los artículos 310 en relación con el artículo 309, ambos del Código Penal, ya que según propia declaración utilizaba un pasaporte a nombre supuesto con su propia fotografía, en el que hacía constar visas supuestas para abreviar dificultades para recorrer algún país europeo.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados N. P. y W. J. E. O.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa agravante de reincidencia conforme al último párrafo del artículo 344 del Código Penal en relación con el número 15° del artículo 10° del mismo cuerpo legal, por cuanto de los informes y documentación aportado al sumario acreditan suficientemente el carácter de traficante de drogas del procesado N. P., condenado ya en 1960, por delito de esta naturaleza y otra sentencia del 31 de octubre de 1972 dictado por un Tribunal griego, en apelación del que re-

sulta otra condena importante por tráfico de sustancias tóxicas.

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

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

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los procesados N. P. y W. J. E. O., en concepto de autores responsables de un delito contra LA SALUD PUBLICA y a N. P. autor responsable de un delito de USO DE DOCUMENTO FALSO con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia en N. P. y sin circunstancias en W. E. O., a las siguientes penas: una pena de DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR Y MULTA de 200.000 pesetas y a una pena de MULTA DE CIEN MIL pesetas, con arresto sustitutorio de 60 días caso de impago por el delito de uso de documento falso, a W. J. E. O. una pena de SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR y MULTA de 50.000 pesetas a ambos, a las accesorias de suspensión de cargo público durante la condena; dese a la sustancia intervenida el destino legal, se condena a los procesados al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Réclame se con urgencia la pieza de responsabilidad civil de los procesados. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

20

20. SALUD PUBLICA. Aplicación del párrafo 3° del art. 344 del Código Penal. La eventual existencia de un agente provocador se consideró en este caso irrelevante. *Sentencia de 20 de Enero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que sobre las 15 horas del día 21 de Junio de 1979, el procesado J. C. M., mayor de edad, sin antecedentes penales, cuando se encontraba en la Plaza de Q. de esta Ciudad, ofreció en venta a dos inspectores de Policía, seis barras de sustancia tóxica de Cännabis Imdica, conocida por el nombre de haschís con un peso de 22,200 gramos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344-1° y 2° del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado J. C. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, 15.000 ptas. de multa con arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias del art. 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para sus patrocinados, por no ser los

hechos que se le imputan constitutivos de delito.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 344-1° del Código Penal, siendo procedente, habida cuenta del nulo resultado lesivo de la venta que no llegó a efectuarse y de la escasa cantidad de la droga ocupada, la aplicación de la atenuación prevista en el párrafo 3° del mismo artículo; no siendo de valorar la eventual tesis absolutoria derivada de la provocación por parte de la Policía, por cuanto al ser ya la tenencia preordenada al tráfico uno de los tipos previstos en dicho precepto legal, resulta aplicable la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975) relativa a que en supuestos como el que ahora se decide en realidad no se provoca la comisión del delito, sino el descubrimiento de una infracción previamente realizada; por lo que procede reputar correcta la calificación de la acusación pública.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. C. M., por haber tomado parte directa e inmediata en la ejecución de los hechos que se le imputan, de acuerdo con lo dispuesto en el n° 1° del artículo 14 del Código Penal.

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

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. C. M., en concepto de autor responsable de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de SEIS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR y 15.000 ptas. de multa con 15 días de arresto sustitutorio en caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

31

31. FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL. En recetas oficiales de control de estupefacientes. Cooperación necesaria. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Enero de 1983.*

RESULTANDO probado y así expresamente lo declaramos que en fechas no precisadas

del año mil novecientos ochenta la procesada M. J. T. H., a la sazón menor de dieciocho años al haber nacido el día tres de diciembre de mil novecientos sesenta y dos y sin antecedentes penales, se trasladó a la vivienda situada en el número veintidós de la calle J. S. de S. P., en la que con anterioridad había habitado el médico don A. M. J., colegiado n.º 2.291 del de Baleares, quien, entre otros papeles y objetos, había dejado olvidado un talonario de la serie E.-73 expedido por la Subdirección general de Farmacia de la Dirección general de Sanidad, correspondiente al talonario especial de "control de estupefacientes" y expedido por dicho organismo a tal facultativo, con recetas impresas numeradas desde el guarismo 921.601 al 921.700, ambos inclusive; talonario que al ser hallado en la forma indicada por la procesada puso a disposición de su esposo, persona ya juzgada en la causa y con dependencia a tranquilizantes, quien hizo uso de las que se señalan en la sentencia anteriormente dictada; habiendo la procesada presentado el trinta de abril del expresado año mil novecientos ochenta la receta serie E-73 y número 921.616 al nombre supuesto del colegiado don M. S. —número 2372 de colegiación— en la Oficina de Farmacia cuyo titular es don A. T. G., de S. P., de la misma de la que no consta quien la hubiera extendido, sin que le fuera dispensado el producto "Drexedina" figurado en la receta por no presentar Documento Nacional de Identidad y sospechar el auxiliar de la Oficina que la atendió, alguna anomalía al no ser preciso para tal producto el uso de recetas del referido talonario; por lo que la procesada rompió la receta.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 303 del Código penal en relación con los números 1, 2, 3, del mismo precedente artículo 302 y designando autor del mismo a la procesada, sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal y sí reputando concurrente la norma del artículo 318 del expresado Código, solicitó se le impusieran las penas de tres meses de arresto mayor y multa de quince mil pesetas, accesorias arresto sustitutorio y costas.

RESULTANDO que en calificación elevada a definitiva la defensa de la procesada estimo que la misma no había cometido delito alguno, solicitando consecuentemente su libre absolución.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados en el primer resultando de la presente sentencia son constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el artículo 303 del Código penal, en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del precedente artículo 302 del mismo cuerpo legal; por cuanto una constante doctrina jurisprudencial del T.S. de la que pueden ser exponentes las S.S. de 27 de noviembre de 1977, 23 de noviembre de 1978, 7 de mayo de 1980 y 26 de febrero de 1982, viene proclamando que, a diferencia de lo que ocurre con las recetas particulares de los médicos, las que tienen origen en un organismo público como los Colegios profesionales —cual es el caso de las recetas especiales para la dispensación de sustancias psicotrópicas— tienen carácter oficial, por lo que cualquier alteración en la verdad que se verifique en las mismas integra el tipo penal previsto en el citado artículo 303.

CONSIDERANDO que de dicho delito es responsable en concepto de coautor por cooperación necesaria del ordinal 3.º del artículo 14 del Código penal la procesada, ya que si bien, como se recoge en la narración fáctica, no consta que la misma efectuase alteración o falsificación en las recetas, no es menos cierto, como también consta en el relato, que fue ella precisamente quien facilitó a su esposo el talonario especial de recetas en que las falsedades se efectuaron por aquél, con lo que su intervención en el delito, al suministrar el medio con que el mismo pudo efectuarse tiene perfecto encaje en esta forma especial de coautoría y, por su importancia y relieve para la comisión, no puede degradarse al rango de simple complicidad.

CONSIDERANDO que concurre la circunstancia genérica de atenuación privilegiada de minoridad penal del número 3.º del artículo 9 del Código penal, ya que si bien es cierto que en la causa no consta la certificación de nacimiento de la procesada es lo cierto que en toda la documentación policial y judicial consta como fecha de nacimiento la de 3 de diciembre de 1962, por lo que al realizarse los hechos aquélla aún no había cumplido los

dieciocho años, debiéndose estimar probada tal fecha de nacimiento por necesaria aplicación del principio "pro reo"; lo que produce el efecto degradatorio de la penalidad previsto en el artículo 65 del Código penal, que debe al tiempo combinarse con la especial atenuación del artículo 318 del repetido cuerpo legal, ya que si bien la apreciación de ésta es discrecional (SS. de 21 de mayo de 1975 y 3 de marzo de 1981), en este supuesto ha de ser de obligada aplicación al haber sido postulada por la propia parte acusadora pública en su calificación definitiva; todo lo que conduce a la desgravación punitiva en dos grados, de manera que la pena de prisión menor inicialmente prevista ha de quedar reducida a la multa en la cuantía de veinte mil pesetas prevenida como mínima en el artículo 28 del Código penal, en tanto que la de multa inicial asignada al tipo ha de ser inferior a dicha cifra, al no estar prevista como pena única y de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial (Por todas, SS. de 18 de marzo y 30 de septiembre de 1981 y 12 de febrero de 1982).

CONSIDERANDO que las costas procesales son consecuencia necesaria de la condena penal en virtud de lo previsto en los artículos 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

VISTOS los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 23, 27 y su tabla, 28, 61, 63, 90 y 91 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a la procesada M. J. T. H., en concepto de autor por cooperación necesaria de un delito de falsedad en documento oficial, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de ser menor de dieciocho años en el momento de la comisión delictiva, a una pena de **VEINTE MIL PESETAS DE MULTA** y otra pena de **QUINCE MIL PESETAS DE MULTA**, ambas sustituidas caso de impago por una responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada mil pesetas impagadas; condenándola asimismo, por ministerio de la ley, al pago de la mitad de las costas causadas.

Abonamos a la procesada para el cumplimiento de las penas impuestas la totalidad del tiempo que haya estado privada de libertad por razón de esta causa y aprobamos, por sus propios fundamentos y con la condición ordinaria que contiene el auto de insolvencia dictado por el Instructor y consultado con esta Audiencia. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

33

33. ABANDONO DE FAMILIA. Ausencia de conducta típica. Abandono del procesado por un breve tiempo y reintegrándose posteriormente. *Sentencia de 28 de Enero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que la procesada M. S. C., mayor de edad, sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con J. G. P., el día 10 de

Abril de 1976, de cuya unión tuvieron dos hijas, llamadas M. D., nacida el 28 de Marzo de 1977 y S., nacida el 4 de Agosto de 1978. Posteriormente hubo graves desavenencias entre marido y mujer, por cuya causa la procesada, el día 2 de Julio de 1981 se marchó del domicilio conyugal sito en la calle M. n° 21 de P., durante cuya ausencia en dos ocasiones envió paquetes con ropa para sus hijas que eran cuidadas por su abuela materna. La procesada se ha reintegrado al domicilio familiar ocupándose normalmente del cuidado y educación de sus hijas y tiene pendiente en la actualidad un proceso de separación legal respecto de su esposo.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de abandono de familia del artículo 487-1° del Código Penal; del que conceptuó autora a la procesada M. S. C. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquélla la pena de un mes y un día de arresto mayor y 20.000 ptas. de multa con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago, accesorias del artículo 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de la procesada en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinada por entender que los hechos que se imputan no son constitutivos de delito alguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de abandono de familia del artículo 487-1° del Código Penal de que hace acusación el Ministerio Fiscal, pues si bien durante un corto período de tiempo la procesada se ausentó de su domicilio, nunca rompió definitivamente su vinculación en el mismo ni abandonó completamente su relación con la familia reintegrándose al dicho hogar con el consiguiente cumplimiento de sus obligaciones familiares, circunstancia que debe sanar la, en parte, irregular actuación de la procesada, por lo que procede declarar su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables, dejar sin efecto las medidas de aseguramiento con ella acordadas y declarar de oficio las costas procesales.

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

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a la procesada M. S. C. del delito de abandono de familia de que es acusada por el Ministerio Fiscal, dejando, sin efecto las medidas de aseguramiento contra ella acordadas y declarando de oficio las costas procesales. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

41

41. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. Elementos. Reiteración. *Sentencia de 31 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que J. L. S. A., mayor de

edad, condenado en 1971 por conducción ilegal y por robo, en 1969 por conducción ilegal, en 1972 por robo frustrado, en 1975 por robo y hurto de uso y en 1976 por robo, el día 20 de diciembre de 1981 se hallaba en situación de prisión provisional decretada por el Juez de Primera Instancia e Instrucción de Inca en sumario 20/81, cumpliéndola en aquellos momentos en el Hospital Provincial de Palma, propiedad del Consell Insular de Mallorca, debido a su estado físico por una huelga de hambre mantenida, y, en tal situación, con ánimo de fugarse definitivamente del establecimiento, procedió a serrar los barrotes de una ventana situada a unos dos metros del suelo (con lo que causó desperfectos valorados en 7.500.- pesetas), operación que culminó en la madrugada del 21, comunicando entonces sus designios y planes a su compañero de celda J. F. G., mayor de edad y condenado por robo el 26 de marzo de 1980 —cuya condena cumplía en aquel momento en el Hospital por estar afecto de un proceso hepático— y en julio del mismo año también por robo, con lo que, ambos de común acuerdo, huyeron a través de la ventana siendo detenidos días más tarde.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena y evasión de presos, cometido con fuerza en las cosas, de los artículos 334 y 335 del Código Penal; del que conceptuó autores a los dos procesados, con la concurrencia de la agravante de reiteración respecto a J. L. S., por lo que solicitó contra éste la pena de 4 años, dos meses y un día de prisión menor, y contra F. G. la de dos años de prisión menor, accesorias a ambos, e indemnización de siete mil quinientas pesetas al Consell Insular de Mallorca y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de los acusados en igual trámite, concordó los hechos y su calificación jurídica con el Ministerio Fiscal, solicitando para S. A. la pena de un año de prisión menor y para F. G. la de seis meses y un día de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente el delito de quebrantamiento de condena que prevé y castiga el art. 334 del Código Penal, en la forma agravada del artículo siguiente, delito que, concebido en forma amplia, no contempla tan sólo el quebranto de una condena en su sentido técnico-formal, sino también el del estado de prisión preventiva cual cuida de especificar el precepto legal, circunstancias ambas que, probada y reconocidamente, se dieron en el caso enjuiciado y que se lograron mediante la violencia material consistente en el aserramiento de los barrotes de una ventana, causando menoscabos valorados en siete mil quinientas pesetas.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados J. L. S. A. y J. F. G., pues ambos en forma voluntaria, quebrantaron, respectivamente, su prisión y condena, provocando materialmente el primero los daños en el local, conociéndolo y aprovechándolo el otro para su huida, con lo que en los dos concurre la cualidad de autores.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa de reiteración (art. 10, apartado 14), solo respecto a J. L. S., condenado con anterioridad a los hechos por cuatro delitos de robo, uno de hurto de uso y dos de conducción ilegal, con la consecuencia punológica que impone el artículo 61 regla 2ª del texto punitivo.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 20, 33, 47, 49, 61 reglas 2ª y 4ª 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los procesados J. L. S. A. y J. F. G., en concepto de autores responsables de un delito de quebrantamiento de condena, concurriendo en el primero la circunstancia agravante de reiteración, a la pena para éste de **CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA DE PRISION MENOR** y para

F. G. la de UN AÑO DE PRISION MENOR; con las accesorias, para ambos, de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de condena y a que, solidariamente, por vía de indemnización de perjuicios abonon al Consell Insular de Mallorca la suma de SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS, y al pago por mitad de costas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

52

52. APROPIACION INDEBIDA. "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 10 de Enero de 1983.*

RESULTANDO: probado y así se declara: que el procesado B. D., nombrado el 28 de octubre de 1976 corresponsal de la Comisión Local de la Mutualidad Agraria de la Seguridad Social del término de S. M. (Mallorca), el día 7 de noviembre de 1978 se le practicó oficialmente una inspección sin que se observaran irregularidades, y recibidos desde esta fecha sellos, cuyo valor facial abonaban los mutualistas y con su importe a la vez abonaba prestaciones a los beneficiarios, vino aplicando a usos propios parte de los ingresos obtenidos hasta un total de un millón ciento cuarenta y una mil pesetas y llegado el 2 de mayo de 1979 con el pretexto de realizar unos cursillos en Madrid, cerró la dependencia abandonando sus funciones, y realizó viajes a Venezuela y otro a París, hasta que fue detenido el 28 de enero de 1981 en Valencia. La referida cantidad que resulta del último informe contable facilitado por la dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, conforme a la última liquidación de marzo de 1979, según diferencias de los cupones de láminas de cotización recibidas y no justificado su importe en pago de prestaciones o metálico conforme al arqueo practicado el 15 de mayo de 1979 a raíz del abandono de su puesto y el balance definitivo de las cuentas correspondientes a todo el ejercicio de 1979. El día 2 de febrero de 1981 el Director del Instituto Nacional de la Seguridad Social, renunció a toda indemnización de perjuicios al llegar a un acuerdo con el padre del procesado según documento de fecha de 30 de diciembre de 1980, en el que se aceptaron cálculos contables diferentes de los últimamente presentados por dicha entidad.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida de los arts. 535 en relación con el 528-1º ambos del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado B. D. B. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de seis años y un día de presidio mayor, accesorias del art. correspondiente y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de apropiación indebida de los arts. 535 en relación con el art. 528-1º ambos del Código Penal, ya que el procesado que no consta fuera en aquellas fechas funcionario público, aprovechó la disponibilidad que tenía de sellos de cotización de la Mutualidad Agraria para convertirlos en metálico, y destinando la cantidad que se indica a usos propios se benefició de dicha suma, consumando el delito que se indica al disponer de cantidades que conforme al título que las recibía no podría disponer.

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

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

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

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

FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado B. D. B. en concepto de autor responsable de un delito de **APROPIACION INDEBIDA EN CUANTIA DE UN MILLON CIENTO CUARENTA Y UNA MIL PESETAS**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de **SEIS AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR** a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante la condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad Civil. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

60

60. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. Ausencia de conducta típica, al no acreditarse el elemento normativo de ajeneidad. Presunción de inocencia. **DAÑOS.** Falta. *Sentencia de 14 de Febrero de 1983.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que A. V. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 11 de septiembre de 1979 sostuvo una discusión con M. T. R. con la cual convivía, en el domicilio de ésta en Palma, cogiendo de una caja de caudales 25.000 pts. de su propiedad y marchándose de aquél; al día siguiente, cuando intentó volver de nuevo le fue negada la entrada por la propietaria por lo que, airado, dio una fuerte patada a la puerta causándole desperfectos que se tasan en 2.793 pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo del art. 500, 504-3° y 505-2° y una falta de daños del 597, todos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, por lo que solicitó contra aquél las penas de 6 meses y 1 día de presidio menor y 10 días de arresto menor, accesos legales e indemnización de 30.000 pesetas a la perjudicada y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito ni de falta, solicitando su libre absolución con declaración de oficio de las costas causadas.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados no integran legalmente el delito de robo con fuerza en las cosas de que se acusa por el Ministerio Fiscal, pues para que el mismo se dé es requisito ineludible la ajenidad de la cosa y, en el presente evento, donde es de ver una real convivencia de las dos personas intervinientes, no se ha probado siquiera indiciariamente a quién pertenecía el dinero discutido, existiendo tan sólo dos declaraciones contradictorias como único elemento de valoración, lo que no es suficiente para destruir el principio constitucional de la presunción de inocencia; en cambio, sí está adverbado, por propio reconocimiento y valoración de daños, los desperfectos voluntariamente ocasionados en bien ajeno, constitutivos de la falta que prevé el art. 597.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado de la falta aludida, por su materialización voluntaria, siendo inocente del delito imputado.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas.

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

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

FALLAMOS: Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al procesado A. V. G., del delito de robo del que venía acusado y **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al mismo, como autor responsable de una falta de daños en cuantía de dos mil setecientos noventa y tres pts. sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de **DIEZ DIAS** de arresto menor, así como a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida M. T. R. la suma de dos mil setecientos noventa y tres pts. y al pago de costas que se devengarán como en juicio de faltas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.

Reclámese del Juez Instructor la oportuna pieza de responsabilidad civil y déjese inmediatamente en libertad al acusado. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

83. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. En la sentencia se decretó la nulidad de actuaciones a partir del auto de Conclusión del Sumario, inclusive. *Sentencia de 5 de Febrero de 1983 (2ª).*

RESULTANDO: Que por auto del Juzgado de Instrucción de fecha 4-9-1981 se decretó el procesamiento contra los procesados antes indicados, como autores de un delito de robo consumado —artículos 500, 504-2º, 505 del Código Penal— y de otro delito de robo frustrado del artículo 500 en relación con el art. 3, cometidos, respectivamente, los días 1 y 26 de Abril de 1981, el primero, en un chalet, propiedad de J. M. W., en Ca'n F., E., y, el segundo, en un apartamento, "Las Tres Lágrimas", Edificio C., Urbanización L. C., del P. de Al., recibiéndoseles declaraciones indagatorias a ambos en las que, negaron los hechos (sumario 58/1981 del Juzgado de Instrucción nº Tres de ésta). Apoderándose, en el primero, de 2.130.150 ptas. en alhajas y demás.

RESULTANDO: Que, por auto de fecha 10-9-1981, del mismo Juzgado de Instrucción, recaído en el sumario nº 59/1981, acumulado al anterior, se dictó auto de procesamiento, solamente contra F. L. M., por delito de robo, cometido en el día 25 de abril de 1981, en el apartamento A, sito en la Urbanización Las C., también del Edificio C., de A. por robo de joyas por importe de 1.050.000 ptas., apartamento contiguo al de la misma Urbanización del resultando anterior, procesado que, asimismo, negó en la indagatoria haber tenido participación en tal hecho.

RESULTANDO: Que, a petición del Ministerio Fiscal, se procedió a la acumulación de ambos sumarios, por auto de esta Sala, y al darse traslado para instrucción a dicho Ministerio Público, acusó como autores del robo de Esporlas, solamente contra el procesado J. M. R., en unión de persona o personas desconocidas sin solicitar nada para el otro procesado, F. L. M., Cuantía del robo: 2.130.150 ptas. En el propio escrito de calificación, se acusa como autores del robo en el apartamento de B. P. D., en A., por cuantía de 900.000 ptas. a J. M. R. y a F. L. M., pese a que, en su día, por el Juez de Instrucción solamente se procesó a F., y, por tanto, solamente a éste se le indagó acerca de dicho delito, siendo calificados los hechos todos de su escrito como constitutivos de un delito de robo.

CONSIDERANDO: Que al no solicitarse por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación para F. L. nada, por el primer delito, pese a estar procesado por el mismo robo por cuantía de 2.130.150 ptas., así como al haberse procesado solamente por el Juez, por el segundo delito-robo de 900.000 ptas. a F. L., sin procesar a J. M. ni indagarle, pese a que el Ministerio Fiscal dirigió su acusación y se abrió el juicio contra los dos, por este indicado segundo delito, se han quebrantado los artículos 650, 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concordantes por lo que al haberse celebrado el juicio oral en tales condiciones procesales y, visto el aporte de pruebas periciales procede decretar la nulidad de las actuaciones practicadas a partir del auto de conclusión del sumario inclusive, a fin de que se dirija el procedimiento contra J. M. R. por el delito de robo en el chalet de B. P. K. —folio 172—, sin perjuicio de que por el Instructor, si así lo estima, para mayores garantías procesales, se remitan los folios relativos a recogidas de huellas y dictámenes practicados en autos al Laboratorio de identificación de la Dirección de la Seguridad del Estado, para que, asimismo, dictamine sobre la participación de ambos procesados en los delitos aquí denunciados, nulidad reclamada por exigencias de los principios de audiencia, contradicción, y congruencia procesales y que, dado el carácter de normas ius cogens, imperativas, absolutas, la doctrina legal establecida —Sentencias 6-3-1952, 17-5-1972,

2-4-1979— y las más recientes de 7 de mayo y 2 de junio de 1981, por el carácter no dispositivo de estas normas de procedimiento y “la necesidad ineludible de observar estrictamente cuantos preceptos rituarios establecen las Leyes procesales, en garantía del adecuado enjuiciamiento de cuantas cuestiones se someten a los Tribunales y del más escrupuloso respeto a las garantías individuales y a los derechos fundamentales de la persona de los acusados, reponiéndose las actuaciones al indicado momento inmediatamente anterior a dicho auto de conclusión sumarial.

VISTOS los artículos y doctrina legal citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS: Que debemos decretar y decretamos la nulidad de todo lo actuado en la presente causa a partir del auto de conclusión del sumario, inclusive, retrotrayéndose las actuaciones a dicho momento procesal para que se dirija el procedimiento contra J. M. R. y recibíendole declaración indagatoria, sobre el robo cometido en el Apartamento A, del Edificio C., de A de B. P. D. —folio 172— y remitiéndose para ello el sumario al Instructor y, una vez terminado, dése a la causa la tramitación correspondiente. (Ponente: Alvaro Blanco Álvarez).

101

101. DELITO DE SIMULACION DE CONTRATO. (Estafa, art. 532 n° 2). Autoría por inducción. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Marzo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO y así expresamente se declara que el día 24 de abril de 1967 el procesado P. N. S., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado en sentencias de 6 de diciembre de 1947 por falsificación de documento de identidad, en la de 27 de noviembre de 1948 por robo y en la de 30 de julio de 1952 por falsificación —cuyos antecedentes fueron cancelados con fecha 20 de octubre de 1971—, vendió a J. I. Q., procesado en este sumario que falleció con fecha 31 de octubre de 1980, los solares número 119 y 129 de la Urbanización P. por el precio conjunto de trescientos noventa y una mil cuatrocientas pesetas. En el año mil novecientos setenta y dos, dicho J. I. Q., que atravesaba una difícil situación económica a causa de reiterados impagos al Banco Español de Crédito, tras entrevistarse con la Dirección de esta entidad bancaria en Palma, convino para hacer frente a su situación suscribir una póliza de crédito y además la venta de los citados solares a B. R. S., corresponsal de la citada entidad en Inca, quien efectivamente los adquirió mediante documento privado de 25 de octubre de 1972 pagando por los mismos la cantidad de seiscientos mil pesetas que el referido señor I. percibió, haciéndose constar la existencia de esta transmisión al pie del documento de 1967 suscrito entre los señores N. e I. Q.- Al siguiente día 26 de octubre de 1972, el señor R. concedió al señor I. una opción de compra de los solares por precio de seiscientos cuarenta y ocho mil pesetas, en la que inicialmente se señaló como plazo final el de 27 de octubre de 1973 y que con fecha 7 de diciembre de dicho año 1973 se prorrogó hasta el 26 de octubre de 1974, percibiendo como precio la suma de cincuenta mil pesetas y conviniendo los señores R. e I. que cual-

quier divergencia sobre lo convenido se resolvería mediante arbitraje.- Extinguido el plazo de la citada opción sin que el señor I. la ejercitase, se negó a desocupar los solares cuya posesión material nunca había dejado, pese a los diversos requerimientos notariales que a tal fin se le hicieron, surgiendo controversias sobre el alcance de lo convenido y sobre la titularidad, por lo que don B. R. requirió la formalización del compromiso en escritura pública, lo que se acordó por auto del Juzgado de Primera Instancia de fecha 29 de noviembre de 1977, emitiendo su laudo los árbitros designados Letrados Don A. R. C., Don J. Z. C. y Don D. B. D., fecha 14 de enero de 1978, reconociendo la propiedad de los solares a favor del señor R., realizándose la ejecución judicial el 30 de junio de 1978, dándose posesión a B. R. de dichos terrenos.

RESULTANDO PROBADO —y así también expresamente lo declaramos— que entre tanto el procesado P. I. P., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por delito de hurto en la sentencia de 8 de noviembre de 1969 y por cheque en descubierto en la de 4 de diciembre de 1972, hijo del citado J. I. Q. y apoderado de su padre desde el día 11 de marzo de 1974, conocedor total de los contratos relacionados en el fundamento que antecede y de sus incidencias procedimentales en las que personalmente intervino, persuadió a su padre y con la finalidad de perjudicar al citado B. R. para que comunicase al ya citado procesado P. N. S. que otorgase escritura pública de venta de los solares a favor de su esposa N. B. B., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, que conocía la situación existente respecto a los mismos terrenos entre su padre político y el señor R., consiguió que su padre comunicase a don P. N. que otorgase la escritura a favor de su esposa, consiguiendo que aquél, que dado el tiempo transcurrido, la efectiva posesión por el señor I. Q. de los solares y el pago por éste de los recibos de agua y cargas afectantes a ellos accediese al otorgamiento de la escritura, lo que se verificó en fecha 31 de diciembre de 1977, muy inmediatamente anterior a la emisión del laudo citado, expresándose en dicha escritura que el precio de adquisición era el de ciento noventa y cinco mil pesetas que el señor N. decía tener previamente recibidas, procediéndose a inscribir esta adquisición en la que no medió precio real alguno en el Registro de la Propiedad a nombre de la procesada doña N. B., por lo que con posterioridad a la ya citada ejecución judicial del laudo arbitral, por dicha procesada se interpuso demanda de interdicto de recobrar que fue desestimado en ambas instancias, interponiéndose por el señor R. demanda en juicio de mayor cuantía solicitando la nulidad de la supuesta transmisión: proceso que se halla suspendido y pendiente de la resolución de esta causa penal.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa del artículo 531 del Código penal y designando autores a los tres procesados, con la concurrencia en P. I. P. de la agravante de reincidencia, solicitó se les impusiera a P. N. y N. B. las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de setecientos mil pesetas y a P. I., las de cuatro meses y un día de arresto mayor y multa de setecientos mil pesetas, con condena a costas y por vía de responsabilidad civil, se declarase la nulidad de la escritura de compraventa entre P. S. y N. B.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas la querellante formuló la misma calificación que el Ministerio fiscal, con las únicas variantes de solicitar que la multa fuese de dos millones cien mil pesetas y que también se acordase la cancelación de la inscripción registral practicada en virtud de la escritura.

RESULTANDO que la defensa del procesado P. I. P., en conclusiones elevadas a definitivas, estimó que el mismo no había cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

RESULTANDO que idénticas conclusiones elevadas a definitivas formuló la defensa de la procesada N. B.

RESULTANDO que la defensa del procesado P. N. S. negó en conclusiones elevadas a definitivas las del Ministerio fiscal.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados en el primer resultando,

dícese, en el segundo resultando de esta sentencia no son constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 531 del Código penal, objeto de acusación pública y particular, ya que el tipo previsto en el párrafo primero supone que exista un fingimiento de titularidad dominical, que en este caso no existe, al haber connivencia defraudatoria entre los procesados I. (padre e hijo) y la señora B., que, como se señaló en el relato fáctico, conocía, dado su estrecho parentesco, que el señor I. ya fallecido había previamente transmitido la cosa al señor R.; por lo que al estar dirigida la simulada transmisión sólo en perjuicio de los derechos de éste, es obvio que el delito que ha de reputarse existente es el previsto, con las mismas penas, en el siguiente artículo 532, párrafo 2º, “el que otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, pues ya se tratase de una transmisión absolutamente inexistente (el señor I. seguiría siendo dueño efectivo tras ella), ya de una dación en pago del señor I. a la señora B. a cuenta de una deuda contraída con la misma (tesis de esta procesada), lo cierto es que la transmisión era simulada y en perjuicio de tercero (el señor R.), pues a estos efectos punitivos resulta intrascendente el que haya existido una venta o una transmisión de “fiducia cum creditore”, en tanto al no haberse en este último caso restituido el capital prestado el bien estaba afecto como garantía de la restitución; tipificación perfectamente dentro de la esfera competencial de este tribunal, al no infringir el apartado 4º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que sólo veda —de no hacer uso de la facultad del artículo 733 de la misma— al órgano jurisdiccional el sancionar por un delito más grave que el que es objeto de acusación; lo que no sucede en este caso, al ser la penalidad idéntica en uno u otro caso.

CONSIDERANDO que de tales delitos son responsables: a) Como autor directo del número 1º del artículo 14 del Código penal, la procesada N. B. B. b) Como autor por inducción del número 2º de dicho artículo, el procesado P. I. P.; procediendo en cambio la libre absolución prevenida en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto del procesado P. N. J., ya que las circunstancias recogidas en el relato vedan estimarle copartícipe consciente en la simulación en la que él era un simple instrumento formal al haber con mucha anterioridad transmitido la cosa al señor I. Q. y no ser posible la comisión del delito de estafa, ni aun de esta estafa impropia, por simple imprudencia.

CONSIDERANDO que concurre en el procesado P. I. P la agravante de simple reincidencia del artículo 10, número 15º, del Código penal; sin que en la otra procesada concurra circunstancia modificativa de la responsabilidad alguna.

CONSIDERANDO que la responsabilidad civil que deriva de la penal conforme a lo dispuesto en los artículos 1.092 del Código civil y 19 del Código penal tiene como una de sus formas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del Código penal, la restitución; modalidad reparatoria que en delitos de la naturaleza del presente ha de alcanzarse, como enseña en forma muy amplia la conocida S. del T.S. de 20 de noviembre de 1972, a la declaración de nulidad de la escritura que instrumenta la simulación, al no existir la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al no ser obviamente la procesada señora B. adquirente de buena fe; debiéndose estar para la cancelación de la inscripción, como asimismo recuerda la citada S. y la de 18 de noviembre de 1955, a lo dispuesto en el artículo 40-d) de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDO que la obligación de abono de costas es, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal secuela o consecuencia legal de la infracción criminal jurisdiccionalmente declarada; sin que en ningún caso puedan (artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) imponerse a los procesados absueltos; por lo que procede declarar de oficio la parte correspondiente al procesado P. N. S.

VISTOS los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 23, 27 y su tabla, 28, 29, 30, 31, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 61, 63, 72, 78 y su tabla demostrativa, 90 y 91 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado P. N. S. del delito de estafa objeto de acusación y debemos condenar y condenamos: a) A la proce-

sada, como autor directo, dícese la procesada N. B. B., como autor directo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de simulación de contrato en perjuicio de tercero, a las penas de UN MES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR y MULTA DE SETECIENTAS MIL PESETAS.- b) Al procesado P. I. P., como autor por inducción, sin otras circunstancias modificativas que la de simple reincidencia, del mismo delito, a las penas de CUATRO MESES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR y MULTA DE SETECIENTAS MIL PESETAS; condenando que por vía de restitución a estar y pasar por la nulidad que declaramos de la escritura pública de supuesta venta otorgada entre don P. N. S. y la procesada doña N. B. B., así como a la cancelación, previos los oportunos trámites en ejecución de sentencia y previa anotación preventiva en su caso, de la inscripción registral practicada en virtud de dicha escritura pública; condenando por último a los procesados al pago cada uno de ellos de un tercio de las costas, declarando de oficio el otro tercio.

Las penas de arresto impuestas llevarán aparejada la accesoria de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante sus tiempos respectivos y las de multa llevarán aparejada una responsabilidad personal subsidiaria de dos meses de arresto caso de impago. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

103

103. HOMICIDIO. "Animus necandi". Muerte de hermanastra.
Ausencia de circunstancias agravantes. *Sentencia de 4 de Marzo de 1983.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que L. M. D., de 48 años de edad, sin antecedentes penales, de normal conducta informada, campesino, con instrucción mínima, sujeto de carácter agresivo y primitivo, antiguo alcohólico y torpe mental aunque conservando sus facultades de discernimiento y voluntad dentro de un grado normal, convivía en su domicilio sito en C/ L, n° 20 de M. con su hermanastra M. M. S., viuda, de 60 años de edad, a quien de antiguo el procesado atribuía la muerte de una hermana menor ocurrida veinte años antes y el día 30 de enero de 1982, sobre las 13.30 horas, viendo como la dicha M. M. se encaminaba a buscar leña a un predio vecino, concretamente "M." de S. M., finca rústica enclavada entre otras y próxima al camino del mismo nombre, salió asimismo el acusado y, tras tomar un vaso de vino, sobre las 13.50 llegó al mismo lugar preguntando a su hermanastra sobre la desaparición del domicilio de dos mil pesetas, lo que motivó una discusión entre los dos, que llevó al procesado a sacar de entre sus ropas un cuchillo de cocina con el que asestó un fuerte golpe a su oponente produciéndole una herida en la frente de dos centímetros de longitud y partiendo la hoja del arma; a continuación, cogió un listón de madera y repitió los golpes sobre todo el cuerpo de la víctima hasta dejarla caída sobre el borde de un aljibe y, finalmente, ya para acabar con la vida de la hermanastra, descargó un tablón de grandes dimensiones sobre su cabeza causándole hematoma subdural y fractura de cráneo que determinaron su fallecimiento.

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los

hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, concurriendo las agravantes 13 y 16 del art. 10, de despoblado y desprecio de sexo, por lo que solicitó contra aquél la pena de veinte años de reclusión menor accesorias legales e indemnización de 3.000.000 pesetas a los herederos de M. M. S. y costas.

RESULTANDO que la defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de homicidio, concurriendo la atenuante 1ª del art. 9º en relación a la eximente 1ª del 8º, impetrando la imposición de una pena de ocho años de prisión mayor, accesorias, costas e indemnización de 1.000.000 pts. a los herederos de M. M.

CONSIDERANDO que los hechos que se declaran probados integran un delito de homicidio del art. 407 del Código penal, caracterizado por la muerte de una persona por otra en forma voluntaria e intencional, cual se deduce no ya sólo de la propia confesión del autor (folio 13, 20 y 42 del sumario), sino, además, por la perfecta adecuación de los medios empleados (vid, sentencias 23 de enero 1980, 8 abril 1981, 6 mayo 1982) en relación causal de hecho-resultado.

CONSIDERANDO que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado L. M. D., autor material y voluntario de los hechos.

CONSIDERANDO que no es de apreciar la eximente incompleta de enajenación mental (1ª del 9º en relación con la 1ª del 8º) habida cuenta de la sanidad psíquica del acusado destacada por la pericial médica llevada a cabo tanto en el sumario como en juicio oral, apreciando solamente los facultativos una antigua "pancreatitis alcohólica" que produce "disminución de memoria de fijación, del rendimiento intelectual, respuestas extemporáneas, ligera susceptibilidad e impaciencia", lo que, notoriamente, no disminuye su discernimiento y voluntad como aquellos mismos afirman y, además, viene catalogado como "torpe mental" con la consiguiente secuela de su plena imputabilidad (cpr. sents. 25 marzo 1980 y 13 febrero 1981). Por otra parte, tampoco concurren las agravantes observadas por la Acusación, toda vez que la circunstancia de despoblado (13ª del art. 10), como signo de mayor temibilidad del delincuente que actúa en lugar solitario y alejado —lo que, además, queda en simple presunción— para procurar su seguridad, evitando el auxilio a la víctima (sents. 25 febrero 1970, 26 junio 1974), sólo puede operar cuando es el propio sujeto quien, entre sus posibilidades, elige el punto geográfico favorable o se aprovecha de él, no pues en el caso enjuiciado donde el homicida acude al lugar donde ya se halla faenando la que resulta luego su víctima y, tras discutir con ella, surgido entonces el ánimo "necandi", inició el desarrollo de la acción sin "contar" idealmente con —o ser influido por— la situación topográfica; dicho de otra forma, no se halla averado ni es presumible que, nacida la riña en el propio domicilio, el procesado no hubiera actuado como actuó. Tampoco el desprecio de sexo (art. 10 causa 16ª) resulta de especial aplicación. Esta circunstancia, concebida en su acepción literal como desprecio del respeto que por el sexo merece el ofendido, y de corta vigencia quizás ya, caso de ser aprobado el Proyecto de nuevo Código Penal que no la incluye como causa de agravación en su art. 28, viene fundada por nuestro Tribunal Supremo unas veces en la inferioridad física de la mujer (sents. 4 abril de 1974 y 6 mayo 1978) y otras en su preeminencia social y familiar (sents. 8 de marzo de 1973 y 18 mayo 1982), pero, con aparecer muy alejada de los principios que hoy rigen la comunidad social (norma interpretativa a tener en cuenta de acuerdo con el art. 3.I del Código civil) cuando la propia mujer demanda la plena equiparación y ésta se desarrolla ya gradualmente en leyes civiles, laborales y administrativas, resulta de muy dudosa constitucionalidad habida cuenta del art. 14 de la Norma Fundamental de 1978, lo que obliga hoy a una interpretación absolutamente restrictiva y siempre con carácter subjetivo, aplicándola (si así fuere obligado legislativamente) sólo en aquellos extremos casos en los que el sexo ha tenido decisiva influencia en la elección de la víctima y siempre y cuando no sea especial elemento del tipo penal, razones que llevan a su rechazo en el evento enjuiciado donde el sexo no determinó ni la ideación ni el desarrollo del delito.

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

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

FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado L. M. D. en concepto de autor responsable de un delito de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de DOCE AÑOS Y UN DIA de reclusión menor con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de M. M. S. la suma de un millón de pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

112

112. **CONTRABANDO.** (Ley Orgánica 7/1982 de 13 de Julio). Ausencia de conducta típica, cuando la tenencia de sustancias estupefacientes es para el propio consumo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO —y así expresamente se declara— que el procesado M. C. R., ciudadano argentino, mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por robo a una pena de tres meses de arresto mayor en sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos setenta y seis, fue detenido por la Policía el día veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, ocupándose en poder del mismo, entre otros efectos, seis comprimidos de la sustancia “Valium-10”, un gramo y medio de cocaína y ciento treinta y dos gramos de plantas de la sustancia “Cannabis”: productos que había adquirido para su propio consumo y cuyo valor total asciende a la suma de veintiuna mil doscientas quince pesetas y cuatro céntimos.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de contrabando del artículo 1º, número 3º, apartado 4º, de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, y designando autor del mismo, con la agravante de reiteración, al procesado, solicitó le impusiera una pena de cinco meses de arresto mayor, accesorias y costas.

RESULTANDO que en calificación igualmente elevada a definitiva la defensa del procesado estimó que éste no había cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados no son constitutivos del delito de contrabando del artículo primero, apartado cuarto, de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, objeto de acusación, ya que para que la posesión de drogas se halle inculpada es preciso que a la posesión se sobreañada el plus previsto en la regla primera del apartado tres del citado artículo: que la tenencia constituya delito, por lo que al ser reiterada la doctrina jurisprudencial comprendida entre las sentencias del T.S. de 6 y 13 de octu-

bre de 1973 y las de 25 de enero, 3 de febrero y 22 de marzo de 1982 en orden a que la tenencia no dirigida al tráfico, sino para consumo propio del poseedor, es un hecho no tipificado por la norma contenida en el artículo 344 del Código penal, es obvio que por aplicación de la misma tampoco puede ser el hecho de su posesión para autoconsumo integrante de la infracción de contrabando; por lo que procede dictar el pronunciamiento de libre absolución previsto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDO que procede consecuentemente declarar de oficio las costas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 de dicha Ley procesal.

VISTOS los artículos citados y: 1 y 23 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado M. C. R. del delito de contrabando objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas en este proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

123

123. USURPACION DE FUNCIONES. Ausencia de conducta típica, al no haber puesta en peligro del bien jurídicamente protegido. *Sentencia de 14 de Marzo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO —y así expresamente se declara— que en fechas no precisadas comprendidas entre los meses de marzo y julio de mil novecientos ochenta el procesado P. P. R., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, recibió en su domicilio sito en el número cinco de la calle S. A., del Polígono de la Victoria, de esta ciudad la visita de C. L. S. quien pretendía, por manifestar que carecía de dinero para acudir a un odontólogo, que el procesado le confeccionase una prótesis dentaria completa en sustitución de la que usaba que estaba inútil para su uso. El procesado, que es de profesión Policía municipal y que no se ha atribuido nunca la condición de odontólogo ni aun la de protésico dental y cuyo instrumental destinado a distintos usos artesanales se reducía a un rayoestato, una pieza de mano, un torno, dos espátulas de hierro y dos articuladores de distinto tamaño, accedió a la confección de la nueva prótesis y la entregó a la referida señora percibiendo la cantidad de treinta mil pesetas.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito del artículo 321 del Código penal y designando autor del mismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al procesado, solicitó se le impusiera una pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias y costas.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas la defensa del procesado estimó que el mismo no había cometido delito alguno y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta sentencia no son constitutivos del delito de intrusismo del artículo 321 del Código penal, objeto de acusación, ya que si bien es cierto que no resulta de recibo la argumentación de la defensa en orden a que en todo caso para la existencia del delito se requiera la nota de habitualidad o profesionalidad, en tanto una reiteradísima doctrina legal (SS., p. ej., de 6 de junio de 1972, 23 de diciembre de 1978 y 20 y 26 de febrero de 1981) viene parificando en cuanto a la invasión de la esfera profesional propia del odontólogo el ejercicio plural y continuado con el acto aislado siempre que éste sea específico, idóneo y característico de la profesión usurpada, lo que indudablemente ocurre, con arreglo a la Orden de 2 de enero de 1948 y artículo 2º de la Ley de 13 de noviembre de 1950, que imponen la dirección y encargo por parte del odontólogo para la realización de prótesis; no es menos cierto que tal doctrina ha de aplicarse, por el sentido restrictivo propio de toda norma penal (incluso constitucionalmente sancionado: art. 9 de la C.E.), únicamente a la realización de prótesis "ex novo", es decir, sustitutivas de los vacíos restantes a la pérdida de piezas dentarias naturales, pero no debe extenderse, si de actos aislados y no atributivos de profesionalidad se trata, a sustitución de prótesis anteriores inutilizadas por el uso — como en el caso ahora decidido—, ya que en tales supuestos se trata de acto simplemente material y en el que cabe hablar de continuación del encargo del técnico, al que se suplanta en la dirección de la realización de la prótesis, pues ésta se verifica según el modelo precedente; por lo que al ser este delito esencialmente doloso o con conocimiento de la actividad que se realiza sino además de la violación de los preceptos reguladores de la profesión que se ejecuta (S. de 20 de febrero de 1981), es obvio que en tales supuestos desaparece una antijuridicidad específica, ya que el bien protegido por el precepto no es, según cuida de advertir la jurisprudencia, la competencia ilícita, sino el peligro que para la colectividad supone (SS. de 1 de diciembre de 1970 y 28 de mayo de 1975, entre otras); por todo lo que, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, procede dictar el pronunciamiento de libre absolución previsto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

CONSIDERANDO que consecuentemente procede declarar de oficio las costas procesales de conformidad con la norma contenida en el artículo 240 de la citada Ley procesal.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general aplicación y: 1 y 23 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado P. P. R. del delito de usurpación de funciones objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas en este proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

174

174. ESTRAGOS. Concurrencia de los requisitos que configuran el delito; hundimiento de nave y dolo específico de venganza. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. El Tribunal rebaja la pena en dos grados, haciendo uso de la facultad que le confiere el propio

art. 554 del Código Penal. *Sentencia de 18 de Abril de 1983.* (2ª).

RESULTANDO PROBADO —y así expresamente se declara que el día veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y dos el procesado S. P. S., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado en sentencia de 3 de agosto de 1965 por delito de hurto y en la de 2 de abril de 1960 por dos delitos de hurto y una falta de daños, encontrándose en el Puerto de S. observe la barca llamada "M.", propiedad de J. L. R., fabricada en la Lista 3ª de la Comandancia de Palma y valorada en la cantidad de tres millones de pesetas, y por estar enemistado con su propietario a cuyo servicio trabajaba por adeudarle el mismo una suma de dinero a causa de salarios, sobre las veintidós horas del expresado día se dirigió a la embarcación, en la que procedió a desconectar la manguera que alimenta la refrigeración del motor para así facilitar la entrada de agua en la barca, saltando posteriormente a tierra y observando desde ella cómo la barca se hundía, originando el salvamento de la barca, dicese, originando el hundimiento de la barca unos desperfectos que, una vez efectuado el salvamento de la misma, se han valorado en la suma de ochocientos sesenta mil pesetas.

RESULTANDO que en conclusiones elevadas a definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de estragos del artículo 554 del Código Penal y designando autor del mismo, con la agravante de reincidencia, al procesado, solicitó se le impusiera la pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor, accesorias, indemnización al perjudicado en 860.000 pesetas y costas.

RESULTANDO que en conclusiones definitivas la defensa del procesado concordó la calificación del Ministerio Fiscal entendiendo que concurrían las circunstancias atenuantes 4ª, 8ª y 9ª del artículo 9 del Código Penal y solicitó la pena de seis meses y un día, accesorias, costas e indemnizaciones para su defendido.

CONSIDERANDO que los hechos narrados como probados son constitutivos del delito de estragos del artículo 554 del Código Penal, objeto de acusación, al existir el varamiento, dicese hundimiento o inmersión de nave y el dolo específico de venganza propio de esta clase de delitos; si bien dada la ausencia de peligrosidad del medio comisivo y las demás circunstancias concurrentes que se expresan en la narración fáctica sea procedente rebajar la pena asignada al "tipo" en dos grados en lugar de uno como en la calificación acusatoria.

CONSIDERANDO que del referido delito es responsable en concepto de autor directo del número 1º del artículo 14 del Código Penal el procesado S. P. S.

CONSIDERANDO que concurre en el procesado la agravante genérica de reincidencia simple del artículo 10-15ª del Código Penal.

CONSIDERANDO que la responsabilidad civil (artículos 19 y 101, 102, 103 y 104 del Código Penal) y la condena al pago de las costas (artículos 109 del Código Penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) son consecuencias legales necesarias de la infracción criminal jurisdiccionalmente declarada.

VISTOS los artículos citados: y 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 23, 27 y su tabla, 29, 30, 31, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 72 y 78 del Código Penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado S. P. S. como autor directo y responsable, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de simple reincidencia, de un delito de estragos, a una pena de **DOS AÑOS Y CUATRO MESES DE PRESIDIO MENOR**, con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión,

oficio y derecho de sufragio durante el referido tiempo; a que indemnice a don J. L. R. en la suma de ochocientas sesenta mil pesetas y, por ministerio de la ley, al pago de las costas causadas.

Abonamos al procesado para el cumplimiento de la pena impuesta la totalidad del tiempo de privación preventiva de libertad por esta causa y aprobamos, por su propios fundamentos y con la condición ordinaria de por ahora y sin perjuicio que el mismo contiene, el auto elevado en su día en consulta por el Instructor, declaratorio de la insolvencia del procesado. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).