

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

6-1983



Universidad de Palma de Mallorca

DIRECTOR

Gregorio Delgado del Río

CONSEJO DE DIRECCION

Javier Boix Reig

Luis Garau Juaneda

Manuel García Fernández

Juan Ramallo Massanet

CONSEJO DE REDACCION

Francisco Astarloa Villena

Manuel Atienza

José María Bricall Massip

Bartolomé Colom Pastor

Bartolomé Domenge Amer

Miguel A. Fernández López

José Ferrer Marcel

Gabriel Garcías Planas

Juan López Gayá

Román Piña Homs

Pablo Salvador Coderch

Francisco Samper Polo

Jaime Zurita y Sáenz de Navarrete

SECRETARIO

Miguel Dolz Roca

Correspondencia:

Facultad de Derecho.

Universidad de Palma de Mallorca

C/. Miguel de los Santos Oliver, 2

Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 1.000 pts.

Por suscripción. Número 700 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

6-1983



Universidad de Palma de Mallorca

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

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

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

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

Fotocomposición y montaje:

COMPOSICION BALEAR.
Jaime Durán, 1 - Palma

ISSN: 0212-0577

Depósito legal: P.M. 300/82

SUMARIO

ESTUDIOS

	Págs.
Eugenio Aguiló y Antonio Sastre <i>La estacionalidad del turismo en Baleares</i>	7
José Manuel Díaz Lema <i>Planes hidrológicos y planes de aprovechamiento de aguas públicas en el Derecho español y comparado</i>	23
Fernando Garrido Falla <i>Las peculiaridades de la organización institucional de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares</i>	57
Román Piña Homs <i>El Consell de la Franquesa</i>	71
Gregorio Robles <i>La decisión en el Derecho y la tónica jurídica</i>	101

NOTAS

Albert Calsamiglia <i>Notas sobre el realismo jurídico</i>	139
Guillem López i Casasnovas <i>Una contribució a l'estudi de la racionalització i millora d'eficiència i productivitat a l'anàlisi de l'activitat del Sector Públic</i>	149
Alejandro Menéndez Moreno <i>Principio de generalidad y poder tributario de las Comunidades Autónomas</i>	175

BIBLIOGRAFIA

Ivan C. Iban, <i>Derecho Canónico y ciencia jurídica</i> (Antonio Pérez Ramos)	189
Antonio Molina Meliá, <i>Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado</i> (Antonio Pérez Ramos)	190
Jorge de Esteban y Luis López Guerra, <i>Los partidos políticos en la España actual</i> (Joan Oliver Araujo)	190

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo Contencioso-administrativo	195
II. Sala de lo Civil	213
III. Salas 1ª y 2ª de lo Criminal	285

ESTUDIOS

LA ESTACIONALIDAD DEL TURISMO EN BALEARES ()*

EUGENIO AGUILÓ y ANTONIO SASTRE

*Profesores de Economía Política de la Facultad de Derecho
Universidad de Palma de Mallorca*

INTRODUCCION

El objeto de este trabajo es el análisis del fenómeno de la estacionalidad del turismo básicamente desde el punto de vista de su medición, sin olvidar algunos aspectos que son decisivos a la hora de calificar de modo negativo dicho fenómeno, cuya presencia en el caso concreto de las Baleares, al que se refiere este estudio, es de sobras conocida.

El hecho estacional no sólo tiene una amplia divulgación por sus efectos en el empleo, sino también por el estado de opinión que genera en relación a la acción política. Efectivamente, en el caso de Baleares el margen de maniobra que puede tener la actuación de la política turística en temporada alta es reducido, ya que los niveles alcanzados no permiten augurar significativos aumentos en el futuro, debiéndose limitar a una tarea de mantenimiento de unos niveles de calidad con una perspectiva más a largo plazo. Esta limitación en el margen de maniobra no quiere decir que esta tarea no sea crucial. En relación a la temporada baja, las acciones que cabe emprender para acceder a diferentes tipos de demandas potenciales son muy diversas, lo que amplía el abanico de posibilidades de la política turística básicamente de fomento y promoción para la obtención de unos resultados positivos a corto plazo, de más impacto y menos difusos que la política a largo plazo de sostenimiento de una demanda consolidada.

(*) Este artículo es una versión con las cifras actualizadas de otro que se publicará en la revista *Estudios Turísticos* (Primavera 1984).

El contenido de este artículo se divide en tres partes. En la primera, se observa la relación entre la estacionalidad y el paro en Baleares. En la segunda, se describen brevemente los índices a utilizar para la medición de la estacionalidad. Y finalmente, se aplican estos índices al turismo extranjero que llega a las islas por su tres aeropuertos.

ESTACIONALIDAD Y PARO

Aunque vamos a medir la estacionalidad por el lado de la demanda turística como resultado de la aplicación precisa del fenómeno estacional, parece conveniente al estudiar su relación con el desempleo, observar su incidencia sobre la oferta turística en cuanto generadora de puestos de trabajo. Simplemente a modo de ejemplo y limitando la oferta turística a la hotelera, el Cuadro 1 contiene información mensual de las plazas abiertas en los años 1975, 1977, 1980 y 1983. Al margen de las discrepancias entre las temporadas alta y baja que hacen que, por ejemplo, durante ésta última en Ibiza no existiera prácticamente oferta hotelera en 1980, se observa que la evolución en el periodo 1975-1983 resulta muy negativa. Menorca e Ibiza en 1983 ven que su oferta de plazas abiertas en los meses de invierno es una cuarta parte de la existente en 1975 aunque en el caso de Ibiza la situación ha mejorado algo en relación a 1980. Evidentemente, este proceso evolutivo no sólo se explica por un aumento de la estacionalidad, sino también por una mayor utilización de la capacidad hotelera existente en temporada baja, lo que se traduce en el hecho de que no es preciso mantener muchos hoteles abiertos ante una demanda tan reducida.

A pesar de esta disminución de la oferta real en determinadas épocas, esto no ha significado que se alcancen niveles de utilización excesivamente elevados. El Cuadro 2 es una prueba de lo que ha ocurrido en 1980 y 1983, los datos sólo se refieren a Mallorca, porque los relativos a las otras islas no son excesivamente fiables, a efectos de temporada baja. No obstante, la conclusión es que siendo Mallorca la isla que tiene un turismo más equilibrado temporalmente, la ocupación de sus plazas hoteleras totales sólo era en Diciembre de 1980 de un 16,5%, y en Enero de 1983 de un 16,6%. Como dato positivo observamos que en 1983 se da un mayor índice de ocupación de las plazas abiertas (52,9%) que en 1980 (un 45,4%), confirmándose lo que acabamos de decir al final del párrafo anterior. Efectivamente, hay menos plazas abiertas, pero las que hay tienen unos niveles de ocupación de su capacidad más satisfactorios.

CUADRO 1
 PORCENTAJE DE PLAZAS HOTELERAS ABIERTAS SOBRE LA OFERTA TOTAL POR ISLAS

	MALLORCA				MENORCA				IBIZA-FORMENTERA			
	1975	1977	1980	1983	1975	1977	1980	1983	1975	1977	1980	1983
Enero	52,1	45,2	41,0	31,3	32,4	10,1	9,7	7,0	19,5	9,0	3,7	5,1
Febrero	52,1	45,2	41,0	32,3	32,4	10,1	9,7	7,0	19,5	9,7	3,8	5,1
Marzo	53,2	46,8	43,8	33,1	97,5	75,9	12,8	9,2	93,0	12,9	5,2	8,5
Abril	98,51	97,3	76,7	73,4	100	96,4	51,2	47,1	100	98,3	48,6	52,6
Mayo	99,8	99,4	89,1	86,6	100	100	79,6	79,6	100	100	76,3	83,8
Junio	99,9	100	98,7	98	100	100	93,6	93,1	100	100	94,9	95,2
Julio	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Agosto	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Septiembre	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Octubre	99,8	93,5	78,6	76,6	94,7	95,2	63,7	61,1	97	97,4	52,1	55,9
Noviembre	51,8	45,2	38,8	30,5	32,4	12,7	9,7	6,8	19,5	11,8	3,7	4,7
Diciembre	51,8	45,2	38,5	28,6	32,4	10,1	9,7	6,8	19,5	9,0	3,7	4,7

Fuente: EL TURISMO EN LAS BALEARES. Conselleria d'Economia i Hisenda y Banca March, Guía de Hoteles y Conselleria de Turisme.

Toda esta realidad tiene consecuencias laborales evidentes, no sólo por el hecho de que en determinadas épocas una oferta hotelera reducida y una ocupación de esta oferta así mismo reducida provocan situaciones de paro, sino también porque se generan relaciones laborales poco de acuerdo con una legalidad que está planteada para sectores menos atípicos desde este punto de vista. Observando únicamente el aspecto del desempleo, las cifras de paro registrado del Cuadro 3 y el Gráfico 1 por trimestres en el sector servicios balear es suficientemente elocuente, tanto si hacemos una observación de corte transversal, como si lo que se pretende es observar la evolución temporal.

MEDIDAS DE LA ESTACIONALIDAD

Todas las personas que de una forma u otra están conectadas con el sector de turismo pueden apreciar con cierta facilidad las grandes tendencias de la estacionalidad, lo que les permite responder a preguntas

CUADRO 2

PORCENTAJE DE OCUPACION MENSUAL SOBRE EL TOTAL DE LA OFERTA HOTELERA EN MALLORCA 1980 Y 1983

	% de ocupación sobre plazas abiertas		Nº de plazas ocupadas		% ocupación sobre las plazas existentes	
	1980	1983	1980	1983	1980	1983
Enero	45,4	52,9	30.656	27.422	18,6	16,6
Febrero	51,2	63,6	34.573	33.979	21,0	20,5
Marzo	64,1	67,0	46.270	36.706	28,1	22,2
Abril	58,1	54,2	73.453	65.865	44,6	39,8
Mayo	59,5	70,9	87.358	115.057	53,1	69,5
Junio	65,7	85,0	106.821	137.938	64,8	83,3
Julio	83,5	89,3	135.762	147.812	83,5	89,3
Agosto	89,3	95,0	147.115	157.247	89,3	95,0
Septiembre	78,3	85,5	128.994	141.522	78,3	85,5
Octubre	63,3	68,6	81.963	86.942	49,7	52,5
Noviembre	51,2	61,0	32.794	30.788	19,9	18,6
Diciembre	42,7	59,4	27.122	28.147	16,5	17,0

Fuente: Encuesta del Fomento de Turismo, Cuadro 1 y elaboración propia.

CUADRO 3

PARO REGISTRADO EN BALEARES - SECTOR SERVICIOS

	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983
1º Trimestre	1.434	3.759	5.606	12.637	17.127	24.723	31.576	30.195	26.170
2º Trimestre	1.028	2.707	3.254	6.302	10.563	22.568	20.330	17.424	14.032
3º Trimestre	553	1.297	3.404	5.564	8.853	14.083	15.295	11.243	10.914
4º Trimestre	2.467	7.144	12.437	17.285	25.425	30.684	31.241	30.103	31.708

Fuente: INEM

tales como ¿Ha habido una estacionalidad mayor este año pasado o hace dos años? o ¿Son más estacionales los turistas ingleses o los franceses? Sin embargo, es necesario ir más allá y ofrecer una valoración concreta de la estacionalidad, no sólo porque puede ser útil para múltiples fines, sino también porque puede llegar a demostrar que incluso estas apreciaciones de carácter general son erróneas.

Resulta evidente que la estacionalidad puede contemplarse como un fenómeno de distribución desigual de una determinada variable (el número de turistas llegados) a través del tiempo, básicamente el año natural. Desde esta perspectiva, puede beneficiarse de la gran cantidad de trabajo acumulado para el análisis de las medidas de desigualdad en la distribución de la renta y de otras variables económicas relativas a la riqueza, como la propiedad industrial y agrícola, para solo citar dos casos.

Las medidas que utilizaremos son dos: el coeficiente de variación y el de Gini. El coeficiente de variación se expresa de la siguiente forma:

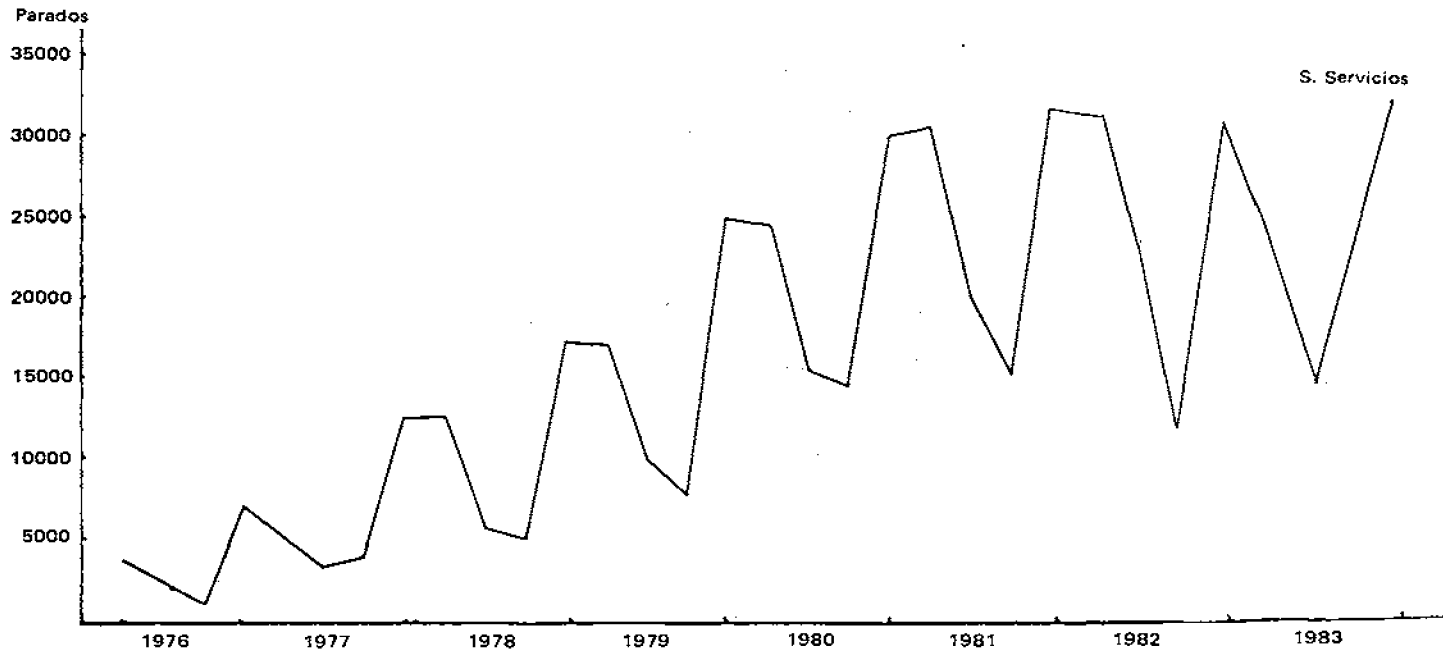
$$V = \frac{S}{\bar{Y}}$$

siendo S la desviación estandar y \bar{Y} la media. Es una medida que se basa en la varianza, ya que la desviación estandar S es su raíz cuadrada, por lo tanto mide las diferencias con respecto a la media. Debido a que la varianza depende del nivel medio de la variable que se está midiendo, el coeficiente de variación pretende eliminar esta influencia incorporando la media en el denominador.

El coeficiente de Gini cuya expresión es:

$$G = 1 + \frac{1}{N} - \frac{2}{N^2 Y} (Y_1 + 2Y_2 \dots NY_n)$$

GRAFICO 1
Paro registrado por sectores económicos



siendo N el número de observaciones e $Y_1, Y_2 \dots Y_n$ cada una de las observaciones en orden decreciente, tiene en cuenta las diferencias entre todos los pares de observaciones, en nuestro caso, entre todos los meses del año (1). El coeficiente de Gini está relacionado con la curva de Lorenz, que para la aplicación concreta al caso de Baleares se representarán más adelante en los Gráficos 3 y 5. Efectivamente, el coeficiente de Gini mide la relación entre el área que va desde la línea diagonal de perfecta igualdad a la curva de Lorenz y el área del triángulo que forma dicha diagonal y los ejes.

De las diversas formas de medir la desigualdad hemos elegido estas dos, porque cumplen los requisitos que se le exige a la propia distribución temporal del turismo. Ambas cumplen la llamada condición de Pigou - Dálton (2), de gran significación en el análisis de las relaciones entre la distribución de la renta y el bienestar. Esta condición en términos de turismo nos diría que la transferencia de turistas de un mes con mayor ocupación a otro en que ésta es menor, disminuye los coeficientes, es decir, la estacionalidad. Hechas las oportunas comprobaciones hemos visto que para las series turísticas los resultados comparativos que ambas ofrecen son similares. Por ello, para series largas hemos utilizado el coeficiente de variación por su sencillez en el cálculo y para aquellas más cortas y que presentaban un interés a efectos de representar la curva de Lorenz, hemos calculado el coeficiente de Gini.

UNA APLICACION AL CASO DE BALEARES

Como hemos señalado al principio, para el análisis de la estacionalidad de Baleares se utilizan los datos relativos a los turistas extranjeros entrados por los tres aeropuertos de Palma, Ibiza y Mahón. En primer lugar, se ha calculado el coeficiente de variación del período 1966 - 1983 (Véase Cuadro 4) para obtener una panorámica de la evolución del fenómeno estacional que se representa en la parte inferior del Gráfico 2. Como se puede observar, se distinguen claramente dos etapas, la primera caracterizada por una fuerte disminución de la estacionalidad hasta los años 1972 y 1973, y la segunda a partir de estos años, por un nuevo crecimiento estacional, si se exceptúan los años 1975 y 1976. Parece que

(1) El Instituto Español de Turismo en su reciente publicación trimestral *Coyuntura Turística* viene utilizando el coeficiente de Gini como medida de la estacionalidad, incorporando el dato mensual al coeficiente, lo que permite observar su evolución mes a mes.

(2) El estudio de esta condición lo lleva a cabo SEN en su obra *On Economic Inequality*. Oxford University Press 1973. Existe versión castellana de Editorial Crítica, 1979.

en estos dos últimos años, 1982 y 1983, se ha frenado la tasa de crecimiento, pudiéndose afirmar que prácticamente la estacionalidad no ha crecido. Esto podría hacer pensar que se ha logrado un cierto éxito en las recientes políticas de promoción del turismo en temporada baja. Sin embargo, el coeficiente 0,693 de 1983 es prácticamente igual al de 1969, es decir, que en estos últimos catorce años la estacionalidad ha sido inferior que en 1983.

CUADRO 4

EVOLUCION DE LA ESTACIONALIDAD EN BALEARES (1966 - 1983)

	COEFICIENTE DE VARIACION	Nº INDICE
1966	0,780	100
1967	0,782	100,2
1968	0,723	92,7
1969	0,697	89,4
1970	0,636	81,5
1971	0,550	70,5
1972	0,471	60,4
1973	0,470	60,3
1974	0,541	69,4
1975	0,621	79,6
1976	0,598	76,7
1977	0,586	75,1
1978	0,594	76,2
1979	0,602	77,2
1980	0,628	80,5
1981	0,681	87,3
1982	0,688	88,2
1983	0,693	88,9

El Cuadro 5 ofrece la evolución del número total de turistas extranjeros para el conjunto de cada año, que se representa en la parte superior del Gráfico 2. Existe una clara coincidencia en la primera etapa entre el crecimiento del turismo y la disminución de la estacionalidad, hasta que se llega al inicio de la crisis con tres años, 1974, 1975, 1976, de clara depresión y aumento de la estacionalidad. Parece evidente pues que el turismo ha alcanzado ya en este período tal grado de madurez que en

términos relativos se ve más afectado el turismo de temporada baja que el de temporada alta. Este último se ha convertido en un bien de primera necesidad, y, por lo tanto, menos sometido a las alteraciones de la renta disponible. Aunque parece claro que a nivel de tendencia el turismo crece a partir de 1976, con un bache cíclico en 1980 provocado por la segunda crisis del petróleo, no resulta tan evidente el hecho de que ahora el crecimiento vaya a ir acompañado de un aumento de la estacionalidad, al contrario de lo que ocurría en la primera etapa. Efectivamente, el aumento de la estacionalidad a partir de 1978 es bastante suave e incluso tiene un punto de inflexión en 1982, que puede trincar la tendencia al crecimiento. Efectivamente, en 1982 y 1983 la estacionalidad parece haber entrado en un período de estancamiento, tal como afirmábamos anteriormente.

También resulta muy interesante los resultados obtenidos para cada una de las islas. A partir del coeficiente de Gini calculado en el Cua-

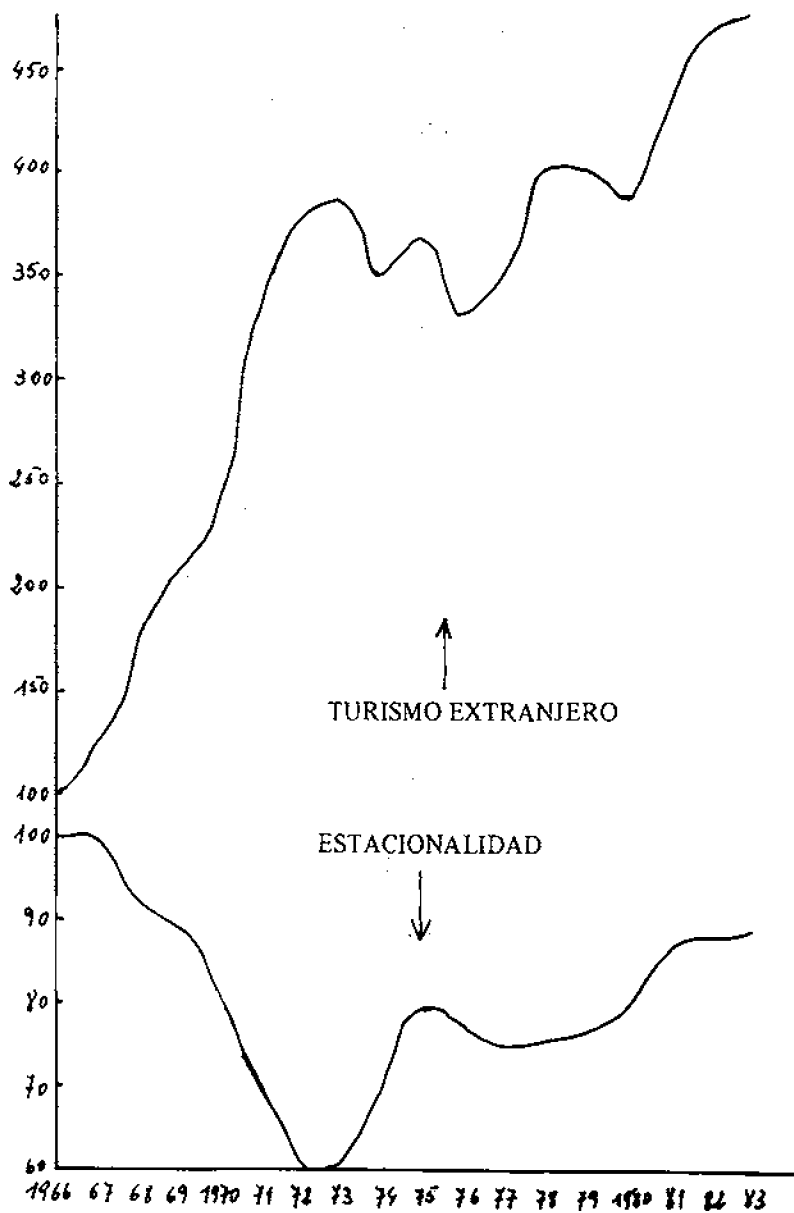
CUADRO 5

TURISTAS EXTRANJEROS ENTRADOS EN BALEARES POR SUS AEROPUERTOS (1966 - 1983)

	Nº DE TURISTAS	Nº DE INDICE
1966	907.175	100
1967	1.136.983	125,3
1968	1.543.187	170,1
1969	1.882.897	207,6
1970	2.178.622	240,2
1971	2.991.825	329,8
1972	3.434.596	378,6
1973	3.812.791	387,2
1974	3.167.506	349,2
1975	3.352.513	369,6
1976	3.003.541	331,1
1977	3.171.284	349,6
1978	3.660.168	403,5
1979	3.662.174	403,7
1980	3.523.078	388,4
1981	3.905.538	430,5
1982	4.272.996	471,0
1983	4.340.410	478,4

Fuente: Anuarios de Estadísticas de Turismo y elaboración propia.

GRAFICO 2

EVOLUCION DEL TURISMO EXTRANJERO
Y LA ESTACIONALIDAD EN BALEARES
1966 - 1983

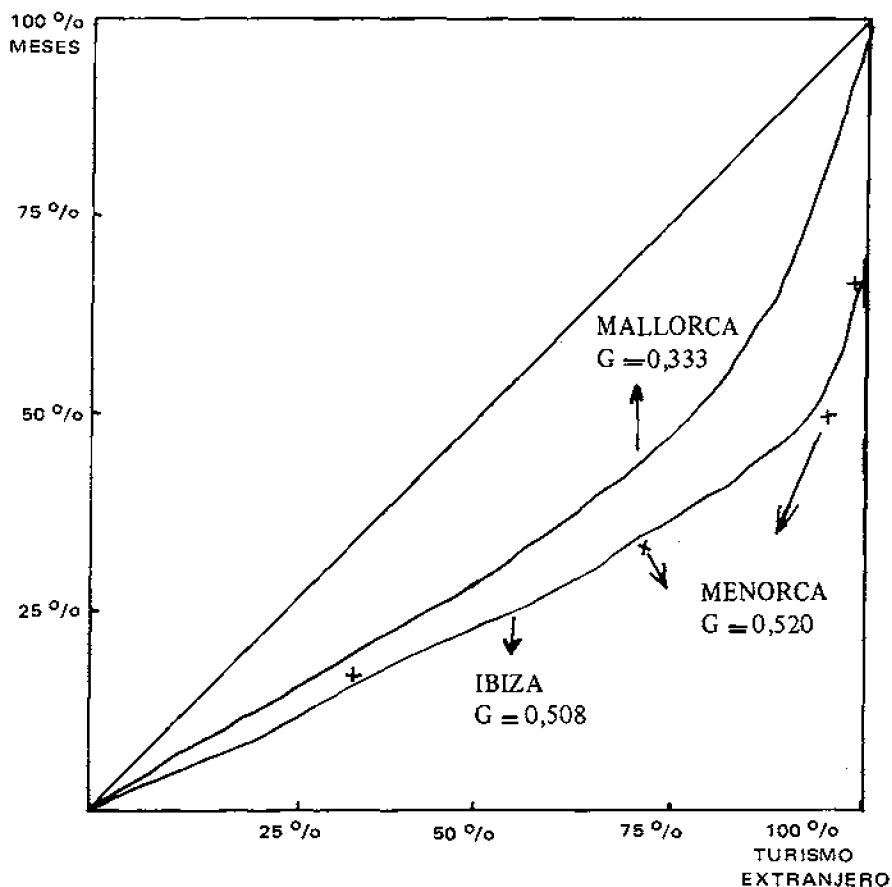
CUADRO 6

ESTACIONALIDAD EN BALEARES POR ISLAS (1982 - 1983)

	COEFICIENTE DE GINI	
	1982	1983
Aeropuerto de Palma	0,333	0,341
Aeropuerto de Ibiza	0,508	0,517
Aeropuerto de Mahón	0,520	0,529

GRAFICO 3

ESTACIONALIDAD DEL TURISMO POR ISLAS 1982



CUADRO 7

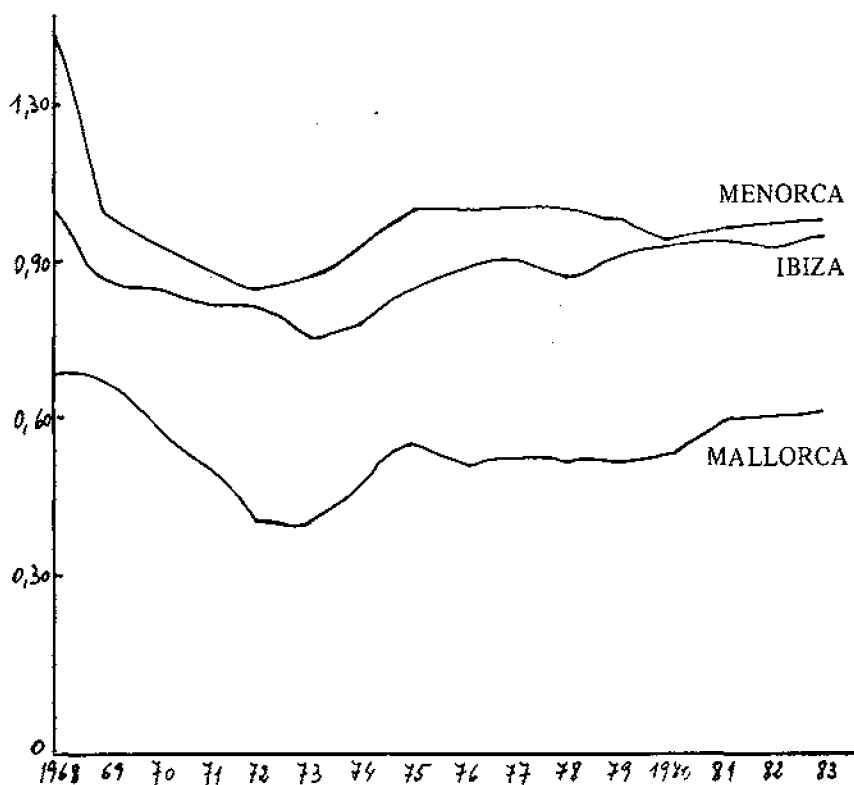
EVOLUCION DE LA ESTACIONALIDAD EN BALEARES POR ISLAS (1968 - 1983)

	COEFICIENTE DE VARIACION		
	AEROPUERTO DE PALMA	AEROPUERTO DE IBIZA	AEROPUERTO DE MAHON
1968	0,686	0,999	1,338
1969	0,666	0,871	1,044
1970	0,592	0,856	0,941
1971	0,496	0,824	0,889
1972	0,398	0,821	0,851
1973	0,400	0,752	0,871
1974	0,476	0,778	0,932
1975	0,554	0,854	1,027
1976	0,511	0,889	1,026
1977	0,518	0,911	1,043
1978	0,518	0,866	1,004
1979	0,505	0,919	0,977
1980	0,531	0,929	0,942
1981	0,598	0,934	0,974
1982	0,596	0,926	0,972
1983	0,609	0,946	0,983

dro 6, resulta muy evidente la distancia que separa a Mallorca de las otras dos islas, con datos de 1982 y 1983. El Gráfico 3 expresa los datos de 1982 en términos de la curva de Lorenz. No obstante, el Cuadro 7 y el Gráfico 4, referidos a la estacionalidad por islas durante el período de 1968 - 1983 mediante el cálculo del coeficiente de variación, muestran que la evolución no ha sido exactamente paralela. Este ligero aumento de la estacionalidad detectado en estos últimos años no ha sido seguido por Menorca, la cual ha visto como en términos absolutos su estacionalidad disminuía, aproximándose a la de Ibiza. Finalmente, es interesante observar, a partir del mismo gráfico 3, que la curva de Lorenz de Menorca (sólo representada por cuatro cruces dada su proximidad con la de Ibiza) cortaría en dos puntos a la de Ibiza. El primer corte más próximo al origen se explicaría por el hecho de que, si bien Menorca tiene en conjunto una mayor estacionalidad que Ibiza, los dos meses de mayor turismo no tienen tanta importancia relativa en Menorca como en Ibiza. Pero si tenemos en cuenta los cuatro meses más fuertes, Menorca ya acumula un porcentaje mayor, es decir, hay más estacionalidad que en Ibiza.

GRAFICO 4

ESTACIONALIDAD DEL TURISMO POR ISLAS 1968 - 1983



Finalmente, en cuanto a la estacionalidad por países, el Cuadro 8 recoge el Coeficiente de Gini para las nacionalidades que superaban el número de 40.000 turistas llegados a nuestros aeropuertos en 1982. El resto de nacionalidades salvo los austriacos están lejos de esta cifra. Existe un primer grupo muy numeroso con una estacionalidad muy elevada, en el que destacan suecos e irlandeses, y otro grupo con una situación relativamente mucho más equilibrada. Nos referismo a alemanes, daneses y franceses, aunque estos últimos sobresalen claramente. El Gráfico 5 representa la curva de Lorenz de dos casos extremos referidos al año 1982, como son franceses y suecos. En este sentido, el turismo francés se ha visto favorecido en estos últimos años por los amplios programas de vacaciones para la tercera edad desarrollados en temporada baja.

En cuanto a las diferencias existentes entre el año 1982 y 1983 de la estacionalidad por nacionalidades, caben reseñar ciertas modificaciones en el contexto de la tónica al freno en el crecimiento de la estacionalidad desde 1982, tal como hemos visto a lo largo de este artículo. Efectivamente, el mismo Cuadro 8 permite observar que el turismo francés ha visto aumentar su estacionalidad, por lo que tiene que compartir la cabeza del turismo mejor distribuido temporalmente con los daneses. Lo mismo les ha ocurrido a los irlandeses, holandeses y noruegos. Por el contrario, el contrapeso favorable lo ejercen básicamente los turistas ingleses, cuyo coeficiente de Gini ha disminuido fuertemente. La razón de ello se detecta observando los datos mensuales, que muestran significativos incrementos en los meses de Septiembre y Junio frente a los de Julio y Agosto, debido según parece a una estructura de precios de los paquetes favorables a una mejor distribución en la temporada alta. Por lo tanto, esta mejora del turismo inglés no se manifiesta, como así quisiéramos, en una distribución temporada alta-temporada baja más igualitaria.

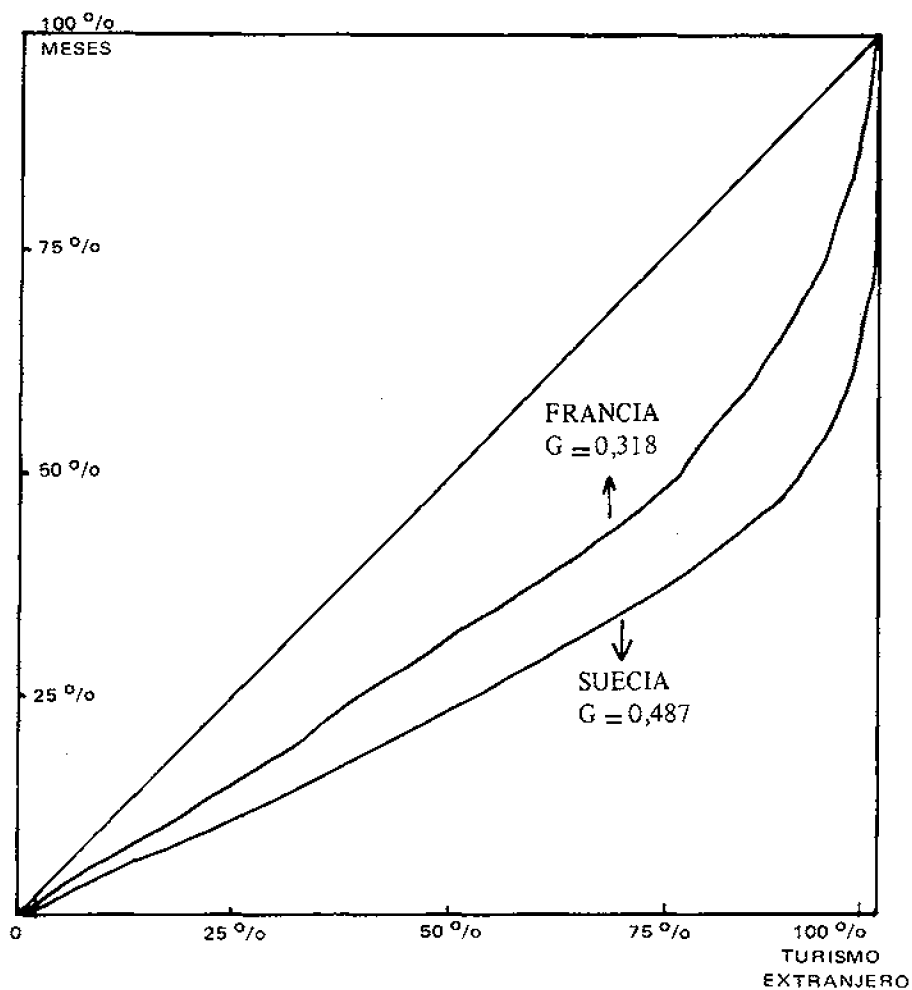
CUADRO 8

ESTACIONALIDAD POR NACIONALIDADES EN EL CONJUNTO DE BALEARES (1982 y 1983)

NACIONALIDADES	COEFICIENTE DE GINI	
	1982	1983
Alemanes	0,373	0,380
Belgas	0,470	0,473
Daneses	0,360	0,346
Franceses	0,318	0,349
Holandeses	0,453	0,484
Irlandeses	0,502	0,544
Noruegos	0,465	0,496
Ingleses	0,449	0,386
Suecos	0,487	0,475
Suizos	0,467	0,438

GRAFICO 5

DOS CASOS EXTREMOS DE ESTACIONALIDAD.
FRANCESES Y SUECOS 1982



PLANES HIDROLOGICOS Y PLANES DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO ()*

JOSE MANUEL DIAZ LEMA

*Profesor adjunto contratado de Derecho administrativo
Universidad autónoma de Madrid*

A. INTRODUCCION

La planificación del agua, parte importante de la ordenación del territorio y medio ambiente, está de actualidad en el Derecho español por dos razones: una, la necesidad de adaptar a las situaciones presentes la vieja Ley de Aguas de 1879, usando los medios jurídicos pertinentes para ello entre los que la planificación ocupa un puesto destacado; la otra hace referencia a la distribución de competencias entre la Administración central y las Comunidades autónomas en materia de aprovechamientos hidráulicos impuesta en los artículos 148 y 149 de la Constitución, y recogida ya en varios Estatutos de Autonomía.

En la doctrina iuspublicista, sin embargo, el tema de la planificación del agua es una constante en las dos últimas décadas. Martín-Retortillo (S.), sobre todo, ha defendido de manera insistente la planificación de los aprovechamientos de las aguas, llegando a decir que éste

(*) El presente trabajo constituye el texto de una comunicación presentada al I Congreso nacional de Derecho de Aguas, celebrado en Murcia en mayo de 1982. La puesta al día se incluye como "Addenda" al trabajo originario.

es "el punto más necesitado de reformas de la Ley de Aguas" (1), Ley que se basa, como es sabido, en el sistema de concesión individualizada y en el orden de preferencias establecido en el artículo 160. Puede decirse, por tanto, que la idea de la planificación del agua está firmemente asentada en el panorama jurídico-público español (2).

No obstante lo anteriormente dicho, la formulación concreta de lo que signifique la referida planificación no es uniforme. Para demostrarlo, basta con traer a colación por una parte el Decreto de 7 de Diciembre de 1979 (Ar. 117 de 1980) que regula la planificación hidrológica, y por otra la Sentencia de 29 de febrero de 1980 (Ar. 634).

El Decreto sobre planificación hidrológica establece en su art. 2 que estos planes incluirán el inventario de recursos hidráulicos con las disponibilidades actuales y futuras, las previsiones para su utilización en el momento de redactarse, así como la evolución previsible de las demandas, la ordenación de los recursos para satisfacerlas... (3). Es decir, se trata de un estudio de las disponibilidades y de las demandas de agua en el momento en que el plan se dicta, y de una previsión de ambas a largo plazo, que constituye el objeto propiamente dicho de la planificación.

Por el contrario, el llamado "plan integral de aprovechamiento" analizado en la sentencia de 29 de febrero de 1980 no tiene nada en común con los planes hidrológicos mencionados. Este plan de aprovechamiento "regulaba el uso de las aguas del río Guadalupe con sus afluentes y el río Regallo, reservándose dichas aguas a los regadíos ya existentes y a los futuros que el propio Plan preveía" (Considerando 1º de la sentencia). Este segundo tipo de plan o plan de aprovechamiento ordena

(1) Ver Martín-Retortillo, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en "Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos", Madrid, 1966, p. 181. Del mismo, *Consideraciones sobre los aprovechamientos múltiples de aguas públicas*, en "Aguas públicas... cit.", p. 229. Y más recientemente, en "Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos", Caracas, 1976, pp. 48 s.

En el mismo sentido, ver Álvarez Rico, M., *Las concesiones de aguas públicas superficiales*, Madrid, 1970, p. 241. Y Ministerio de Obras públicas, *Esquema del Derecho de aguas español*, Madrid, 1975, p. 25, que cita la planificación entre las grandes líneas que en todo caso han de estar presentes en la modificación de la Ley de Aguas de 1879.

(2) Lo mismo ha de afirmarse de otros Ordenamientos, como el alemán, francés, inglés, a los que nos referiremos a lo largo de estas páginas, en particular el alemán.

(3) En términos muy similares define el art. 16 del anteproyecto de Ley de Aguas el plan hidrológico. De hecho, esto viene a significar una modificación sustancial de la Ley de Aguas por un camino improcedente: por vía reglamentaria. Repetidamente tendremos ocasión de ver normas similares que recogen disposiciones del anteproyecto citado.

y define los usos consuntivos del agua, algo que en los planes hidrológicos del Decreto de 1979 no aparece formulado.

A continuación, vamos a ahondar en las diferencias que, al menos inicialmente, parecen separar ambos tipos de planes. Para ello, será de sumo interés el análisis del Derecho positivo español anterior al Decreto de Planes hidrológicos de 1979, así como del Derecho Comparado, particularmente el alemán.

B. LA DICOTOMIA PLANES HIDROLOGICOS-PLANES DE APROVECHAMIENTO

1. *¿Qué es un plan hidrológico? Sus elementos*

Es cierto que el Decreto de 7 de diciembre de 1979 extiende la planificación hidrológica a todo el territorio nacional, según dispone su art. 1 (4). Antes de esa fecha, sin embargo, con los mismos términos u otros similares, y para zonas determinadas, se habían dictado planes hidrológicos. Entre ellos cabe citar el "Plan General hidrológico del Bajo Ebro", cuya formulación ordenaba la Orden de 28 de agosto de 1970 (5); la Ley de 30 de junio de 1969 (Ar. 1218), cuyo art. 1 preveía la formación de un "estudio regional de recursos hidráulicos totales" para las Islas Baleares, "que ha de servir de base a la adopción de medidas encaminadas a su utilización óptima para hacer frente a la demanda actual y futura de los diferentes usos consuntivos del agua". Dicho estudio regional ha sido aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1973 (Ar. 124 de 1974), y tal como preveía la Ley de 1969 el "estudio regional" sirvió de fundamento a las normas para la ejecución de nuevos alumbramientos y la ampliación de los existentes (art. 4 y 6 del Decreto).

Con posterioridad al Decreto de 7 de diciembre de 1979, la Ley de 3 de marzo de 1980 (Ar. 541), sobre actuaciones urgentes en la provincia de Almería, contempla en el art. 3 la "redacción del Plan hidrológico integral de la provincia de Almería comprensivo de los aspectos siguien-

(4) Aunque el Decreto de 1979 citado no lo especifica, el marco territorial de los planes hidrológicos es el de las Confederaciones hidrográficas. Así, en aplicación de este Decreto, las distintas Confederaciones han elaborado sus correspondientes planes siguiendo las instrucciones de un denominado "Documento de trabajo. Planes hidrológicos", aprobado por el MOPU en mayo de 1981. Sobre esto, ver *infra* p. 29 ss.

(5) Citado por Bermejo Vera, J., *Aspectos jurídico-formales del trasvase del Ebro*, en Martín-Retortillos, S. (y otros), *Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro*, Zaragoza, 1975, p. 55.

tes: a) evaluación de los recursos de aguas superficiales; b) evaluación de los recursos de aguas subterráneas; c) inventario de usos actuales; d) propuesta de programa de actuación con definición de las obras necesarias para la regulación y explotación integral de los recursos y acciones aconsejables, dentro y fuera de la cuenca sudoriental, para la mejora de la regulación natural y lucha contra la erosión; e) plan de infraestructura sanitaria y reutilización de las aguas de vertido para abastecimiento de la demanda agrícola”.

Un Decreto posterior de 26 de septiembre de 1980 levantaba la prohibición de alumbramiento en la zona del Bajo Andarax (Almería), al tiempo que preveía un procedimiento especial para los nuevos aprovechamientos “hasta que entren en vigor las medidas que se establezcan en el Plan hidrológico integral” (art. 2), anteriormente citado.

Toda esta normativa confirma el punto de vista inicial acerca del carácter de los planes hidrológicos: se trata de un inventario de los usos actuales del agua, junto con la previsión de disponibilidades y demandas futuras. Por otra parte, es constante la alusión a medidas administrativas que tienen su origen en el plan hidrológico (6). Tales medidas plantean dos cuestiones: 1ª ¿cuáles pueden ser éstas?; y 2ª si se integran o no en el plan hidrológico propiamente dicho.

La Ley de 3 de marzo de 1980 que prevé la redacción del Plan hidrológico de Almería se refiere, como hemos visto, a un programa de actuación con definición de las obras necesarias para la regulación y explotación integral de los recursos, y a continuación incluye en el plan hidrológico un plan de infraestructura sanitaria y reutilización de las aguas de vertido. Se trata, pues, de la programación de determinadas obras hidráulicas, necesarias para alcanzar los objetivos del Plan: adecuación futura de la oferta y la demanda de agua (7).

También la Ley de 30 de junio de 1969 (Plan hidrológico de las Baleares) aludía a unas medidas que se adoptarían como consecuencia del

(6) Ver el Decreto de 21 de diciembre de 1973, el de 26 de septiembre de 1980 y el mismo Decreto de planificación hidrológica de 7 de diciembre de 1979 (“... y señalarán las medidas administrativas necesarias para su desarrollo”, art. 2).

(7) Explícitamente, el “Documento de trabajo. Planes hidrológicos”, cit. en nota 4 dedica el anexo 6 a las “Acciones que comprende el plan”, entre las que enumera como posibles: obras hidráulicas, trasvase entre cuencas, etc. Se tiende, por tanto, a integrar los programas de obras hidráulicas en los planes hidrológicos: En el mismo sentido, el anteproyecto de la Ley de Aguas, art. 21. Sin perjuicio de que se incorporen también al Plan general de Obras Públicas.

Plan. Y, en efecto, el Decreto de 21 de diciembre de 1973 citado contiene normas específicas sobre autorizaciones para la ejecución de nuevos alumbramientos y la ampliación de los existentes (arts. 4 y 6). En este segundo caso, se trata de regulaciones especiales de los usos del agua con efecto directo e inmediato sobre los particulares, que vienen motivadas por las conclusiones del plan hidrológico correspondiente.

Programas de obras hidráulicas y reglamentos especiales sobre usos o aprovechamientos de las aguas forman parte de los planes hidrológicos, al menos desde un punto de vista formal (9).

A continuación debemos plantearnos si estos varios elementos que componen el plan hidrológico tienen objetiva y materialmente una unidad interna y despliegan unos mismos efectos jurídicos o, por el contrario, se trata de actos con una finalidad determinada en el futuro, pero cuya eficacia jurídica es dispar. Los que hemos denominado reglamentos especiales sobre usos o aprovechamientos de las aguas no se distinguen en nada de otras normas reglamentarias: fijan situaciones jurídicas, derechos y deberes de la administración y los particulares. El Decreto de 21 de diciembre de 1973 por ejemplo prevé con todo detalle el régimen de las autorizaciones de nuevos alumbramientos.

En cuanto al programa de obras hidráulicas contenido en un plan hidrológico no tiene, por supuesto, eficacia alguna respecto a los particulares. Su valor se reduce a ser un estudio interno de la Administración, ni siquiera puede considerarse como una instrucción de servicio. Como veremos más tarde, no puede afirmarse lo mismo de lo que constituye el núcleo del plan hidrológico: previsión de disponibilidades y demandas de agua (10). No genera, desde luego, derechos o deberes de los particulares, como es el caso de los reglamentos especiales. Pero, por otra parte, la Administración está obligada a respetar estos planes hidrológicos, al menos cuando dicta planes de aprovechamiento. Sobre esto volveremos más adelante.

(8) El mismo "Documento de trabajo..." citado en nota 4 trata en el anexo 6 también las "medidas legales y administrativas a adoptar".

(9) El art. 23 del anteproyecto de Ley de Aguas dice: "Los planes hidrológicos señalarán también las medidas administrativas necesarias para su desarrollo". Expresión recogida en el Decreto de planificación hidrológica de 9 de diciembre de 1979, art. 2,1. La integración en los planes hidrológicos de los elementos citados en el texto es, pues, evidente.

(10) Esta previsión se hace a corto y a largo plazo. En el "Documento de trabajo" citado en nota 4, el 1º es 1990 y el 2º 2010. Uno de los proyectos de planes hidrológicos que he podido consultar —el de la cuenca del Segura— fija, no obstante, un horizonte temporal más reducido: el año 2000.

En conclusión, puede afirmarse que los planes hidrológicos en el actual Derecho positivo español presentan un contenido heterogéneo, con una eficacia jurídica dispar, integrándose en dichos planes tanto reglamentos administrativos como programas de obras públicas (obras hidráulicas). Estos, aunque funcionalmente tengan una unidad, han de ser distinguidos desde un punto de vista jurídico de lo que constituye el núcleo del plan hidrológico: previsión de disponibilidades y demandas de agua.

En una breve referencia al Derecho Comparado podemos señalar:

a) El Derecho inglés. La Water Act de 1973 prevé la formulación de "planes de desarrollo hídrico" con una vigencia de 20 años. Estos planes comprenden un inventario de los recursos presentes, la estimación de la demanda futura de agua, así como las intervenciones para asegurar su disponibilidad. Cada siete años deben ser revisados estos planes, según las previsiones de la Ley (11).

b) El Derecho alemán. La planificación hidrológica aparece regulada por primera vez en el Derecho alemán en el art. 36 de la Wasserhaushaltsgesetz de 27-7-1957, modificada por Ley de 16 de octubre de 1976, aunque en este punto se mantuvo la redacción originaria. La Ley denomina a estos planes "Wasserwirtschaftliche Rahmempläne", no dejando lugar a dudas sobre su verdadera finalidad al decir que tratan de asegurar los necesarios recursos de agua para el desarrollo de la economía y de la vida en general (12). Deben tener en cuenta los recursos de agua disponibles, las exigencias de protección contra las crecidas y el mantenimiento de la limpieza de las aguas.

2. Los planes de aprovechamiento en el Derecho español. Su aplicación a los regadíos. Competencias

La sentencia de 29 de enero de 1980 comentada anteriormente definía el Plan de aprovechamiento como la regulación del uso de las aguas, comprendiendo tanto la fijación de uno a varios usos aplicables a un determinado caudal de agua (riegos, aprovechamiento hidroeléctrico, etc.), como la ordenación de los futuros aprovechamientos o concesiones (13).

(11) Ver Bonomi, C., *I modelli organizzativi per la gestione della politica delle acque in Gran Bretagna*, Riv. trim. Dir. publico, 1977. T. IV, p. 1.760.

(12) Art. 36,1: "Um die für die Entwicklung der Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse notwendigen wasserwirtschaftlichen Voraussetzungen zu sichern".

(13) A este segundo aspecto de la planificación del agua, o plan de aprovechamiento, se refiere precisamente la doctrina que se ha ocupado de este tema en el Derecho español. Ver nota 1.

Es cierto que en la Ley de Aguas de 1879 no existe el menor indicio de esta figura jurídica. Lo es también que un uso racional de las aguas exige hoy su planificación. Pero ya no sería exacto afirmar que para la Administración española de las aguas el plan de aprovechamiento sea un gran desconocido. Ni mucho menos. Al margen de la Ley de Aguas, y creo que en parte en contradicción con ella, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) ha dictado planes de aprovechamiento que no siempre han tenido acceso al BOE (14).

Similar al Plan de aprovechamiento integral del río Guadalope y sus afluentes, en las provincias de Teruel, Castellón y Zaragoza, dictado en 1971 (ver Considerando 3º de la sentencia citada de 29 de febrero de 1980), es el Plan de aprovechamiento del río Segura, al que no dudo en calificar de modélico en su género, aprobado por Orden de 25 de abril de 1953 (Ar. 588). En efecto, el Decreto de 25 de abril de 1953 (Ar. 578) autorizaba en su art. 1 al Ministro de Obras Públicas "para ordenar los aprovechamientos de riego en la cuenca del río Segura con las aguas reguladas por los pantanos construídos y en construcción por el Estado, procedentes de este río y de sus afluentes...". La Orden de ejecución, que contiene el Plan de aprovechamiento, parte en su art. 1 del cálculo de aguas disponibles que se cifra en 533 millones de metros cúbicos. A continuación, el art. 2 precisa la superficie regada, y el art. 3 la dotación media anual necesaria para los distintos cultivos. La consecuencia es que existe un sobrante de regulación media anual de 163 millones de metros cúbicos, que el Plan distribuye entre las distintas zonas de la cuenca (Alta, Media, Baja) para la concesión de nuevos aprovechamientos para regadíos. El art. 5 ordena los regadíos, estableciendo las superficies y los volúmenes de agua correspondientes a cada una de las zonas.

Con la misma finalidad del aprovechamiento para riego conoce el Derecho español en la actualidad los llamados "Planes generales de transformación de zonas regables", previstos en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, art. 94 y ss. (15). La competencia para dictarlos reside en el Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministerios de Agricultura y MOPU (16). Corolario del Plan general citado es el plan coordina-

(14) Como sucede en el caso del propio plan del río Guadalope, objeto de la sentencia comentada en el texto, que no ha sido publicado. Ver infra p. 14.

(15) Las disposiciones de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sobre estos planes son una refundición de la Ley de 21 de abril de 1949, sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables.

(16) "Con la finalidad de coordinar las actuaciones de los Ministerios de Obras públicas y Urbanismo y de Agricultura en materia de transformación y mejora en regadíos", la Orden de 28 de abril de 1978 (Ar. 1.071) creó una Comisión interministerial compuesta

do de obras (art. 103 ss. de la Ley citada), en el que se relacionan las obras que van a ser ejecutadas por cada uno de los Ministerios antedichos (17). Es preciso, por lo demás, advertir que la competencia del MOPU en estos planes no deriva tan sólo de la programación y ejecución de determinadas obras hidráulicas (como parece dar a entender la Orden citada en nota 16: "dominadas por obras hidráulicas construidas..."), sino, ante todo, de su competencia en materia de aguas (18).

Pero si las aguas proceden de caudales subterráneos alumbrados por el IRYDA, sean precisas o no obras hidráulicas (normalmente lo son), la elaboración y la ejecución del plan de aprovechamiento reside únicamente en este Instituto, sin participación alguna del MOPU, si bien la aprobación del plan compete como en los anteriores al Consejo de Ministros.

En dos supuestos relativamente recientes se puede constatar lo afirmado. El Decreto de 24 de julio de 1980 (Ar. 2249), que aprobó la 1ª fase del plan general de transformación de la zona regable con aguas subterráneas de El Serral de Yecla, contiene en su art. 4 una disposición "explicativa" de por qué es competencia de Agricultura la ejecución de este plan general: "Las obras necesarias para la puesta en riego y transformación de la zona que se enumeran en el art. anterior son de la competencia del Ministerio de Agricultura, por tratarse de aguas alumbradas

por funcionarios de ambos Ministerios. Entre sus competencias conviene destacar aquí la prevista en su art. 3, b): "La propuesta a los Ministros de Obras públicas y Urbanismo y de Agricultura de Decretos que acuerden la transformación de zonas regables (dominadas por obras hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado)".

(17) Ver varias Ordenes de Presidencia con fecha 26 de diciembre de 1977 (Ar. 301, 302, 303, 304 de 1978), por las que se aprueban distintos planes coordinados de obras. Y con fecha 15 de febrero de 1978, las Ordenes publicadas en Aranzadi con los números 559, 560, 561 del mismo año.

(18) Competencia ésta que, contra lo que comúnmente se dice, es ejercida conjuntamente con el Ministerio de Agricultura no sólo a la hora de proponer planes de riego (como lo demuestran los "Planes generales de transformación de zonas regables" de la LRYDA), sino en el mismo otorgamiento de concesiones para regadíos reguladas y previstas en un plan de aprovechamiento anterior, por lo menos en algún caso. Sirva de ejemplo la Orden de 19 de junio de 1978 (AR. 1.353), que dicta normas para la transformación en regadío por la iniciativa privada de 17.250 hectáreas del Bajo Guadalquivir. En este caso las obras hidráulicas necesarias para el riego serán ejecutadas por los particulares (no existe plan coordinado), propietarios de las fincas situadas en la margen izquierda del Canal, que resulten adjudicatarios del concurso convocado al efecto. Pues bien, tanto la convocatoria del concurso y la aprobación del pliego de condiciones, como la resolución del mismo, "se hará por ambos Ministerios conjuntamente", como dice el art. 4 de la referida Orden ministerial. No se me escapa el carácter "heterodoxo" de esta Orden, que pone en entredicho la autoridad del MOPU en la concesión de aprovechamientos.

por el IRYDA, sin que sea precisa la intervención del MOPU, bastando que se redacte el correspondiente plan de mejoras territoriales y obras por dicho Instituto, conforme a lo previsto en el apartado 4 del art. 103 de la LRYDA y sometiéndose el referido plan a la aprobación del Ministerio de Agricultura" (19).

En efecto, el art. 103-4 de la LRYDA contempla tres supuestos en los que la transformación de la zona regable se lleva a cabo por el IRYDA: cuando las aguas son propias del Instituto, o concedidas a éste, o en cualquier otro en que no sea precisa la intervención del MOP. ¿Cuál de éstos sirve de fundamento a los Decretos anteriormente tratados? No existe, desde luego, una concesión del MOPU al IRYDA (20); más bien se trata de "aguas propias" del IRYDA, alumbradas por éste y en consecuencia de su propiedad. Bien entendido que cuando el art. 103-4 habla de "aguas propias" se está refiriendo a aguas "de propiedad privada" de este Instituto, sometidas al régimen del Código civil (21).

He aquí como el art. 103-4 de la LRYDA, permitiendo la calificación como "propias" de aguas alumbradas con fines de riego por el Instituto, atribuye de hecho una competencia a éste tanto para planificar estos aprovechamientos como en definitiva para otorgar las concesiones singulares. Naturalmente, esta construcción es ficticia, porque es obvio el carácter "público" de aguas alumbradas por el Estado con fines de

(19) Sin esta justificación, aunque en idéntico sentido, el Decreto de 10 de febrero de 1978 (Ar. 554), que aprobó el plan general de transformación de la zona regable de El Simarro. Art. 4: el plan de obras y mejoras habrá de ser aprobado por Orden del Ministerio de Agricultura.

El anexo justificativo de este Decreto contiene los datos esenciales del plan: superficie a regar, recursos hidráulicos (caudales subterráneos alumbrados: 400 litros/segundo. "Se espera obtener los otros 310 litros/segundo necesarios para el total de la superficie de riego, mediante nuevos sondeos"), orientación productiva, etc.

(20) Las concesiones de aguas entre Ministerios se hallaban reguladas en el Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, art. 21. En nuestra mentalidad jurídica actual la existencia de relaciones jurídicas entre órganos administrativos de una misma Administración es un despropósito. En su lugar, se ha creado la figura de la "mutación demanial" (LPE), para estos casos en que el objeto es un bien de dominio público. Sobre esto, ver Martín-Retortillo L., *Necesidad de una Ley para ordenar el trasvase*, en "Aspectos jurídicos del trasvase del Ebro", cit. p. 161.

Es de destacar, sin embargo, como la LRYDA, que es de 1973, recoge sin ningún empacho esta figura. Por otra parte, cabe preguntarse qué sentido tendrá una "mutación demanial" sobre un determinado caudal de aguas públicas. Aquí parece quebrar la concepción actual sobre el dominio público, trasladado del dominio privado del Código civil.

(21) En este extremo, la LRYDA recoge el art. 3 del Decreto de 5 de febrero de 1954, que se cita a continuación en nota 22: "Las aguas alumbradas serán propiedad del Instituto nacional de Colonización..."

riego, previa la correspondiente expropiación forzosa de los terrenos (22).

Del análisis anterior conviene extraer algunas conclusiones que nos serán de utilidad en el resto de la exposición:

1ª. El Derecho español conoce la figura del plan de aprovechamiento de aguas públicas desde hace décadas (el del río Segura es de 1953, los planes de transformación de zonas regables tienen su origen en la Ley de 21 de abril de 1949 —nota 15—), debiendo constatarse a renglón seguido que se trata siempre de planes de aprovechamiento para regadíos (23).

2ª. La competencia para dictar estos planes radica bien en el MOPU, bien en el Consejo de Ministros por lo que se refiere a los “Planes generales de transformación de zona regable” de la actual LRYDA. Estos “Planes generales” no son ni más ni menos que planes de aprovechamiento de aguas públicas. El plan coordinado de obras a cargo del MOPU y el Ministerio de Agricultura es una consecuencia del anterior, pero perfectamente diferenciable del mismo: una cosa es la ordenación del aprovechamiento de las aguas, otra distinta las obras hidráulicas necesarias para su ejecución.

3ª. La elaboración y propuesta del “Plan general de zona regable” radica conjuntamente en los Ministerios de Agricultura y MOPU, la aprobación en el Consejo de Ministros y su ejecución (convocatoria de concursos, otorgamiento de concesiones) en el MOPU, si bien se ha citado un plan en que ambos Ministerios otorgaron conjuntamente las concesiones.

(22) Estas expropiaciones han sido reguladas por un Decreto de 5 de febrero de 1954, comentado por Fernández Rodríguez, T.R., *Las competencias administrativas en materia de aguas subterráneas*. RAP. 72, p. 21. El riego es el factor determinante de la competencia de Agricultura en este terreno (p. 20).

Nótese, sin embargo, que la expropiación tiene por objeto el terreno, no las aguas subterráneas. Respecto de éstas, habría que calificar la actuación administrativa de “apropiación”, dado el carácter de res nullius de estas aguas. Sobre este tema, ver Guaita, A., *Derecho Administrativo especial*. T.V. Zaragoza, 1970. P. 171. Para una visión completa de las competencias en materia de aguas repartidas entre distintos Ministerios, Guaita, *Ibidem*, p. 22 ss.

(23) Por lo demás, no juzgo necesaria habilitación legal para que la Administración pueda dictar dichos planes de aprovechamiento desde el punto de vista de una aplicación correcta del principio de legalidad, puesto que la Administración puede —y debe— planificar su actividad. Cosa distinta es que por razones prácticas —e incluso de seguridad jurídica— sea aconsejable el establecimiento de un marco jurídico en que se desenvuelvan dichos planes.

4ª. Finalmente, si el agua que sirva de base al plan de aprovechamiento para riegos ha sido alumbrada por el IRYDA, la elaboración y propuesta del plan compete a éste, su aprobación al Consejo de Ministros, y en último término su ejecución (otorgamiento de concesiones) también al Instituto.

En suma, cabe decir que la IRYDA atribuye al Ministerio de Agricultura importantes competencias sobre las aguas públicas, siempre que estén destinadas al regadío, tanto en lo que respecta a la planificación del aprovechamiento, como a las concesiones singulares. Todo ello, obviamente, en detrimento de la competencia general del MOPU sobre las aguas públicas (24).

3. La eficacia de los planes de aprovechamiento

Definíamos anteriormente el plan de aprovechamiento como la fijación de los usos de un determinado caudal de aguas públicas y la ordenación de su aprovechamiento. Ante todo, es incuestionable el carácter normativo de estos planes, que la propia sentencia de 29 de febrero de 1980 se cuidará de recalcar diciendo que "el Plan viene a establecer el marco normativo de las sucesivas actuaciones administrativas de carácter concreto e individualizado, dando coherencia y armonía —significado, finalidad y función de todo Plan— a todas las actuaciones que se desarrollen en el espacio que constituye su ámbito, de ahí su respeto por todos los administrados y, en especial, por la propia Administración..." (Considerando tercero).

Llama la atención, sin embargo, que el Tribunal no se haya planteado la no publicación en el BOE del mismo, requisito necesario de eficacia de todas las normas. Los restantes supuestos examinados —Plan del río Segura, Planes de transformación de zonas regables— han sido debidamente publicados. La eficacia respecto a terceros —los posibles

(24) Estimo que la colaboración de ambos Ministerios en la planificación de riegos es lógica y acertada. No hay motivo para rasgarse las vestiduras por el hecho de que se menoscaben con ello las tradicionales competencias del MOP (Ministerio de Fomento), (las de Agricultura tienen, como se ha visto, una antigüedad también notoria).

Por el contrario, no me parece conveniente que Agricultura se reserve el alumbramiento de aguas subterráneas para riegos, junto con la elaboración de los respectivos planes y el otorgamiento de concesiones. Esto puede contradecir el objetivo que se pretende con los planes hidrológicos. Cierto que, como se verá, éstos obligarán a todos los órganos de la Administración, pero una mayor coordinación con la "autoridad general" sobre aguas —MOPU— parece aconsejable. La solución adecuada es seguir el mismo procedimiento que si se tratara de aguas superficiales (competencias conjuntas de ambos Ministerios).

futuros concesionarios— es evidente, en contraste con el carácter interno del plan hidrológico que se ha examinado.

Establecido el carácter normativo de estos planes, se plantean seguidamente dos problemas que hemos de dilucidar: 1º si pueden afectar y cómo al sistema de preferencias previsto en el art. 160 de la Ley de Aguas; 2º si crean derechos en favor de los particulares que soliciten una concesión de aguas, tal y como haya sido regulada en el plan de aprovechamiento. Esta última cuestión será tratada más adelante, en la influencia sobre las concesiones singulares de los planes hidrológicos y los planes de aprovechamiento.

En cuanto a la primera, es preciso advertir de entrada que los planes dictados respetan los derechos preexistentes (trátese del mismo uso que se fija o de otro), como no podía ser menos. Valga como ejemplo el plan de aprovechamiento del río Segura (Orden de 25 de abril de 1953), que contempla en sus arts. 6 y 9 la suspensión del aprovechamiento en aquellas épocas de extraordinaria sequía en tanto no queden satisfechas las necesidades de los regadíos precedentes, y la reducción del consumo de agua también en favor de los regadíos tradicionales. En lo que respecta a aprovechamientos hidroeléctricos preexistentes, tanto el Decreto de 25 de abril de 1953 (art. 5) como la Orden citada (arts. 6 y 13) preven que “la comisión de desembalses conjugará semanalmente los desagües de los pantanos con las necesidades de los riegos” (art. 13) “evitando el despilfarro de agua por desembalses obligados por las concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos” (preámbulo del Decreto).

Esta prevalencia inicial en favor de los riegos y en contra de los aprovechamientos hidroeléctricos preexistentes es corregida posteriormente mediante la compensación de energía eléctrica no producida por los obligados desembalses, que en último extremo será pagada por los propios regantes mediante un aumento proporcional en sus tarifas (25).

El respeto a los derechos preexistentes es, pues, total (26). Por sí

(25) La consecuencia que se extrae de esta ordenación es que difícilmente pueden existir aprovechamientos múltiples de aguas a gran escala, sin la previa planificación de los mismos. Sobre éstos, ver Martín-Retortillo, S., *Consideraciones sobre los aprovechamientos múltiples de las aguas públicas*, en “Aguas públicas y obras hidráulicas... cit.”, p. 225 ss.

(26) El anteproyecto de Ley de Aguas citado supra deja bien claro en su art. 25 que “Los planes hidrológicos respetarán en todo caso los aprovechamientos legítimos existentes y determinarán la forma de aprovechamiento de los caudales no concedidos y de los concedidos con reserva de revocación”.

Del mismo modo, y como consecuencia de lo anterior, el art. 74,1 dice: “Las declara-

mismo, el plan no tiene efectos respecto a las concesiones anteriores a su promulgación. Pero fija los usos futuros de las aguas no concedidas. De tal manera que el sistema de preferencias del art. 160 de la Ley de Aguas pierde su razón de ser: la Administración no puede conceder otro uso o usos que no sean los regulados en el plan, ni en puridad existen ya tales preferencias. Puede suceder como en el caso de la sentencia de 29 de febrero de 1980 que el uso fijado (regadío) sea preferente al aprovechamiento hidroeléctrico, que la Administración pretendía conceder contra el criterio del Sindicato de regantes (27). Pero también pudo suceder lo contrario; esto es, que el aprovechamiento previsto fuera el hidroeléctrico, en cuyo caso las concesiones posteriores para riegos serían ilegales. La conclusión, ciertamente rotunda, se impone: el plan de aprovechamiento de aguas anula el sistema de preferencias del art. 160 de la Ley de Aguas o cualquier otro a radice, con independencia de que altere o no el orden establecido en este artículo.

4. El reconocimiento de los planes de aprovechamiento en el Derecho comparado y en el anteproyecto de la Ley de Aguas

a) *En el Derecho francés.* La Ley de 16 de diciembre de 1964 relativa al régimen y al reparto de las aguas y la lucha contra su polución contempla en el art. 46 y ss. los denominados "plans de répartition des ressources hydrauliques" en determinadas zonas: "zones spéciales d'aménagement des eaux". Ni que decir tiene que estos planes del Derecho francés son muy similares a los planes de aprovechamiento del Derecho español analizados. Están limitados, sin embargo, a zonas especiales de aprovechamiento de aguas; no pueden ser dictados por tanto en todo el territorio nacional. Todo aprovechamiento de aguas en dichas zonas, ya sean aguas superficiales o subterráneas, está sometido a autorización administrativa (art. 47 de la Ley). Por lo que, de hecho, esta Ley vino a consagrar en el Derecho francés la demanialidad de todas las aguas en

ciones de prioridad que pueden establecerse en los correspondientes planes hidrológicos o de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 72, no lo serán a efectos expropiatorios a no ser que expresamente se establezca en ellos".

(27) Aunque el argumento central de la sentencia no ofrece duda al derivar la nulidad de la concesión para aprovechamiento hidroeléctrico del previo plan de regadíos, en el considerando 2º señala también que "el uso a que iba a ser destinada la concesión que nos ocupa no goza de prioridad alguna sobre aquéllos" (regadíos). Parece, pues, que el argumento de la preferencia legal juega un cierto papel.

Ahora bien, esta conclusión no sería acertada, porque en el término "aquéllos" aprovechamientos (regadíos) incluye el Tribunal tanto los ya concedidos como los futuros (previstos en el plan, pero no concedidos). Y es obvio que unos aprovechamientos inexistentes no pueden gozar de la preferencia del art. 160 de la Ley de Aguas.

las zonas especiales a que nos venimos refiriendo (28).

b) *En el Derecho alemán.* La Wasserhaushaltsgesetz de 27-7-1957 regulaba únicamente los "Rahmenpläne" del art. 36 tratados anteriormente, que equivalen a los planes hidrológicos del Derecho español. La doctrina y la práctica administrativa introdujeron los llamados "Generalpläne" que, como veremos en las páginas siguientes, eran una derivación del "Rahmenplan" (29), y perfectamente equiparables a nuestros planes de aprovechamiento. En la reforma posterior de la Ley, de fecha 16 de octubre de 1976, se añadió un art. 36 b) ("Bewirtschaftungspläne") que no es sino la plasmación legislativa de los "Generalpläne" tratados por la doctrina. La traducción más adecuada del término es precisamente "plan de aprovechamiento". Y, en efecto, el contenido de estos planes es muy similar a los planes del Derecho español estudiados: determina los usos a que debe servir el agua, las características que el agua debe poseer en su curso, las medidas para alcanzar o mantener estas características, así como los plazos para su cumplimiento, y otras medidas (art. 36 b), 3) (30).

(28) La polémica sobre la demanialidad de todas las aguas estuvo presente en los debates de esta Ley, como lo está hoy en los de la futura Ley de Aguas española. Precisamente, el anteproyecto de Ley de Aguas español parte de la demanialidad total de las aguas.

Ver un breve comentario de Dupouy, G., en la *Revue Administrative*. 1965. P. 65 s. Sobre otros aspectos organizativos de la Ley francesa, ver Fenet, A., *L'administration de l'eau en France. Aspects institutionnels de l'application de la loi du 16 décembre 1964*, "La Revue Administrative", (1973), N° 154, p. 384 ss.

Conviene, sin embargo, advertir que la planificación de las aguas no exige como una consecuencia forzosa la demanialidad de las mismas. Si es necesario que todo plan de aprovechamiento se dicte para ordenar aguas públicas (supuesto normal en las aguas superficiales; tratándose de aguas subterráneas ha de preceder la expropiación de los terrenos y la apropiación de las aguas alumbradas, como es el caso de los planes de riego del IRYDA con aguas subterráneas examinados supra). El plan hidrológico, por el contrario, abarca todas las aguas, públicas, privadas y resnullius, sin distinción. Si es preciso recurrir a la expropiación de las segundas es una cuestión ulterior.

Que la planificación no implica per se la demanialidad del agua lo prueba, por supuesto, el Derecho español ya examinado, y a mayor abundamiento la Ley alemana —Wasserhaushaltsgesetz— (ya citada), que en el art. 1 a) reconoce la propiedad privada sobre el agua, y en el art. 36 ss. prevé diversas formas de planificación.

(29) Ver por ejemplo el comentario al citado art. 36 de la WHG, de Zimniok, K., *Bayerisches Wasserrecht*. München, 1964, p. 111. Igualmente, Wolff-Bachof, *Verwaltungsrecht*, I. Münche, 1974, pp. 401-2.

(30) Art. 26-b-3: "In den Bewirtschaftungsplänen für oberirdische Gewässer oder Gewässerteile werden unter Berücksichtigung der natürlichen Gegebenheiten festgelegt: 1. die Nutzungen, denen der Gewässer dienen soll; 2. die Merkmale, die das Gewässer in seinem Verlauf aufweisen soll; 3. die Massnahmen, die erforderlich sind, um die festgelegten Merkmale zu erreichen oder zu erhalten, sowie die einzuhaltenden Fristen; 4. sonstige wasserwirtschaftliche Massnahmen".

c) *En el anteproyecto de la Ley de Aguas.* La expresión “aprovechamiento integral” de los ríos o sus tramos y “planes para ese aprovechamiento integral” aparece recogida en los art. 80 y 81 del anteproyecto, debiendo la Administración disponer la licitación en concurso de las concesiones (31). Sin embargo, no está del todo clara en el texto del anteproyecto —y esto es muy importante— la línea divisoria entre estos planes y los hidrológicos. En efecto, algunos de sus arts. como el 25 (“Los planes hidrológicos determinarán la forma de aprovechamiento de los caudales no concedidos...”) o el 16 (“El plan hidrológico recogerá el orden de preferencia de las demandas...”) atribuyen veladamente a los planes hidrológicos funciones que en el esquema trazado en esta comunicación sólo corresponde a los planes de aprovechamiento. Me refiero sobre todo a la fijación del uso.

Desde un punto de vista práctico es difícilmente concebible, por otra parte, que el plan hidrológico pueda señalar para toda una cuenca todos los usos que en el curso del agua sean más convenientes. Más bien, al contrario, el plan hidrológico debe limitarse a prever genéricamente las necesidades de agua (para riegos, abastecimientos, etc.) y todas las disponibilidades, dejando al plan de aprovechamiento la fijación de los usos en los distintos tramos. El propio anteproyecto alude a esta inserción entre ambos tipos de planes en el art. 19,2, cuando dispone que “compete al MOPU la aprobación de los planes que sean desarrollo de los objetivos previstos en otros ya aprobados de ámbito superior” (y éstos no pueden ser otros que los hidrológicos a los que se dedica ese art. y todo el capítulo en general). Sobre este tema versa el apartado siguiente (32).

5. *Relación entre planes de aprovechamiento y planes hidrológicos*

Hemos dicho que el plan hidrológico es ante todo un estudio de necesidades de agua en un momento futuro y de las disponibilidades para atender áquellas. La cuestión clave para comprender la relación entre unos planes y otros radica en precisar el carácter jurídico de ese “estudio” que es el plan hidrológico.

Ha quedado afirmado ya que no vincula a los particulares ni puede

Nótese, sin embargo, que estos planes sólo pueden dictarse para aguas superficiales, mientras que el Derecho español no pone reparos a que se trate de aguas subterráneas ya apropiadas por la Administración. Aunque, de acuerdo con Guaita, *Derecho Administrativo especial*. T.V., cit. p. 167, éstas ya no son aguas subterráneas propiamente dichas.

(31) En nota 18 hemos visto un caso en que se acudió a esta fórmula.

(32) El Decreto de planificación hidrológica de 1979, repetidamente citado, con más corrección que el anteproyecto evita entrar en el tema de la definición de los usos.

crear situaciones jurídicas que les favorezcan o les perjudique: no tiene efectos ad extra. ¿Y ad intra, en el seno de la propia Administración, sobre todo en el órgano competente para dictar planes de aprovechamiento? Los términos del art. 19,2 del anteproyecto de Ley de Aguas aluden al *desarrollo* de objetivos previstos en otro plan (hidrológico). Según esto, el plan hidrológico señalaría unos objetivos genéricos que son concretados o desarrollados por los planes de aprovechamiento. Es decir, las previsiones del plan hidrológico vinculan a la Administración cuando dicta planes de aprovechamiento.

A una conclusión similar, aunque quizás más elaborada, llegó la doctrina alemana al comentar los planes hidrológicos introducidos novedosamente en la Ley de 1957. Por su evidente interés conviene detenerse en este punto. Ante todo, parecía claro que los "Rahmenpläne" del art. 36 constituían el fundamento o nivel previo para los posteriores "Generalpläne" o "Bewirtschaftungspläne" de la Ley de 1976. Dado que los primeros no tenía eficacia ad extra, la conclusión que se impuso unánimemente fue — y es — que el "Rahmenplan" es una instrucción administrativa ("Verwaltungsanweisungpläne") o, en palabras de Wolff-Bachof, se trata de "planes que vinculan a otros planes". Es decir, que tienen por destinatario a una autoridad administrativa competente para dictar planes, en el marco de los primeros (33).

¿A qué autoridades están dirigidos los planes hidrológicos? El citado art. 19 del anteproyecto de Ley de Aguas habla solamente del MO-PU, pero ya hemos visto con anterioridad, al tratar los planes de transformación de zonas regables, que también el Ministerio de Agricultura tiene competencias en esta materia. Y en último término, las Comunida-

(33) Ver Wolff-Bachof, *Verw. Recht. I*, cit. p. 402. Igualmente, Zimniok, K., *Bayrisches Wasserrecht*, cit. p. 111-112. Y Friesecke, A., *Der Plan im neuen Wasserrecht*. "Deutsches Verwaltungsblatt", 1961. pp. 809 ss.

He de añadir que, como señalan Wolff-Bachof en loc. cit., esta construcción que ha sido descrita en el texto ha sido trasladada del campo de la planificación urbanística a la hidrológica. Concretamente, en aquella se trata de conjugar los planes supramunicipales ("Flächennutzungsplan" de los arts. 3,5 y 7 de la Ley de 23 de junio de 1960 —cuya última modificación es de 6-7-1979—) y los planes municipales de urbanismo del art. 8 y ss. ("Bebauungsplan"): los primeros obligan a las autoridades municipales a respetar y adaptar los planes de urbanismo a los supramunicipales, cuyo contenido se limita a una exposición básica de las intenciones o proyectos administrativos para la urbanización de la zona. Como sucede en los planes hidrológicos, tampoco éstos generan situaciones jurídicas que afecten a los particulares directamente. Ver sobre el tema, Stich, R., *Die Planstufen der Orts-, Regional- und Landesplanung*. Deutsches Verwaltungsblatt. 1973, p. 589 ss., 592-5. La misma solución aplicada al Derecho español, en: García de Enterría-Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid, 1979, p. 219 ss.

des autónomas, cuestión que trataremos en el apartado final de este trabajo.

C. INFLUENCIA DE LA PLANIFICACION HIDROLOGICA Y DE APROVECHAMIENTO SOBRE LAS CONCESIONES SINGULARES

1. *Influencia del plan hidrológico sobre las concesiones singulares*

Analicemos, en primer término, el plan hidrológico. Si bien éste no tiene trascendencia externa, ¿puede afectar indirectamente a los particulares en la fase de otorgamiento de concesiones? Sobre esta cuestión, el anteproyecto de Ley de Aguas contiene dos importantes disposiciones: el art. 20 según el cual "La Administración, por efecto de la vinculación negativa del Plan, no puede otorgar concesiones ni aprobar la realización de obras que vayan en contra de las disposiciones del mismo"; y el art. 22: "Las disposiciones de los planes hidrológicos, así como sus modificaciones, no pueden dar lugar en ningún caso a la creación de derechos en favor de particulares o de Entidades".

La rotundidad de ambos artículos permite sospechar que el redactor pensaba más en los planes de aprovechamiento que en los hidrológicos. Es obvio que un estudio de disponibilidades y necesidades de agua no puede crear derechos subjetivos. Por el contrario, cuando el anteproyecto regula los planes de aprovechamiento (arts. 80-81), no se refiere a este tema, aunque aquí sí es realmente una cuestión decisiva, como se verá a continuación. Todo ello no es sino una consecuencia de la falta de claridad en la distinción entre unos y otros tipos de planes de que adolece el anteproyecto, que se pone de manifiesto cuando se atribuye al plan hidrológico la definición de los usos.

Con esta salvedad importante, el art. 22 es tanto y aún más aplicable a los planes hidrológicos. Por supuesto que estos no crean derechos. El verdadero efecto del plan hidrológico sobre la Administración que otorga concesiones es el de limitar la esfera de discrecionalidad, que se expresa en el anteproyecto con los términos "vinculación negativa" (34).

(34) En el Derecho alemán, y refiriéndose también a los planes hidrológicos, ver Friessecke, *Der Plan...* cit. p. 811 dice que constituyen "pautas" ("Richtschnur") para la autoridad concedente. Igualmente, Zimniok, K., *Bayerisches Wasserrecht*, cit. p. 112: "Der gestalt kann dann aus dem wasserwirtschaftlichen Rahmenplan auch für den Einzelfall die wasserwirtschaftlich zu verfolgende Linie abgelesen werden".

La importancia de este tema se multiplica cuando la Administración no ha dictado todavía planes de aprovechamiento que "desarrollen" el plan hidrológico. En caso contrario, puede afirmarse que no existe. Por lo demás, es indiferente que la concesión de aprovechamiento sea otorgada por la Administración estatal o la autonómica: la eficacia del plan hidrológico sigue siendo la misma (35), (36).

2. *Influencia del plan de aprovechamiento sobre las concesiones singulares*

La relación entre planes de aprovechamiento y concesiones singulares tiene un cariz distinto. Martin-Retortillo (S.) sostiene que existe un auténtico derecho subjetivo a exigir el otorgamiento de la concesión en dos circunstancias (37): 1ª "cuando se omite el principio de la concesión rogada, siendo la propia Administración la que de acuerdo con las "bases" que a tal fin establece "concurra" el aprovechamiento"; 2ª cuando, aún actuando dentro del principio de la concesión rogada, está la Administración condicionada por una serie de valoraciones sustantivas que el Ordenamiento le fija y que necesariamente debe tener en cuenta

En un tema similar, cual es el de las licencias de construcción sin plan de urbanismo formulado o al margen de su alcance territorial, la jurisprudencia alemana ha tenido ocasión de analizar el alcance del "Flächennutzungsplan" (ver nota anterior), si bien con resultados contradictorios. Ver diversas sentencias y comentarios en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1964, p. 527 (Urteil 29.4.1964 —BVerwG—). *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1971, p. 527 (Urteil 4.11.1970 —OVG Lüneburg). *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1965, p. 289 (Urteil 25.6.64 —OVG Münster—).

No se me escapa, sin embargo, que, aunque planes hidrológicos y los "Flächennutzungspläne" del Derecho alemán son funcionalmente similares, por razón del objeto que regulan su eficacia sobre los actos administrativos no necesariamente tiene que coincidir. Porque no es lo mismo denegar una licencia de construcción, sin plan de urbanismo existente pero con un plan que preveía a grandes rasgos la ordenación de la zona, que denegar una concesión de aguas porque va contra el plan hidrológico. La diferencia es obvia: en un caso, el particular ejercita un derecho que sólo un plan de urbanismo puede limitar y ordenar (Administración de intervención); en el otro, no tiene derecho alguno, siendo la posición de la Administración mucho más sólida (Administración de prestación).

(35) Ver infra, p. 27 ss.

(36) Un buen ejemplo de la relación entre concesiones o actos singulares en materia de aguas y los planes hidrológicos se encuentra en el denominado "Estudio regional de recursos hidráulicos totales de Baleares", aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1973 (Ar. 124), (como se ha visto, se trata de un plan hidrológico). El art. 4 establece la siguiente norma: "(Ejecución de nuevos alumbramientos). Para establecer los límites de autorización de extracciones anuales adicionales a las existentes, se tendrán en cuenta las disponibilidades estimadas en el Estudio regional... y la evolución de los niveles piezométricos y calidad del agua".

(37) Ver *Sobre la tramitación de las concesiones de aguas públicas*, en "Aguas públicas y obras hidráulicas", cit. p. 263.

(aquí se trata efectivamente de actuación reglada). También en este caso “se establece un auténtico derecho a que la concesión sea otorgada”, concluye este autor.

Ambos supuestos pueden plantearse con un plan de aprovechamiento previo o sin él. Puede suceder, en efecto, que la Administración saque a concurso una o varias concesiones de aguas, aunque lo normal es que, en ejecución de un plan de aprovechamiento, se proceda a concursar las concesiones (38). En el segundo caso, las “valoraciones sustantivas que condicionan la actuación administrativa” (y que convierten la concesión en reglada) pueden proceder de la misma Ley de Aguas u otra norma, reglamentaria por ejemplo, y sobre todo de un plan de aprovechamiento que al ordenar el otorgamiento de concesiones puede imponer determinados criterios.

Pues bien, el concurso del otorgamiento de concesiones no significa en modo alguno generación de derechos en favor del particular. Como he escrito en otro lugar, “El concurso sirve únicamente para concretar en un breve plazo de tiempo las solicitudes y examinarlas conjunta y comparativamente, cosa que no se puede hacer si se presentan en un largo plazo de tiempo y se examinan individualmente. El concurso, por tanto, no hace más que ayudar a un correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa (principio de igualdad)” (39).

Tampoco cuando la concesión es reglada, porque la norma impone a la Administración todos los criterios a tener en cuenta, puede hablarse de creación de derechos subjetivos. Ciertamente, cuando la norma prevé un derecho subjetivo, la decisión es siempre reglada. Pero no es correcto invertir la proposición, y entender que *siempre* que la decisión es reglada tiene el particular derechos subjetivos (40).

(38) Ver nota 18.

(39) En mi tesis doctoral (de próxima publicación) *Subvenciones a la Economía y crédito oficial en el Derecho español*, p. 92, nota 82. La misma postura reseñada en el texto para las concesiones de aguas es mantenida por Martín-Retortillo, S., para la concesión de créditos oficiales previamente concursados en *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*. Madrid, 1975, p. 247.

(40) Lo mismo mantengo en mi tesis doctoral, cit. en nota anterior, p. 157, al comentar la más reciente legislación de promoción industrial (ejs. Decreto de 30 de diciembre de 1980, art. 4; Decreto de 19 de junio de 1981), que sujeta la concesión de beneficios “a unos criterios e índices de ponderación” muy estrictos, y sin embargo, no puede hablarse de derechos subjetivos.

La coincidencia entre sectores administrativos tan dispares entre sí como son la promoción económica y los aprovechamientos de aguas no es casual: en ambos nos hallamos ante la Administración prestadora, en la que por regla general la norma no reconoce dere-

En consecuencia, determinar cuando existen derechos subjetivos en el otorgamiento de concesiones de aguas sólo puede hacerse examinando la norma (planes de aprovechamiento). Y los planes estudiados no prevén —ni creo que esto sea posible— derechos subjetivos. El anteproyecto de la Ley de Aguas citado, en el art. 22, niega asimismo que las disposiciones de los planes hidrológicos “den lugar a la creación de derechos subjetivos”. En parte ha sido comentada ya esta norma. Conviene aquí añadir que el anteproyecto no distingue con nitidez planes hidrológicos y de aprovechamiento, puesto que asigna a los primeros la definición de los usos (o prioridades, en la terminología del anteproyecto). De este modo, al ser el plan hidrológico del anteproyecto en parte plan de aprovechamiento, la disposición del art. 22 sirve perfectamente —y creo que ésta es la *ratio legis*— para probar que tampoco puede generar derechos subjetivos este segundo tipo de planes.

¿Significa esto que la aprobación de un plan de aprovechamiento no tiene trascendencia alguna para los potenciales usuarios a los que va dirigido? Piénsese en el siguiente supuesto: plan de aprovechamientos fijando un determinado uso (riegos, por ejemplo), en que los posibles regantes solicitan una concesión en los términos del plan, y existiendo naturalmente aguas sobrantes. ¿Puede la Administración negarse a acceder al otorgamiento de la concesión? ¿Sería esto correcto? La solución a esta cuestión sólo puede provenir de la teoría general de la discrecionalidad administrativa, porque lo más frecuente será que se trate de decisiones discrecionales. Pues bien, puede darse el caso de que una norma que prevea en abstracto la discrecionalidad de la Administración, cuando se aplica a un supuesto de hecho concreto, queda limitada a una única decisión posible. Una decisión distinta sería ilegal porque no existan las condiciones fácticas o fundamentos de Derecho que la justifiquen (lo que en el Derecho alemán se conoce como “*Ermessensschumpfung*” o reducción —a cero— de la discrecionalidad) (41), (42).

chos subjetivos frente al Estado (al contrario de lo que sucede en la Administración de intervención), pero la actuación administrativa puede ser —y de hecho así sucede— perfectamente reglada. Lo reglado/discrecional se refiere a la relación norma/Administración; derechos subjetivos/no derechos subjetivos a la relación norma/particulares. Sobre la discrecionalidad ver la tesis doctoral inédita de Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial y legislativo, 1894-1978*, leída en la UAM (marzo de 1982).

(41) Ver para el Derecho alemán, Wolff-Bachof, *Verw. Recht. I*, cit. p. 203. Como consecuencia de ello, el juez puede dictar sentencia obligando a la Administración a una concreta decisión.

(42) La misma expresión “reducción de la discrecionalidad” es usada en el Derecho español con un sentido más amplio, y en cierto modo distinto. Por todos, ver García de Enterría-Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo. I*. Madrid, 1974, p. 299.

La conclusión es que, aunque los planes de aprovechamiento de aguas públicas no reconozcan derechos subjetivos y permitan a la Administración decidir de forma discrecional, pueden darse situaciones en que la discrecionalidad se vea de tal modo reducida, que la Administración tenga que otorgar necesariamente la concesión. Pero nótese bien que se han invertido los términos de la cuestión: como norma, el plan de aprovechamiento no genera derechos subjetivos, tanto si se ejecuta previa licitación de las concesiones como si se otorgan éstas de forma individualizada (43), (43 bis).

3. El control judicial en el otorgamiento de concesiones de aguas: problemas de legitimación

El control de las decisiones desestimatorias de concesión de aguas, con un plan de aprovechamiento o hidrológico previos, no se diferencia en nada del control judicial de la decisiones discrecionales. Ahora bien, ¿es posible exigir judicialmente la anulación de una concesión que vaya contra lo dispuesto en el plan de aprovechamiento? ¿Quién está legitimado? En el único asunto llegado al Tribunal Supremo —la sentencia repetidamente citada de 29 de febrero de 1980— el Sindicato de regantes de la cuenca del río Guadalope pudo recurrir contra la concesión de un aprovechamiento hidroeléctrico porque éste mermaba los aprovechamientos existentes. El perjuicio y la legitimación son evidentes. Pero, ¿estarían legitimados en éste o en otro caso un sindicato de regantes o éstos individualmente para pedir la anulación de una concesión contra el plan, cuando no menoscaba sus aprovechamientos?

Dado el carácter esencialmente “subjetivo” de la jurisdicción contenciosa, siendo el cumplimiento de la norma únicamente tarea de la Ad-

Dentro de las “técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad” incluyen: el control de los elementos reglados (el control del fin y la desviación de poder), el control de los hechos determinantes, el control por los principios generales del Derecho.

(43) La solución que da el Derecho francés a este problema está contenida en el art. 47 de la Ley de 16 de diciembre de 1964, citada supra. Dice así: “Les demandes d'autorisation sont examinées compte tenu des plans de répartition et des programmes de dérivation des eaux prévues à l'article 46. Elles ne peuvent être refusées que si elles font obstacle à leur exécution”.

Sin duda, esta disposición constriñe más a la Administración que el art. 20 del anteproyecto español de Ley de Aguas: “La Administración, por efecto de la vinculación negativa del Plan, no puede otorgar concesiones ni aprobar la realización de obras que vayan en contra de las disposiciones del mismo”.

(43 bis) En el mismo sentido, y en un tema similar, ver Menéndez Rexach, A., *La ordenación de playas y sus problemas jurídicos. En especial, el tema de las competencias concurrentes*. “Rev. Der. Urb.”. I, 1982, p. 76.

ministración, siempre que no afecte a derechos o intereses de particulares, es imposible obligar judicialmente a la Administración al cumplimiento del plan. A mi modo de ver, esto constituye el punto débil de los planes de aprovechamiento, y en general de toda la planificación del agua: mientras la Administración respete los aprovechamientos existentes, con mucha dificultad se podrá anular una concesión contra el plan, y, desde luego, en todo momento puede la Administración dictar un nuevo plan de aprovechamiento para las aguas no concedidas (que contemple otros usos por ejemplo).

D. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS SOBRE AGUAS EN LA CONSTITUCION DE 1978 Y SU APLICACION A LA PLANIFICACION DE LAS MISMAS

1. Distribución de competencias en la Administración del Estado (re-capitulación)

Resumamos, en primer lugar, lo dicho hasta ahora acerca de la distribución de competencias en el seno de la Administración del Estado para dictar planes en materia de aguas.

Los planes de aprovechamiento son acordados en general por el MOPU que ostenta la autoridad general en las aguas. Dentro del organigrama del MOPU, es sabido que la planificación de los aprovechamientos constituyó una de las competencias inicialmente atribuidas a las Confederaciones hidrográficas (44). Así, todavía los Decretos de 8 de octubre de 1959 y 13 de agosto de 1966, por los que se reorganizaron éstas, incluían entre sus funciones “la formación de los planes de aprovechamiento en la respectiva cuenca”.

La normativa más reciente al respecto —Decreto de 14 de septiembre de 1979 (Ar. 2489)— ha modificado sustancialmente el criterio anterior, puesto que tan sólo se habla de “participar en la elaboración de la planificación hidrológica” (art. 3: funciones de la asamblea) y “formular la *propuesta* para el Plan de obras y aprovechamientos de la cuenca” (art. 7: funciones del Director de la Confederación). Resulta, pues,

(44) Ver Martín-Retortillo, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en “Aguas públicas y obras hidráulicas”. Cit. p. 181, nota 18, con bibliografía que cita.

que la planificación de los aprovechamientos reside en la Administración centralizada o activa (45).

Hemos visto también que, cuando el destino de las aguas es el regadío, interviene en el planeamiento el Ministerio de Agricultura. Sea en coordinación con el MOPU (planes de transformación de zonas regables con aguas superficiales), o con carácter exclusivo en la elaboración de estos planes, si la zona ha de ser regada con aguas subterráneas. Ambos han de ser definitivamente aprobados por el Consejo de Ministros.

Por lo que respecta a los planes hidrológicos, el Decreto de diciembre de 1979 (Ar. 127 de 1980) creaba una Comisión de planificación hidrológica (interministerial) para dirigir la elaboración de los planes y coordinar la intervención de los distintos Departamentos ministeriales (46). Pero la aprobación de los Planes reside en el Consejo de Ministros (47).

Que la aprobación de los planes hidrológicos resida en el Consejo de Ministros es, desde luego, un acierto, y es además congruente con el carácter de instrucción administrativa que le hemos adjudicado. En efecto, por razones obvias un plan hidrológico con rango de instrucción del MOPU será difícilmente aceptable por el Ministerio de Agricultura (o por el de Industria, con competencias también en la materia, aunque no de planificación), por mucho que este Ministerio participe en la Comisión hidrológica. Si el plan hidrológico es una instrucción administrativa que ha de ser observada por los inferiores jerárquicamente al dictar planes de aprovechamiento; si el Ministerio de Agricultura puede elaborar —

(45) En Ministerio de Obras Públicas (SGT), Esquema del Derecho de Aguas español. Madrid, 1975, pp. 35 y 36, se insiste en este aspecto: "Para terminar, parece oportuno destacar que el problema planteado, con carácter de urgencia, a la Administración de nuestros días es el de localizar un punto nuevo de equilibrio que permita la sintonización de los principios descentralizador y democrático con la coordinación exigida por la planificación de la explotación de unos recursos hidráulicos que, como ya ha sido reiterado, tienen carácter limitado y en gran medida insustituible. Este planteamiento suscita la duda de si las Confederaciones no jugarán como obstáculo en la hora del aprovechamiento solidario de los recursos nacionales que parece exigir el bien común. Quizás convenga recordar en este sentido que la administración del agua, esto es, tanto la elección de su destino a través de planeamientos generales como la concesión concreta de su aprovechamiento, corresponde a los órganos de la Administración directa del Estado, por lo que, en rigor, las confederaciones no pueden constituir factores de entorpecimiento".

La "duda" ha quedado disipada en el Decreto de 1979 citado en el texto.

(46) Su composición ha sido modificada por Decreto de 20 de agosto de 1981 (Ar. 2528). Otro Decreto de igual fecha (Ar. 2158) creaba una Comisión mixta especial para las Islas Canarias.

(47) El art. 17 del anteproyecto de la Ley de Aguas atribuye también esta competencia al Consejo.

como efectivamente hace— planes de aprovechamiento, se deduce la necesidad de la aprobación de los planes por el Consejo de Ministros. Afecta además a competencias de diversos Ministerios, como lo demuestra la misma composición de la Comisión hidrológica.

2. Competencias de las Comunidades Autónomas en la planificación del agua

Más compleja es ya la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a tenor de la Constitución de 1978. El art. 148, 1-10º y el 149, 1-22º parten las competencias sobre las aguas públicas según el criterio de que las aguas (superficiales) transcurran íntegramente por una Comunidad Autónoma (y por tanto son de su interés e incumbencia), o no (en cuyo caso son de competencia estatal). Los estatutos de autonomía repiten esta distribución (48), si bien ha de notarse que el estatuto gallego y el andaluz señalan como exclusivas también las competencias sobre aguas subterráneas “cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio” (49).

A la luz de estas disposiciones, se plantean cuestiones desconocidas en relación con la planificación del agua. ¿Pueden las Comunidades Autónomas dictar planes hidrológicos para los cursos de agua que discurran íntegramente por su territorio? Nada dice al respecto el Decreto de planificación hidrológica de 1979. ¿Y planes de aprovechamiento en el mismo caso?

a. ¿Pueden dictar planes hidrológicos las Comunidades Autónomas?

En cuanto a los planes hidrológicos, sabemos ya que contienen un estudio de las disponibilidades de agua y de sus necesidades en un plazo determinado. Sabemos también que se refieren a “todas” las aguas: públicas y privadas, subterráneas y superficiales. Pero conviene a continuación añadir dos datos del mayor interés: 1º el marco natural por excelencia del plan hidrológico es la cuenca hidrográfica; 2º y, sobre todo, éste ha de ser dictado en atención a toda una serie de planes mutuamente interdependientes, y sin cuya articulación perderían ellos —y el plan

(48) Estatuto vasco: Ley de 18 de diciembre de 1979 (Ar. 3028) art. 10,11. Estatuto catalán: Ley de la misma fecha (Ar. 3029), art. 9,16. Estatuto andaluz: Ley de 30 de diciembre de 1981 (Ar. 47 de 1982), art. 13,12. Estatuto gallego: Ley de 6 de abril de 1981 (Ar. 990), art. 27, 12.

Sin embargo, hasta este momento —marzo de 1982— la Administración del Estado no ha transferido competencia alguna en relación con estas materias.

(49) Art. 13,12 del Estatuto andaluz; art. 27,14 del Estatuto gallego.

hidrológico— toda su razón de ser: piénsese en la ordenación del territorio, planes de urbanismo, energéticos, de promoción de la economía (sobre todo, de localización industrial).

Que los planes hidrológicos tienen como marco las cuencas hidrográficas —sustrato, a su vez, de las actuales Confederaciones hidrográficas— no se dice expresamente en el Decreto de planificación hidrológica de 1979 (50). Pero ésta es la solución más razonable, teniendo en cuenta el carácter de estudio de “todas” las aguas de una zona geográfica, en lo que se incluyen, ante todo, ríos principales, afluentes, aguas subterráneas. Pus bien, si la cuenca hidrográfica debe ser el marco natural del plan hidrológico, el plan afectará, salvo contadísimas excepciones, a varias Comunidades Autónomas, lo cual le convierte automáticamente en una competencia estatal (51). Por otra parte, el dato decisivo que lleva a considerar las aguas como competencia estatal o autonómica es que discurran íntegramente o no por la Comunidad Autónoma. Si el plan hidrológico afecta a todas las aguas, ¿cómo distinguir cuando un curso subterráneo de agua discurre íntegramente o no por una Comunidad Autónoma, lo cual permitiría a ésta dictar planes hidrológicos?

La segunda cuestión planteada hace referencia a las distintas planificaciones involucradas en la hidrológica. Algunas de estas competen-

(50) Así se establece, por el contrario, en el art. 17 del anteproyecto de la Ley de Aguas: “Dentro del Plan hidrológico nacional se elaborarán planes regionales sobre la base territorial de las cuencas hidrográficas”. Las propuestas de planes hidrológicos que, en aplicación del Decreto de 1979, elevaron las Confederaciones hidrográficas, tienen precisamente este ámbito. No falta, sin embargo, algún plan hidrológico, como el de Almería estudiado supra, con un marco natural distinto.

(51) En un Estado federal como el alemán, la Wasserhaushaltsgesetz (WHG), si bien atribuye la competencia para dictar planes hidrológicos y de aprovechamiento a los Estados —art. 36 y 36 b)—, prevé para lo primeros que se acomodarán a “instrucciones” dadas por el Gobierno con el acuerdo del Bundesrat (son de fecha 6-9-1966). Y para los segundos, el Gobierno, también previo acuerdo del Bundesrat, dicta normas sobre las características que debe reunir el agua, que deben ser tenidas en cuenta en los planes de aprovechamiento (normas sobre contenido mínimo de estos planes de 19-9-1978).

La primera competencia del Gobierno federal se justifica precisamente porque la planificación hidrológica rebasa las fronteras de los Estados miembros. Ver Zimniok, K., *Bayerisches Wasserrecht*, cit. p. 112.

La Ley alemana (WHG) prevé que la cuenca (o una parte de la misma) será el marco de la planificación hidrológica, como es el caso español. Pero admite también la posibilidad de otros espacios económicos distintos a la cuenca (art. 36,1). La competencia para aprobar planes sigue siendo en todo caso de los Estados.

En Derecho español, como la competencia viene determinada por que las aguas (superficiales) discurran íntegramente por la Comunidad Autónoma, es indiferente el marco geográfico que se considere: de este hecho se deducirá la competencia, que debe ser estatal por las razones expuestas en el texto.

cias corresponden a las Comunidades Autónomas, singularmente la ordenación del territorio (52); otras a los Ayuntamientos (planes de urbanismo); otras, en fin, al Estado (localización industrial). La conjunción de todos estos planes debe ser asumida por la Administración del Estado, y concretamente, como prevé el Decreto de planificación hidrológica de 1979, por el Consejo de Ministros.

Pero bien entendido que esta "conjunción" no puede significar el desplazamiento de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos o la imposición subrepticia —vía plan hidrológico— de criterios de la Administración central en asuntos que son competencia de aquellos. La conjunción aludida tiene un doble camino, de ida y vuelta. Ante todo, debe tener en cuenta —como un dato— la ordenación del territorio y los planes de urbanismo, así como otros planes estatales. Por otra parte, estas planificaciones tendrán que ser coherentes y estar coordinadas con la planificación hidrológica (53), (54). En conclusión, la planificación hidrológica supone el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos de Comunidades Autónomas y Administración estatal. Los conflictos que sobre estos se planteen serán tratados seguidamente.

b. ¿Pueden las Comunidades Autónomas dictar planes de aprovechamiento?

Se sobreentiende sobre aguas (superficiales) que discurren íntegramente en su territorio. La respuesta que se impone es positiva: si las Comunidades Autónomas pueden en estos casos otorgar concesiones singulares, pueden igualmente dictar planes de aprovechamiento. A lo que se ha de añadir que estos planes también están sometidos a las instrucciones de los respectivos planes hidrológicos. El plan hidrológico, que en el seno de la Administración del Estado se justifica como una instrucción dirigida a órganos subordinados, respecto a las Comunidades Autónomas no es sino expresión de la tutela general del Estado sobre aquéllas.

c. La resolución de conflictos entre Comunidades Autónomas y Administración estatal sobre la planificación de las aguas

(52) Ver art. 10,31 del Estatuto vasco citado. El art. 13,8 del andaluz, etc.

(53) En estos términos se expresan varios borradores para un "Anteproyecto de Ley de armonización en materia de aguas" que he podido consultar.

(54) En el mismo sentido, la WHG alemana, ya citada, art. 36,2: "Die wasserwirtschaftliche Rahmenplanung und die Erfordernisse der Raumordnung sind miteinander in Einklang zu bringen". En este caso, sin embargo, la coordinación es más sencilla porque las competencias para dictar planes hidrológicos y de ordenación del territorio residen ambas en los Estados, si bien atribuidas a autoridades de distinto rango jerárquico.

He aquí como la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de aguas lleva forzosamente a la creación de relaciones jurídicas entre el Estado y las propias Comunidades Autónomas, relaciones que pueden proceder de la adaptación de los planes hidrológicos a otros planes (territoriales, etc.) o viceversa y de la inserción de los planes de aprovechamiento de las Comunidades Autónomas en el marco de los planes hidrológicos. Los distintos planes crean, en suma, derechos y obligaciones entre las distintas Administraciones públicas, que son una concreción de las competencias que constitucionalmente les están atribuidas. ¿Cómo pueden resolverse las posibles desavenencias? Obviamente, dichas desavenencias constituyen conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, regulados en los arts. 62 y ss. (y, sobre todo, 76 y 77) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 (Ar. 2383). El art. 76 de esta Ley convierte en conflicto constitucional cualquier desavenencia surgida entre el Estado y las Comunidades Autónomas a propósito de resoluciones o disposiciones reglamentarias de estas últimas. En nuestro caso, esto significa que una concesión otorgada por una Comunidad Autónoma que vulnere supuestamente un plan hidrológico puede dar origen a un conflicto de esta naturaleza (consecuencia desmesurada, pero cierta!) (55).

Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevé en su integridad el conflicto que en estos casos puede plantearse. En efecto, el art. 66 dice que: "La sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia...". El dato decisivo, la única función del juez, es aquí la atribución de una competencia controvertida: la "titularidad", y por tanto una de las Administraciones en conflicto es incompetente.

Desde luego, el problema de la titularidad de la competencia puede plantearse en los planes de aprovechamiento. Pero parece más lógico pensar que surgirán más conflictos por otras razones, con independencia de que la atribución de competencia sea discutida o no. Puede dudarse de si un plan hidrológico respeta o contradice la ordenación territorial, o viceversa; también puede ponerse en duda si un plan de aprovechamiento de una Comunidad Autónoma se inserta en el plan hidrológico co-

(55) Ver sobre este tema, Serrera Contreras, P.L., *Las Comunidades Autónomas y las impugnaciones del art. 161,2 de nuestra Constitución*, en El Tribunal Constitucional (ed. Instituto de Estudios fiscales). Madrid, 1981. T. III, pp. 2.519 ss. Y Tolivar Alas, L., *Un supuesto excepcional de control: el n.º 2 del art. 161 de la Constitución española*, en Idem, p. 2.661 ss.

rrespondiente. No se discute la competencia, sino si una parte de una relación jurídica cumple una obligación que deriva en último extremo de la ordenación constitucional de competencias dentro del Estado, en un procedimiento en cierto modo similar al tradicional control de las normas (delegaciones, reglamentos ejecutivos, etc.) (56), (57).

ADDENDA (febrero de 1983)

El presente trabajo fue preparado para el I Congreso de Derecho de Aguas celebrado en la ciudad de Murcia en mayo de 1982. Desde esa fecha hasta la actualidad se han producido en el tema de la planificación de las aguas algunos hechos significativos, en torno a los cuales giran los comentarios que se hacen a continuación. Estos hechos son: la ordenación de la planificación estatal y autonómica contenida en el art. 9 de la polémica Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOA-PA), ahora Ley de Proceso autonómico, que tendía a una coordinación un tanto forzada de ambas Administraciones; la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 (BOE de 18 de agosto), sobre la citada Ley: en el fundamento jurídico 14 están los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad

(56) En algunos borradores para un "Anteproyecto de Ley de armonización en materia de aguas" (ver nota 53) se alude, para resolver este problema, a dos instituciones: una, un Delegado del Gobierno en el Organismo de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la gestión del agua, con poderes de veto suspensivo contra los acuerdos que vulneren el plan hidrológico y el Ordenamiento en general; otra, un Consejo nacional de Recursos hidráulicos, en que estén representados el Estado, los Organismos de Cuenca, las Comunidades Autónomas y los usuarios, y cuya misión sería sustanciar las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No me parece ésta una solución adecuada. Puede, si se quiere, intervenir como órgano de asesoramiento, pero la resolución de estas cuestiones debe reservarse al Tribunal Constitucional, extendiendo los límites estrechos y excesivamente formales del art. 66 de su Ley orgánica.

(57) La Ley fundamental de Bonn, art. 93-1, 1 y 3, emplea unos términos mucho más amplios que la "titularidad de la competencia". Habla de la "extensión de los derechos y obligaciones" y de "diferencias de opinión sobre derechos y obligaciones del Estado federal y los Estados miembros..." ("Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten" y "Meinungsverschiedenheit über Recht und Pflichten des Bundes und der Länder..."). Ver sobre este tema, Leibholz/Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Rechtssprechungskommentar*. Köln, 1968, p. 188 ss. Así como, Maunzdürig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*. T. III. München, 1976. Comentario al art. 93, p. 14, 29, 30, 31. Y Meyer, *Comentario al art. 92 ss. de la Ley fundamental*, en "Grundgesetz Kommentar" (ed. por Ingo v. Münch). T. III. München, 1978, p. 477 ss.

Para el análisis de las relaciones jurídicas entre personas jurídicas de Derecho público, ver Wolff-Bachof, *Verw. Recht*. I. Cit. p. 118.

del citado art. 9; y en tercer lugar, el Anteproyecto de Ley de Aguas dado a conocer en el transcurso del año 1983, en el que se encuentran reguladas ciertas cuestiones ausentes del anteproyecto anterior (manejado para la redacción del trabajo en 1982), que en lo fundamental tratan de la adaptación de la legislación de aguas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas prevista en la Constitución.

Se plantean tres cuestiones especialmente relevantes: 1ª la discusión sobre la titularidad del dominio de las aguas públicas; 2ª la que vamos a denominar solución “participativa” (Estado-Comunidades Autónomas), por la que se decanta el anteproyecto de la Ley de Aguas en lo que respecta a su ordenación y gestión; y 3ª, el carácter de los planes hidrológicos, tal como se configuran en el anteproyecto.

1) *La titularidad del dominio de las aguas públicas*

Vamos a centrarnos exclusivamente en el análisis del art. 149.1.22 de la Constitución —el que afecta a las Comunidades de autonomía plena—, que está dando lugar a una contradictoria interpretación doctrinal. Por otra parte, a medida que las Comunidades Autónomas de carácter ordinario vayan asumiendo competencias del art. 149, se va a plantear respecto de ellas exactamente el mismo problema.

La cuestión escuetamente formulada es: de acuerdo con el art. 149.1.22 de la Constitución, ¿pueden ser titulares de dominio de aguas públicas las Comunidades Autónomas?

Aparentemente, esto es lo que se deduce del texto de dicho artículo: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre: 22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma”.

A sensu contrario, debe entenderse que, si las aguas discurren sólo por una Comunidad Autónoma, serán de competencia de ésta.

Pues bien, ésta no es la opinión de una parte de la doctrina administrativista, que debe ser reseñada con atención porque se refleja en el anteproyecto de la Ley de Aguas, como veremos.

Según algunos autores (58), es preciso distinguir entre “recursos”

(58) Ortiz Díaz, *Competencias establecidas en la Constitución y en los estatutos de las Comunidades Autónomas respecto al sector hidráulico*. RAP. 99, p. 37 ss. Y Sánchez

y “aprovechamientos” en el citado 149.1.22: sobre los recursos —sobre las aguas públicas, cabe decir— el Estado ejercita todas las competencias, tanto de legislación y ordenación como de concesión, con absoluta independencia del territorio por el que discurran las aguas. Mientras que son competencia del Estado ciertos aprovechamientos: los de las aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma. Si, por el contrario, las aguas discurren íntegramente por una Comunidad Autónoma, dichos aprovechamientos son de su competencia.

El punto clave es el concepto de aprovechamiento. Tradicionalmente, ha sido entendido como el acto por el que el Estado autoriza o concede a otros (particulares, normalmente) la utilización del dominio público. Sin embargo, es común a la postura doctrinal comentada el considerar dichos actos de administración del agua dentro del apartado “concesión de los recursos”. Así pues, las Comunidades Autónomas especiales verían reducidas sus competencias en esta materia a meras facultades de policía de las aguas, cuando éstas transcurran íntegramente por su territorio (59).

El anteproyecto de Ley de Aguas parece inclinarse de forma terminante por esta interpretación: en el art. 2 trata del dominio público hidráulico estatal, en el que parecen incluirse todas las aguas. En el art. 14 se conceden al Estado, entre otras, las facultades de planificación hidrológica y concesiones y autorizaciones de dicho dominio público hidráulico. En resumen, la titularidad de las aguas públicas es únicamente estatal, nunca autonómica (60). En el punto siguiente veremos como la solución “participativa” adoptada contradice el punto de partida respecto a la titularidad.

Blanco, *Recursos y aprovechamientos hidráulicos*. Redaz 34. 1982, p. 425 ss.

(59) Ortíz Díaz, *Competencias-respecto al sector hidráulico*. Cit. p. 50. “Respecto a los aprovechamientos, cuando se trata de aguas intracomunitarias a las Comunidades Autónomas competirían los proyectos, construcción y explotación. En esta explotación deben comprenderse las potestades de inspección y vigilancia de dichos aprovechamientos, la tutela jurídica y gestión pública relativa a las Comunidades de regantes y Jurados de riego, obras hidráulicas, expropiaciones, imposición de servidumbres, etc.

Todo ello resumido por Muñoz Machado, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*. I. Madrid, 1982, p. 529, al decir que: “El aprovechamiento, separado de la concesión de recursos, apenas si contiene otras intervenciones públicas destacables que la policía de aguas”. Esta interpretación es rechazada por Muñoz Machado acertadamente a nuestro juicio, como veremos.

(60) Lo cual no impedirá el ejercicio de las facultades de policía, en los términos antes vistos. Por otra parte, el Estado puede conceder aprovechamientos a las Comunidades Autónomas (así, el art. 40.1 del citado anteproyecto), en la misma forma en que hasta ahora podía hacerse a favor de los Ayuntamientos para el abastecimiento de poblaciones, por

En este trabajo sobre los Planes hidrológicos y de aprovechamiento de aguas no se trataba directamente la titularidad de las aguas públicas. Indirectamente, sin embargo, sí se afirmaba (D.2.b) por ejemplo que teniendo las Comunidades Autónomas especiales competencia para otorgar concesiones singulares, también deben tenerla para dictar planes de aprovechamiento. No se entraba en la discusión de qué aguas exactamente eran de titularidad estatal y cuáles autonómicas, pero obviamente se partía de una interpretación del 149.1.22 muy distinta de la reseñada: se partía de que las Comunidades Autónomas especiales —y las demás en su momento—, según la Constitución, son titulares del dominio de ciertas aguas públicas (las que discurren íntegramente por su territorio). Esta interpretación es corroborada por los Estatutos de autonomía de dichas Comunidades Autónomas. A nuestro juicio, ésta sigue siendo la interpretación correcta: del tenor literal del art. 149.1.22 permite a las Comunidades Autónomas conceder (y autorizar) aprovechamientos si las aguas son intracomunitarias (61).

2) *La ordenación y gestión "participativa" (Estado-Comunidades Autónomas) de las aguas públicas*

El anteproyecto de Ley de Aguas de 1983, dominado por la idea de mantener la unidad de cuenca geográfica, establece la gestión integrada y unitaria del dominio público hidráulico por los Organismos de cuenca o Confederaciones hidrográficas (art. 16). Dichos Organismos tendrán facultades decisivas, según el anteproyecto, de las que ahora no disponían. Singularmente, interesa mencionar las dos siguientes: la administración de las aguas (concesiones, control, etc) y la elaboración del plan hidrológico de cuenca (art. 22) —la aprobación corresponde al Gobierno de la Nación (art. 39.3)—.

En los distintos órganos de gobierno y administración de las Confederaciones tendrán una importante participación representantes de las Comunidades Autónomas (art. 24 y ss), de las distintas Comunidades Autónomas cuyo territorio forme parte de la cuenca hidrográfica. Esta es la solución "participativa" antes indicada.

Ante todo, conviene dejar patente la contradicción en que incurre

ejemplo. Como bien se puede comprender, esta interpretación reduce las competencias de las Comunidades Autónomas plenas al mismo nivel que las ordinarias: art. 148.1.10: "Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma".

(61) En el mismo sentido, Muñoz Machado, *Derecho Público*. Cit. p. 527 ss.

el anteproyecto: si según éste, las aguas son siempre y en todo caso dominio público estatal, está fuera de lugar la integración de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua. Es más: sería inconstitucional. ¿Por qué se produce dicha integración? Probablemente, porque se tiene clara conciencia de que el art. 149.1.22 de la Constitución crea un dominio público autonómico sobre las aguas —reducido, desde luego—. Esto rompe el sistema tradicional español en materia de aguas, como sucede en tantas otras cuestiones. En lugar de resolver el problema de articulación que se plantea entre el Estado y las Comunidades Autónomas —sobre todo, las periféricas—, se opta por dar entrada por vía participativa a *todas* las Comunidades Autónomas en la gestión y planificación de *todas* las aguas, cuando lo cierto es que según la Constitución no tienen tal competencia (62).

Con anterioridad a este anteproyecto de Ley de Aguas, la LOAPA intentaba coordinar la planificación estatal y la autonómica en el art. 9. Su párrafo 1 supeditaba a la Ley de planificación del art. 131 de la Constitución los planes que afectan la utilización del territorio y al aprovechamiento de recursos naturales (ejemplo, un plan de aprovechamiento de aguas públicas). El párrafo 2 imponía a ambas Administraciones la obligatoriedad del común acuerdo en los planes de una que afectase a competencias de la otra. Las diferencias entre ambas serían resueltas por el Consejo del art. 131.2 de la Constitución.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 5 de agosto de 1983 (BOE 18 de agosto), fundamento jurídico 14, ha declarado inconstitucional dicho art. 9. En cuanto al párrafo 1, porque el legislador no puede dictar normas meramente interpretativas de la Constitu-

(62) Viene a ser una solución parecida a la que propone Muñoz Machado, *op. cit.* p. 531. De acuerdo con el criterio de que por un lado “la plena disponibilidad por las Comunidades Autónomas de sus propias aguas puede repercutir en la política hidráulica general”; por otro, “no es indiferente para una Comunidad Autónoma el uso que se haga de cauces fluviales importantes que pasan por su territorio, aunque salgan de él”, entiende este autor que se impone la cooperación entre ambas Administraciones, la “formación participada” de los planes de aprovechamientos hidráulicos, sobre la base de la unidad de cuenca y las Confederaciones hidrográficas. De acuerdo con su interpretación del art. 149.1.22 de la Constitución de que las Comunidades Autónomas pueden otorgar aprovechamientos, dirá Muñoz Machado que esta concentración en las Confederaciones debe lógicamente partir de la “cesión de los titulares” (voluntaria, desde luego), que son el Estado y las Comunidades Autónomas. Que se sepa, esto no se ha producido.

La idea de que es necesaria la cooperación en esta materia de forma primordial es difícilmente rebatible. De lo que se trata es de encontrar fórmulas “constitucionales” para instrumentar dicha cooperación. Creemos que la articulación planes hidrológicos - planes de aprovechamiento puede ser una fórmula útil.

ción, por lo que no prejuzga si es constitucional o no la necesaria adecuación de los distintos planes que trata este párrafo a la Ley de planificación del art. 131 de la Constitución.

Mucho más interés ofrece para el presente trabajo la inconstitucionalidad del párrafo 2 que el Tribunal basa en dos motivos: primero, el carácter necesario y vinculante del acuerdo, que excluye el que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas puedan ejercitar por sí las competencias que les corresponden. Segundo, la atribución al Consejo de funciones arbitrales —aunque en realidad, más parecen judiciales— supone la creación “de un mecanismo para la resolución de conflictos competenciales no previsto constitucionalmente”. En suma, para el Tribunal dicho párrafo 2 “supone una limitación de potestades atribuidas constitucionalmente a diversos Organos y la creación de controles sobre la actuación de las Comunidades Autónomas que no aparecen en la Ley fundamental” (fundamento 14, in fine).

A nuestro entender, el primer argumento excluye el modelo “participativo” tan caro al anteproyecto de Ley de Aguas: cada Administración debe ejercitar su competencia (63). El segundo, aunque no lo dice expresamente, deja bien claro que el único Tribunal competente para resolver dichos conflictos en último extremo es el Constitucional, como veíamos en la parte final del trabajo.

3) *El carácter de los planes hidrológicos en el anteproyecto de Ley de Aguas de 1983.*

Tal como sucedía en el anteproyecto anterior, en el de 1983 el Plan hidrológico quiere a la vez ser plan hidrológico y de aprovechamientos. Así, el art. 39 prevé que el Plan hidrológico comprenderá el inventario de los recursos, los usos y demandas existentes y previsibles, etc., y los criterios de preferencia entre los distintos usos (64). A nuestro juicio, la fijación de los usos debe hacerse a una escala más reducida: a este fin sirve el plan de aprovechamiento. Piénsese que los mismos ríos discurren por zonas de muy distinta contextura económica. Aplicar un rígido

(63) Nos parece incluso de dudosa constitucionalidad una “cesión” voluntaria de competencias de las Comunidades Autónomas o del Estado en ciertos Organismos (como las Confederaciones) de carácter integrador, como viene a proponer Muñoz Machado (ver nota anterior).

(64) Si el Plan no contiene las preferencias de uso, se estará a lo que dispone el art. 57 con un mecanismo de preferencias siguiendo el modelo de la vigente Ley de Aguas, aunque el orden de las preferencias en concreto haya sido alterado.

sistema de preferencias, aunque sea sólo en el ámbito de cada cuenca, no parece sugerir la deseable adaptación a las necesidades de cada zona.

Por otra parte, el art. 38 del anteproyecto dispone que los planes hidrológicos no crean derechos en favor de los particulares. Este extremo ha sido ampliamente analizado en el trabajo. Si bien es cierto que los planes hidrológicos (o los de aprovechamiento) no generan derechos, no cabe duda de que la posición de los particulares es más sólica con un previo plan que fije el uso del agua. Que la Administración está más vinculada, es indudable. Es posible que esto no sea deseable en algunos casos, pero en líneas generales debe contribuir a una mayor racionalización en el uso del agua. Pretendiendo pues evitar la presión de los afectados, se sacrifica la racionalización que sólo los planes de aprovechamiento pueden generar. En fin, de convertirse en su día en Ley el actual anteproyecto se habrá perdido una excelente ocasión para dar entrada por la puerta grande a —y regular— los planes de aprovechamiento, que, como se ha visto en este trabajo, constituyen una figura con cierta raigambre en la Administración de aguas española.

LAS PECULIARIDADES DE LA ORGANIZACION INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ISLAS BALEARES

FERNANDO GARRIDO FALLA
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I

Es sabido que, de acuerdo con la Constitución Española, existen dos vías o caminos jurídicos para la constitución de Comunidades Autónomas, a saber: el régimen normal previsto en el art. 143 y el régimen especial establecido en el art. 151.

A los Estatutos de unas y otras Comunidades Autónomas se refiere la Constitución en preceptos distintos. Así, las Comunidades Autónomas de régimen normal (artículo 143) se regirán por unos Estatutos aprobados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 146 y cuyo contenido se predetermina en el art. 147; mientras que las Comunidades Autónomas de régimen especial (art. 151) se rigen por unos Estatutos cuyo contenido es el que, por lo que se refiere a la organización institucional autonómica, se determina en el art. 152.

El examen comparativo de los arts. 147 y 152 da lugar a unas curiosas reflexiones. En primer lugar, como ha observado el Profesor Entrena, se produce la paradójica impresión de que el art. 152 limita más —al especificar la enumeración y carácter de las instituciones fundamentales autonómicas— la libertad de los redactores del Estatuto, que el art. 147. Sin embargo, obviamente esto choca con la que pudiésemos denominar especial legitimación autonómica de las Comunidades que se constitu-

yen por la vía del art. 151 el cual ha sido aplicado, en principio y aparte el polémico caso de Andalucía, a aquellas regiones que con anterioridad a la terminación de nuestra guerra civil habían tenido aprobado (Cataluña y País Vasco) o al menos elaborado (Galicia) un Estatuto de Autonomía.

El recuerdo de las discusiones parlamentarias en torno al art. 147 nos convence asimismo de que no era la intención de los redactores de este precepto la de dar mayor libertad de contenido a los Estatutos de las Comunidades que se constituyesen por la vía del art. 143. Baste decir —y el dato lo recuerda también el Profesor Entrena— que una enmienda defendida por los Profesores Fraga Iribarne y López Rodó en el sentido de que las Comunidades Autónomas hubiesen de contar en todo caso con una Asamblea Legislativa, por entender que, de no ser así, “desaparecería la pieza básica de toda autonomía” (Diario de Sesiones del Congreso de 14 de junio de 1978), fue rechazada; lo que quiere decir que podrán existir Comunidades Autónomas de régimen normal (art. 143) que carezcan de Asamblea Legislativa, mientras que las de régimen especial han de tener necesariamente este tipo de Asamblea.

El caso es que, al margen interpretaciones teóricas, la realidad nos enseña que la totalidad de las Comunidades Autónomas —ahora que el mapa autonómico español está ya completo— dispone de una Asamblea Legislativa o Parlamento. Y éste es precisamente el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

II

Respondiendo, pues, a la exigencia que se contiene en el art. 57.2.a) de la Constitución (los Estatutos de Autonomía deberán contener “la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica”) el art. 1º de la Ley Orgánica 2/1983 que aprueba el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares establece que “su denominación será Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”. Y, continuando con las exigencias constitucionales, dedica el Estatuto su título III a “las instituciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”. Dice así el art. 18:

- “1. La organización institucional autonómica está integrada por el Parlamento, el Gobierno y el Presidente de la Comunidad Autónoma”.

“2. A los Consejos Insulares les corresponderá el gobierno y la administración de las Islas de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera y sus islas adyacentes. Esos tres Consejos se constituirán en los términos y con las competencias que resulten de la Constitución y del presente Estatuto”.

¿Y cuál es el nombre que el Estatuto reserva para denominar al conjunto de estas instituciones autonómicas? La pregunta puede parecer sorprendente; no lo es si pensamos que cabalmente esto es lo que ocurre en algunos otros Estatutos de Autonomía. Así:

a) En el art. 1º.2 del Estatuto de Cataluña se nos dice que: “la Generalidad es la Institución en que se organiza políticamente el autogobierno de Cataluña”. Obsérvese que se emplea “Institución” en singular; lo cual no deja de chocar con la pluralidad de instituciones que se enumera en el art. 29.1 del propio Estatuto, según el cual: “La Generalidad está integrada por el Parlamento, el Presidente de la Generalidad y el Consejo Ejecutivo o Gobierno”.

Esto invita a pensar en una equivalencia entre los términos Cataluña y Generalidad (a pesar de que en un caso se aluda a una realidad histórico-social y en otra a una organización político-administrativa), que permite una utilización intercambiable de ambos conceptos. Así: en el art. 2º se habla de que “el territorio de Cataluña como Comunidad Autónoma es el de las comarcas comprendidas en las Provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona...”; en el art. 5º.1 se dice que “la Generalidad de Cataluña estructurará su organización territorial en municipios y comarcas...”.

En los arts. 9 y siguientes se enumeran las competencias exclusivas y concurrentes de “La Generalidad de Cataluña”, mientras que en la mayoría de los Estatutos (y por supuesto en el de las Islas Baleares, arts. 10 y ss.) se habla de las competencias de “La Comunidad Autónoma”.

b) El Estatuto de Autonomía de Valencia recibe en este sentido la influencia del catalán. Así, en su art. 9 se dice:

“1. El conjunto de las *instituciones* de autogobierno de la Comunidad constituyen la Generalidad Valenciana”.

Y a continuación se añade:

“2. Forman parte de la Generalidad: las Cortes valencianas (o Corts), el Presidente, el Gobierno valenciano (o Consell) y las demás instituciones que determine el presente Estatuto”.

Esto permite que en la enumeración de las competencias, éstas se atribuyan —como en el caso catalán— a “La Generalidad Valenciana” (art. 31 y ss.) con independencia de que el ejercicio de las mismas corresponda a las Cortes valencianas o al Consell de Gobierno.

Sin embargo, en el caso valenciano (y de acuerdo con el mandato constitucional) ha habido que buscar *un nombre* para la Comunidad que, tras la conocida discusión acerca del término “Reino de Valencia” (que transaccionalmente se incluye en el art. 1º) termina con una solución curiosamente tautológica: la Comunidad Autónoma de Valencia se denominará “Comunidad Valenciana” (art. 1º.1).

c) Andalucía, al igual que Cataluña, no ha necesitado inventar un nombre que ya tenía. Sin embargo parece que ha considerado necesario encontrar la réplica al término “Generalidad” y lo ha encontrado en una expresión tan equívoca como la de “Junta de Andalucía” que, como se verá en seguida nada tiene que ver con la Junta de Galicia (pues ésta constituye el Gobierno o poder ejecutivo de Galicia; art. 9 del Estatuto Gallego). En efecto, el art. 24 del Estatuto de Andalucía dice:

“1. La Junta de Andalucía es la *institución* en que se organiza políticamente el autogobierno de la Comunidad Autónoma. La Junta de Andalucía está integrada por el Parlamento, el Consejo de Gobierno y el Presidente de la Junta”.

De nuevo nos encontramos, pues, con una “institución de instituciones”, sin tradición histórica (por contraste con la Generalidad) y propicia al equívoco (por similitud con la Junta de Galicia).

III

El esquema institucional de las Islas Baleares se inspira en el propio modelo del Estado, es decir, en la fórmula de la división de poderes. Este es, por lo demás, el comúnmente aceptado en todos los Estatutos de Autonomía.

Alterando ligeramente el orden en que estas cuestiones aparecen reguladas en el Estatuto, examinaremos a continuación: el Parlamento; el Gobierno; el Presidente; la Organización Judicial y, en fin, las peculiaridades de los Consejos Insulares.

A) Por lo que se refiere al Parlamento “representa al pueblo de las

Islas Baleares, ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos de la Comunidad Autónoma, controla la acción de gobierno y ejerce todas aquellas competencias que le son atribuidas por el presente Estatuto, las leyes del Estado y las del propio Parlamento". (art. 19.1 del Estatuto).

Las funciones del Parlamento Balear se asemejan, pues, a las de las Cortes Generales: función legislativa y función de control del Gobierno.

a) Por lo que se refiere a la potestad legislativa ésta será plena o subordinada de acuerdo con el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma que se establecen en la Constitución y en el Estatuto.

Así, la Comunidad Autónoma tendrá plena competencia legislativa en relación con las materias de competencia exclusiva que se enumeran en el art. 10 del Estatuto. Con una precisión técnica que no se encuentra en todos los Estatutos, el párrafo final de este artículo termina así: "En el ejercicio de estas competencias corresponderá a la Comunidad Autónoma la *potestad legislativa*, la potestad reglamentaria y la ejecutiva".

En otras materias, en cambio, la potestad legislativa autonómica es subordinada con respecto a la legislación y a las normas básicas del Estado. Esto es lo que ocurre en relación con las competencias atribuidas en los arts. 11 y 15 del Estatuto. El propio Texto Estatutario denomina a esta potestad normativa "de desarrollo legislativo". A diferencia con lo que ocurre con las competencias exclusivas del art. 10, aquí la relación entre las normas estatales y las leyes autonómicas es de jerarquía.

b) La función de control del Parlamento sobre el Gobierno determina la creación de un régimen parlamentario, en el sentido estricto de la expresión, si bien, claro está, a nivel autonómico. El Presidente del Gobierno (que, como luego veremos, es al mismo tiempo el de la Comunidad) se elige por el Parlamento ante el cual ha de defender el programa político de su Gobierno y obtener previo debate la votación de confianza (art. 31). La cuestión de confianza podrá, asimismo, presentarse a lo largo del mandato, durante el cual el Gobierno estará expuesto a la moción de censura que, de ser aprobada, determina el cese del Presidente y de su Gobierno (art. 32).

Hay que subrayar la curiosa reiteración con la que en el Estatuto se recalca la responsabilidad política del Gobierno y de su Presidente ante el Parlamento: art. 32.4; 33.4; y 33.8.c).

B) El Gobierno "es un organismo colegiado con funciones ejecutivas y administrativas" (art. 33). Definición legal que, de entrada, plantea un primer problema interpretativo: ¿dónde empieza el Gobierno y donde acaba la Administración? Desde luego, desde el punto de vista subjetivo (al igual que ocurre en el Estado: arts. 97, 98 y 103 de la Constitución) el Gobierno es algo distinto de la Administración: "está compuesto por el Presidente, el Vicepresidente, en su caso, y los Consejeros" (art. 33.2). Por otra parte, en el art. 41 se nos dice que "corresponde a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de una Administración Pública propia, en el marco de los principios generales y las normas básicas de la legislación del Estado y del presente Estatuto".

Empero, desde otro punto de vista, hay repetidas referencias a una "función administrativa" que no coincide con la Administración en sentido subjetivo, ya que: 1) puede desarrollarla el Gobierno (art. 33.1); 2) la Comunidad Autónoma "ejercerá sus funciones administrativas por medio de los entes y organismos dependientes del Gobierno de las Islas Baleares, así como a través de los Consejos Insulares y de los Municipios" (art. 42); 3) "contra los actos, los acuerdos y las normas reglamentarias emanadas de los órganos ejecutivos y administrativos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se podrá interponer recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Se descubre así, desde el punto de vista subjetivo, una relación Gobierno - Administración de tipo instrumental (art. 41.1) que se superpone, desde el punto de vista funcional, con una relación de confusión. El art. 43.2 antes citado permite, en su literalidad, llevar a la fiscalización de los Tribunales Contencioso-Administrativos actos emanados de los órganos de gobierno interior del Parlamento, por ejemplo.

La función normativa del Gobierno no se limita a la ya señalada potestad reglamentaria, sino que el Estatuto consagra también la figura del Decreto legislativo. "El Parlamento —se dice en el art. 27.1— podrá delegar en el Gobierno de las Islas Baleares la potestad de dictar *normas con categoría de Ley* en los mismos términos y supuestos de delegación previstos en los arts. 82, 83 y 84 de la Constitución". En cambio, no está prevista la figura del Decreto-Ley.

Una duda interpretativa plantea, sin embargo, el mencionado art. 27. A mi juicio, la técnica del Decreto legislativo entre el Parlamento y el Gobierno Autonómico debe limitarse a aquellas materias que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 del Estatuto, pertenecen a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Es decir, a la que he-

mos denominado potestad legislativa plena. Aunque no exista una prohibición expresa, resulta difícil imaginar que una ley del Parlamento Autónomo que tiene que ajustarse a las bases de la legislación estatal adopte, a su vez, la forma de base Ley de Bases para que sea desarrollada por el Gobierno Autónomo.

C) El Presidente de la Comunidad Autónoma rompe, en cierto sentido, el esquema comparativo que estábamos realizando con la organización del Estado. Presenta, en efecto, un carácter *mixto* ya que al mismo tiempo es Presidente del Gobierno y Presidente de la Comunidad Autónoma.

a) El papel de Presidente del Gobierno (es decir, del ejecutivo) se desprende de las siguientes notas:

- Es elegido por el Parlamento (art. 31.1) ante el que presenta el programa de gobierno y solicita la confianza de aquél (art. 31.2).
- Nombra a los miembros del Gobierno y dirige y coordina la acción del Gobierno (art. 31.1).
- Responde políticamente ante el Parlamento y cesa en su cargo precisamente por consecuencia de una moción de censura (art. 32.4).

b) Pero al mismo tiempo concurren en él ciertas notas que sugieren su paralelismo con un Jefe de Estado. Así:

- Ostenta la más alta representación de la Comunidad Autónoma, así como la ordinaria del Estado en las Islas Baleares (art. 32.1).
- Promulga las leyes del Parlamento en nombre del Rey (art. 27.2).

Debe advertirse, sin embargo, que la separación de la figura del Jefe del Estado y del Presidente del Gobierno (o del poder ejecutivo) en los regímenes parlamentarios, es en la historia constitucional un acacimiento relativamente reciente. En las Constituciones decimonónicas, a partir de la Constitución de Cadiz de 1812, la Jefatura del Estado y la del Poder Ejecutivo residen en el Rey. La fórmula, que se repite literalmente en la Constitución de 1876 era la siguiente: “la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.

Más significativa aún es la breve fórmula que emplea en su art. 35 la Constitución de 1869: “El Poder ejecutivo reside en el Rey, que lo ejerce por medio de sus Ministros”.

En realidad, pues, la separación de las Jefaturas del Estado que está teóricamente por encima de los distintos poderes pero a la que prácticamente le falta poder ejecutivo que reside en el Gobierno o Consejo de Ministros, dirigido por su Presidente, aparece en la Constitución Republicana de 1931 y se proyecta, con más claridad todavía, en el art. 97 de la vigente Constitución monárquica.

IV

La tercera columna sobre la que se apoya la teoría de la división de poderes está constituida por el Poder Judicial. Y la primera observación que hay que hacer en esta materia está precisamente en que las Comunidades Autónomas en general —y la de Baleares en particular— carecen de un Poder Judicial propio. Hay, eso sí, una enérgica descentralización de la Administración de Justicia que culmina en la creación del Tribunal Superior de Justicia en cada una de las Comunidades Autónomas. Pero es la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás disposiciones complementarias (art. 48) que dicte el Estado la que fijará los términos y condiciones en que funcionará el Tribunal Superior de Justicia. Ciertamente es que el art. 49 enumera una serie de cuestiones en los órdenes civil, contencioso-administrativo, penal y social, cuya competencia está atribuida a los órganos jurisdiccionales con sede en las Islas Baleares y, en última instancia, al Tribunal Superior de Justicia. Pero así mismo, la unidad jurisdiccional nacional se mantiene con la posibilidad de elevar ante el Tribunal Supremo “el recurso de casación o el que corresponda de acuerdo con las leyes del Estado. El Tribunal Supremo también resolverá los conflictos de competencias y jurisdicción entre los Tribunales de las Islas Baleares y los del resto de España” (art. 49.2).

En resumen, el Poder Judicial no forma parte de los poderes propios de las Comunidades Autónomas. En esta materia la fórmula jurídica organizatoria utilizada ha sido la de descentralización. Y no debe extrañar en absoluto que sea así, si se tiene en cuenta las garantías para preservar la unidad jurisdiccional que han sido establecidas por la Constitución. Así:

- El art. 149.1.5º de la Constitución establece como competencia exclusiva del Estado, la Administración de Justicia.
- La justicia emana del pueblo (español) y se administra en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117). Es decir, del *único* Poder Judicial que existe en el Estado y al que se dedica el número VI de la Constitución.
- El Tribunal Supremo, con Jurisdicción *en toda España*, es el órgano

jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123).

Por cierto que, aunque fuera y por encima de la organización judicial, el Tribunal Constitucional constituye precisamente el máximo organismo de control de la fuerza centrípeta inherente al Estado de las Autonomías, velando por el cumplimiento y respeto a la Constitución Ley suprema y común a todos los españoles. Por eso las leyes del Parlamento de la Comunidad Autónoma —al igual que las de las Cortes Generales— que están excluidas del recurso contencioso-administrativo, están sujetas al control de su constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional (art. 43.1).

V

En realidad las notas de la organización institucional de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que se acaban de examinar son comunes, salvo peculiaridades de carácter secundario, a todas las Comunidades Autónomas del Estado español. La peculiaridad de esta Comunidad Autónoma deriva precisamente de su carácter insular; por eso ya aludimos al comienzo a una institución particularmente específica de estas Islas que son los Consejos Insulares.

En este sentido, el Estatuto de las Islas Baleares podría haberse inspirado en la organización institucional —tanto preconstitucional como autonómica— de las Islas Canarias. Es sabido que en estas otras Provincias españolas de carácter insular se dio lugar al nacimiento de una forma propia de organismos de gobierno y administración: los Cabildos Insulares. De acuerdo con el art. 7º del Estatuto de Autonomía de Canarias “las Islas tendrán además su *Administración propia* en forma de Cabildos, que seguirán regulándose por su legislación específica. Ejercerán asimismo las funciones que este Estatuto les reconoce”.

Este precepto es significativo, ya que la expresión “seguirán regulándose” afirma, como antes se dijo, una característica de la geografía insular de estas Provincias españolas que dio ya lugar a un tratamiento específico en la legislación preconstitucional. Pero, claro está, el Estado de las Autonomías también en esta materia hubo de producir sus efectos propios. Y así se lee en el art. 22.3 del Estatuto Canario:

“A los Cabildos Insulares les corresponde el ejercicio de las funciones que les son reconocidas como propias, *las que se les trans-*

fieran o deleguen por la Comunidad Autónoma y la colaboración en el desarrollo y ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno canario en los términos que establezcan las leyes de su Parlamento. Las transferencias y delegaciones llevarán incorporados los medios económicos, materiales y personales que correspondan”.

Y todavía en este precepto se añade algo más que contribuye a diseñar el carácter propio de los Cabildos:

“Los Cabildos asumen la representación ordinaria en cada isla de la Comunidad Autónoma y ejecutarán en su nombre, cualquier competencia que ésta no ejerza directamente a través de órganos administrativos propios”.

En este esquema organizativo se advierte, por supuesto, algo que, por así decirlo, rompe los moldes generales del título VIII de la Constitución. El Cabildo Insular se introduce, más que como un escalón intermedio entre la Comunidad Autónoma y los municipios, como un organismo que, en virtud de la fórmula de la transferencia y la delegación, puede actuar en cada isla en sustitución de la propia Comunidad Autónoma; más aún, en ciertos casos —como se desprende del último precepto transcrito— como órgano de sustitución automática.

Aunque esto significa ciertamente un anticipo de lo que van a significar los Consejos Insulares en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, hay que reconocer que la configuración de estos últimos se realiza con rasgos mucho más enérgicos. El art. 18 del Estatuto Autonómico de las Islas Baleares (cuyo contenido se repite casi literalmente en el art. 37) se asemeja, por supuesto, con el art. 22 del Estatuto Canario. Pero las diferencias cualitativas se advierten particularmente cuando en el art. 39 se establece la enumeración de las competencias de los Consejos Insulares. Vale la pena recordar el primer párrafo de este artículo en el que encontramos, a nuestro juicio, las peculiaridades más específicas del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares:

“Los Consejos Insulares, además de las competencias que les corresponden como Corporaciones locales, tendrán la facultad de asumir en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión en la medida en que la Comunidad Autónoma asuma competencias sobre las mismas, de acuerdo con el presente Estatuto, en las siguientes materias...”

A continuación se enumeran nada menos que veintisiete materias sobre las cuales la competencia se atribuye a los Consejos Insulares y, por si esto no fuese poco, el art. 39 termina con el siguiente párrafo adicional:

“Y, en general, cualesquieran otras que en su ámbito provincial correspondan a los intereses respectivos, de acuerdo con las *transferencias o delegaciones* que a tal fin se establezcan, a demanda de los Consejos Insulares y de conformidad con todo cuanto se prevé en los apartados 2 y 3 del art. 26 de este Estatuto”.

Una primera observación ha de ser subrayada a la vista de lo anterior: las competencias de los Consejos Insulares no se ejercitan en virtud de ninguno de los títulos jurídicos que significan la transferencia, la delegación o la sustitución. Se trata de una *atribución* —con toda la fuerza jurídica que esta figura comporta— expresamente establecida en el Estatuto de Autonomía y que, por consiguiente, no podría ser alterada 1) ni por Ley del Parlamento Balear, a pesar de las competencias legislativas que en esta materia le atribuye el art. 10.1 del Estatuto, sobre organización, régimen y funcionamiento de las instituciones de autogobierno balear, 2) ni siquiera por ley de las Cortes Generales (que se encontrarían con el obstáculo que supone precisamente el precepto estatutario que se acaba de citar, así como con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de Agosto de 1983 relativa al conocido caso de la impugnación de la LOAPA). En resumen: la alteración de las competencias de los Consejos Insulares implicaría una reforma del Estatuto y, por consiguiente, habría que acudir al procedimiento establecido en el art. 68 de dicho Cuerpo legal.

Pero veamos ahora en qué forma las competencias atribuidas a los Consejos Insulares inciden en las competencias de la propia Comunidad Autónoma Balear.

a) Por lo que se refiere a las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma Balear que se enumeran en el art. 10 de su Estatuto de Autonomía, *todas* (excepto lo referente a la organización de las instituciones de autogobierno; la legislación foral y la hacienda de la Comunidad Autónoma) pasan a ser *ejecutadas y gestionadas* por los Consejos Insulares.

Hay que subrayar que esto significa una modificación del propio texto estatutario (por no hablar de una contradicción entre los art. 10

y 39) ya que el art. 10, termina la enumeración de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma con el siguiente párrafo:

“En el ejercicio de esas competencias, corresponderá a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la *función ejecutiva*”.

Pues bien; si nos atenemos al art. 30, la función ejecutiva y la gestión en estas materias no está atribuida a la Comunidad Autónoma sino a los Consejos Insulares dentro, claro está, de sus respectivas jurisdicciones territoriales. La Comunidad Autónoma sólo conserva la potestad legislativa y la potestad reglamentaria.

b) Por lo que se refiere a las competencias que atribuye a la Comunidad Autónoma el art. 11 del Estatuto para el desarrollo legislativo y la ejecución dentro del marco de la legislación básica del Estado de una serie de materias que, hasta un total de catorce, se enumeran en dicho artículo, por lo menos la mitad de ellas pasan a ser, en cuanto a su ejecución y gestión, competencia propia de los Consejos Insulares. En algún caso concreto, incluso podría afirmarse que se produce un vaciamiento total de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma; así, en relación con los contratos y concesiones administrativas (art. 11, nº 9) ¿se puede saber cuáles son los que quedan en manos de la Comunidad Autónoma siendo así que cada Consejo Insular (art. 39, nº 24) asume la competencia para la realización de contratos y concesiones administrativas en las materias cuya gestión le corresponde en su territorio?

c) En fin, el art. 12 del Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma la función ejecutoria, dentro del marco de la legislación estatal, de un total de 11 materias, de las cuales *cuatro por lo menos* figuran entre las competencias propias de los Consejos Insulares de acuerdo con el art. 39. Puesto que aquí la función (función ejecutiva) atribuida a la Comunidad Autónoma es la misma que la atribuida al Consejo Insular y la materia es coincidente, hay que admitir que el vaciamiento de competencia de la Comunidad Autónoma a favor del Consejo Insular se produce íntegramente. Por ejemplo, la ejecución de la legislación general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas atribuidas a la Comunidad Autónoma (art. 12.3) desaparece desde el momento en que cada Consejo Insular es el competente para, dentro de su jurisdicción territorial, aplicar dicha legislación (art. 39,25).

Hay que repetir, por consiguiente, que estamos en presencia de peculiaridades absolutamente singulares del Estatuto de Autonomía de las

Islas Baleares que no se repiten en ningún otro Estatuto de Autonomía. Incluso puede afirmarse que, por contraste con lo que ocurre en algunos de ellos —la tendencia de la Generalidad de Cataluña de absorber, en un evidente proceso de centralización interna, las competencias de las Diputaciones Provinciales— en el caso de las Islas Baleares se puede ciertamente hablar de una autonomía dentro de la Autonomía; o, si se prefiere, de una autonomía de segundo grado a favor de los Consejos Insulares.

¿Cómo queda entonces el cuadro delimitador de las competencias de la Comunidad Autónoma Balear con los Consejos Insulares? Intentando simplificar, podría ofrecerse el siguiente esquema de articulación entre la competencia de una y otros:

a) La Comunidad Autónoma Balear mantiene sus facultades legislativas y de desarrollo legislativo de la legislación básica estatal en las materias enumeradas en el art. 10 del Estatuto.

b) Sigue siendo asimismo titular exclusiva en cuanto al ejercicio de funciones ejecutivas en relación con determinadas materias: por ejemplo, hacienda de la Comunidad Autónoma; régimen estatutario de los funcionarios; expropiación forzosa (aunque en relación con esto plantea dudas la atribución de las obras públicas a los Consejos Insulares); salvamento marítimo, etc.

El diseño, naturalmente, no es perfecto, —como nunca lo son las cuestiones de límites— y esperemos que en la práctica se vayan resolviendo los posibles conflictos de competencia que posiblemente puedan plantearse.

EL CONSELL DE LA FRANQUESA (*)

ROMAN PIÑA HOMS

Catedrático Interino de Historia del Derecho Español

SUMARIO: I.- El Tema y las fuentes. II.- Los medios de control del poder en los reinos hispánicos. III.- La articulación del recurso de contrafuero en el Reino de Mallorca. IV.- El Consell de la Franquesa: a) origen y composición; b) naturaleza y atribuciones. V.- El funcionamiento del Consell de la Franquesa y su efectividad como medio de reparación de agravios. VI.- Conclusiones. VII.- Apéndice documental.

1. EL TEMA Y LAS FUENTES

El denominado *Consell de la Franquesa*, órgano previsto en el ordenamiento jurídico del Reino de Mallorca, para limitar el poder de la monarquía y controlar su ejercicio, aparece a los ojos del estudioso de nuestros días como una institución apenas tratada. ¿Por qué ha despertado tan escaso interés entre los historiadores mallorquines? ¿Acaso fue una institución medieval que sólo figuró en la letra de la ley, sin arraigo ni efectividad en los momentos en que se hizo precisa su intervención? El hecho es que el primer historiador de Mallorca, Juan Binimelis (1), en el siglo XVI, se olvida de este organismo en su capítulo dedicado a las instituciones del reino, e igualmente lo pasan por alto los posteriores historiadores de los siglos XVII y XVIII, como Juan Dameto, a pesar

(*) Comunicación presentada en la "VI SEMANA DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL". Madrid, 11-16 de Abril de 1983.

(1) JUAN BINIMELIS escribe su *Nueva Historia de la isla de Mallorca*, en 1593, dedicando el tomo III a la exposición de las instituciones del Reino, cuando aún permanece cercana la guerra de "Les Germanies", a la que dedica el libro VI de su obra, enjuiciando con dureza a los "agermanats". Desde este presupuesto se comprende que su atención se dirigiese más al estudio de las instituciones que fortalecen o simplemente respetan la autoridad real, que de aquellas otras que tratan de limitarla, como es el caso del Consell de la Franquesa.

de que este último dedicase especial atención a la parte institucional, en su *Historia General del Reino de Mallorca* (2).

La recopilación del Derecho Municipal de Mallorca de Canet y Mesquida (3), recoge la normativa legal que establece la nulidad "ipso iure" de *qualsevol cosa sia estades feta contra franquesas*, pero olvida las disposiciones reguladoras del *Consell de la Franquesa*, cuando precisamente dicho organismo estaba llamado a ser el instrumento que declarase la existencia de contrafuero en los actos y disposiciones del monarca o sus oficiales delegados. ¿Acaso ya entonces había dejado de existir?

Las "Ordinacions" de Antoni Moll (4) son algo más explícitas, y al menos dan noticia del capítulo otorgado por Alfonso V, en 11 de abril de 1445, suponiendo que dicho texto legal dio origen al *Consell de la Franquesa*. Otros repertorios de leyes de Mallorca, confeccionados durante la época, como el del Doctor Miguel Miralles (5), no hacen mención alguna de la institución, y cuando a inicios del siglo XVIII, el general D'Aspheld, conquistador de la isla en nombre de Felipe V, informa a éste sobre las instituciones a conservar del Derecho Público Mallorquín, hace una exhaustiva exposición de todos los tribunales y órganos de la

(2) A JUAN DAMETO le fue encargada la obra por resolución de los Jurados de la Ciudad y Reino de Mallorca, en 1631. Realizó el primer tomo, pero habiendo fallecido cuando aún tenía pendiente el segundo, fue completada por VICENTE MUT y JERONIMO ALEMANY. En 1840 aparece una nueva edición, corregida y aumentada por MIGUEL MORAGUES y JOAQUIN M^a BOVER.

(3) PERE JUAN CANET y ANTONI MESQUIDA concluyen su recopilación del Derecho municipal de Mallorca el 26 de abril de 1622. La obra había sido iniciada por los doctores PERE MOLL, JORDI ÇAFORTEZA y ONOFRE SALVA, obedeciendo al encargo formulado a éstos por los Jurados del Reino en 1602. Constituye una auténtica recopilación, de carácter sistemático, dividida en cinco libros, y éstos en títulos y leyes. El libro I recoge Derecho eclesiástico específico para Mallorca, y Derecho Público, relacionando todos los órganos de gobierno del reino y las normas que los regulaban, sin hacer mención alguna del "Consell de la Franquesa".

(4) Las *Ordinacions y Sumari dels privilegis, consuetuts, y bons usos del Regne de Mallorca* de ANTONI MOLL, notario, síndico y archivero de la Universidad del Reino de Mallorca, son imprimidas en 1663, con licencia del lugarteniente del Reino y a petición de los Jurados. La primera parte de la obra comprende una recopilación de pragmáticas y "ordinacions" y "capitols" hechos por los Jurados y aprobados por los reyes. La segunda constituye un repertorio por orden alfabético de las Franquezas y Privilegios del Reino. En dicho repertorio aparece el nombre del "Consell de la Franquesa", al tiempo que se relacionan algunas de las disposiciones que lo regulaban.

(5) La obra de MIGUEL MIRALLES, inédita, que se conserva en el Archivo Municipal de Palma, aparece como *Repertorio de todo lo que contienen los privilegios y pragmáticas que están en el Archivo de la Procuración Real*. Aunque sin fecha, la obra podemos situarla hacia finales del siglo XVII.

Administración obrantes en Mallorca (6), sin la más ligera alusión al *Consell de la Franquesa*.

Llegados al siglo XIX, José María Quadrado, en su obra *Privilegios y Franquicias de Mallorca* (7), detecta la existencia de varias disposiciones que él mismo estima relacionadas con el antiguo *Consell de la Franquesa*. Pero tampoco Quadrado se siente atraído hacia el estudio del organismo. Ha sido precisamente en nuestros días, Alvaro Santamaría, quien ha acertado en señalar no sólo el hecho de su funcionamiento durante el siglo XV, sino incluso su importancia, aludiendo repetidamente al mismo, en su reciente trabajo sobre el proceso de señorialización de Mallorca en el siglo XVII (8).

Pese, como vemos, al limitado interés despertado, la verdad es que el citado organismo, como único instrumento de conocimiento del recurso de contrafuero en el antiguo Reino de Mallorca, merece una especial atención. Pudo desempeñar un papel importante, máxime en el caso de una entidad política como Mallorca que nunca llegó a disponer de Cortes propias. Sin embargo se hace difícil su estudio por la casi inexistente bibliografía y la escasez de fuentes. En el Archivo Histórico del Reino de Mallorca, hasta el momento, no han aparecido las posibles actas que acreditasen las reuniones del organismo o sus resoluciones o sentencias, que nos habrían permitido tomar el pulso a su funcionamiento. Solo hemos podido descubrir un conjunto de siete disposiciones legales, dictadas por los monarcas catalano-aragoneses, todas ellas a lo largo del siglo XV. La primera es una carta real de Martín el Humano, fechada en 1404. Se suceden otras varias, también bajo la forma de cartas u órdenes reales cursadas al gobernador de la isla. Luego unos capítulos otor-

(6) Esta exposición ha sido publicada por SANPERE I MIQUEL en *Papeles sobre el nuevo reglamento para el gobierno del Reino de Mallorca*, "Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana", XI, (Palma 1905), págs. 137-144. Recientemente JOSE JUAN VIDAL ha publicado una documentación complementaria, en la que tampoco se recoge el "Consell de la Franquesa". Nos referimos al *Informe y descripción de las instituciones... enviado a Felipe V por D. Miguel Malonda*, publicado en "Fontes Rerum Balearium", IV, (Palma 1980), págs. 267-272.

(7) La obra de JOSE MARIA QUADRADO titulada *Privilegios y Franquicias de Mallorca*, es un catálogo y al mismo tiempo un extracto, de cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas, otorgadas por los reyes en el período comprendido entre el siglo XIII y finales del siglo XVII, recogiendo la normativa incluida en los códigos que se custodian en el Archivo Histórico de Mallorca. Se edita en Palma, en la Escuela Tipográfica Provincial, en 1894.

(8) ALVARO SANTAMARIA ARANDEZ, *En torno a la evolución del modelo de sociedad en el Reino de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*, *Estudis Balearics*, nº 3, Palma 1981.

gados a petición de los embajadores del reino mallorquín (8 bis), y por último, otra carta real, de Fernando el Católico, de 1481. Todas estas disposiciones regulan expresamente la composición y atribuciones de dicho *Consell de la Franquesa*. Aparecen recogidos en los códigos del notario *Sant Pere*, en los del *Rosselló Vell* y *Rosselló Nou*, y en el *Llibre de Jurisdiccions i Stils*, que se conservan en el Archivo del Antiguo Reino de Mallorca. De la más importante de ellas, fechada en Valencia el 16 de noviembre de 1406, aportamos su transcripción íntegra en el apéndice documental que se acompaña al trabajo. Otras disposiciones, también recogidas en los códigos de dicho archivo, concretamente en el *Rosselló Vell* y *Rosselló Nou*, nos han ayudado a centrar el tema, puesto que si bien no se refieren directamente al organismo en cuestión, se relacionan con materias que afectan al mismo, como son las relativas a la nulidad de actos administrativos y disposiciones que contrarían lo dispuesto en los privilegios, franquesas y buenos usos del reino mallorquín. Algunas de ellas son del siglo XIV, por tanto anteriores a la fecha de constitución del citado *Consell de la Franquesa*.

II. LOS MEDIOS DE CONTROL DEL PODER EN LOS REINOS HISPANICOS

A lo largo de la Baja Edad Media, y con mayor fuerza al consolidarse la monarquía hispánica, se produce el conocido fenómeno de acrecentamiento del poder real que, en el ámbito de la creación jurídica, hará que el rey, en cada uno de sus reinos, pretenda imponer su voluntad como fuente creadora de la norma, por encima del Derecho ya establecido, derogando o vulnerando *motu proprio* un ordenamiento o normativa, en buena medida pactada entre la Corona y los estamentos del reino. De ahí que en estos momentos nazca la necesidad por parte de los reinos, de establecer organismos de control del poder real, que garanticen el respeto a un ordenamiento jurídico que, a fin de cuentas, los reyes al acceder al trono han jurado conservar (9).

(8 bis) Hemos de advertir han venido denominándose "capítols", en la exposición de las fuentes del Derecho en el Reino de Mallorca, no sólo las disposiciones aprobadas por el rey en las Cortes, a propuesta de los tres brazos, o de uno de ellos, pero con el consenso de los otros dos, sino también aquellas que son aprobadas por el rey, fuera de las Cortes, a propuesta de los representantes del reino mallorquín, después de haber sido elaboradas por los jurados y aprobadas, en su caso, por el Gran i General Consell.

(9) Destaca GUSTAVO VILLAPALOS, que "es, ante todo, el respecto de los "iura quesita" de los gobernados, el deber primordial del gobernante. Este es el significado de

Estos organismos, nacidos de una conciencia social que trata de enfrentarse al absolutismo, partiendo del principio de que es preciso el sometimiento del príncipe a las leyes vigentes en su reino, son de distinta naturaleza y corren muy diversa suerte en cada unidad política hispánica.

En los reinos sometidos a un poder monárquico fuerte, como son los de la Corona de Castilla y León, el príncipe podrá afianzar con mayor fortuna el principio de la *plenitudo potestatis* e imponer su voluntad *non obstante aliqua lex*, apoyándose en el criterio de que los actos de gobierno del príncipe, contrarios al Derecho vigente en su reino, serían válidos siempre que contuvieran *una expresa cláusula derogatoria o suspensiva de la vigencia de aquellas leyes contra las que tales actos iban* (10). En poco más de un siglo vemos como se produce la evolución, puesto que del eclecticismo recogido en la ley 29 de las *Leyes Nuevas*, ya influidas por los principios cesaristas (11), pasamos al contundente texto de Juan II de Castilla, de 1439, en que sin ambages declara que *tan grande es el derecho del poder del rey, que todas las leyes e todos los derechos tiene so sy, e no lo ha de los hombres, mas de Dios, cuyo lugar tiene en las cosas temporales* (12). Texto éste, que constituye la consagración en Castilla, del principio *Princeps legibus solutus est*, aportado por la Recepción, y por consiguiente, de que las pragmáticas dictadas por el rey puedan incluso revocar leyes aprobadas en Cortes.

No obstante, el agravio que representa el hecho de que el rey pueda dictar disposiciones de gobierno contrarias a las leyes vigentes, permanece como acción injusta en la conciencia de los súbditos (13) lo cual

la progresiva valoración que se concederá al juramento que los reyes realizan al comienzo de su reinado. En él se comprometen a respetar y guardar los privilegios, buenos usos, exenciones, franquezas y libertades de sus súbditos", *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1976, pág. 82.

(10) FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE nos recuerda que "los reyes y muy en particular los de Castilla, utilizaron estas cláusulas profusa y libremente, y siempre que querían hacer o mandar algo contrario a Derecho, se limitaban a incluir en su mandato o disposición tales cláusulas", *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1981, pág. 286.

(11) No olvidemos que las "Leyes Nuevas", colección de disposiciones de Alfonso X, elaborada en 1278, nacen de la necesidad de consulta al rey, ante la insuficiencia del Fuero Real, y lógicamente acusan ya la nueva frontera preconizada por un monarca dispuesto a promocionar un Derecho Real, de ámbito territorial, que supere el localismo jurídico y las limitaciones de la Corona en orden a la creación de leyes, pero que se ve bloqueado al carecer de los resortes políticos precisos para llevar adelante los cambios deseados.

(12) Este texto va dirigido por Juan II a los altos dignatarios de su Corte, a los que recuerda que están obligados, al igual que todos sus súbditos, a cumplir su voluntad "con toda umidad e rreverencia". Véase TOMAS Y VALIENTE, op. cit., pág. 286.

(13) JOSE LUIS BERMEJO, *La idea medieval de Contrafuero en León y Castilla*, "Revista de Estudios Políticos", 187, (Madrid 1973), págs. 299-306.

hará que se generalice la fórmula del *obedézcase pero no se cumpla*, y, a su amparo, que al menos se permita la suspensión de los mandatos contrafuero, a no ser que el rey obligue insistentemente a su cumplimiento, en cuyo caso no habrá ya medio alguno de defensa.

Distinta suerte corre el fenómeno del contrafuero en los territorios de la Corona de Aragón, en donde los poderes estamentales, a través de las Cortes, pueden exigir un auténtico control del poder del monarca. Jesús Lalinde (14) considera que en Cataluña, las limitaciones al poder real, establecidas a lo largo de los siglos XIV y XV, tienen su origen en la propia organización feudal de la sociedad catalana, heredada de los siglos XI y XII, porque si bien con el progresivo debilitamiento del feudalismo los condes de Barcelona aumentaron su poder, éste quedó limitado a través del pacto entre el príncipe, de un lado, y los estamentos, del otro, en virtud del cual los súbditos compraban con dinero la actuación moderada del rey en los asuntos políticos. Siguiendo con el caso de Cataluña, vemos cómo la reparación de agravios nacidos por lesión de los derechos subjetivos, puede nacer, bien por actos de gobierno del rey o de sus oficiales, bien por la acción legislativa del rey, por tanto unilateral, vulnerando normas ya establecidas y pactadas entre éste y los estamentos del reino, en cuyo caso la disposición emanada de tal acción legislativa se declara *ipso facto* nula, sin que pueda ser obedecida ni mandada obedecer por ningún juez ni oficial. La constitución *Poc valdria...* (15) dada por Fernando II en 1481 y ampliada en 1493, representa la más contundente defensa de este principio, al declarar incursos en la pena de excomunión, al rey y sus oficiales, cuando lesionen el Derecho establecido, faltando al juramento realizado al tomar posesión de sus cargos, de observar las *constitucions* (16). La doctrina jurídica catalana es bien explícita en este sentido: El rey no está por encima de la ley, sino que es su primer servidor. Francesc Eiximenis nos recordará en su *Regiment de la cosa pública que no deu ésser rei qui no té la llei e no serva aquella* (17), y en su *Regiment de Princeps* insistirá que *han lo primer e principal grau de la llibertat civil, car ells poden manar als altres, e a*

(14) JESUS LALINDE ABADIA, *La maduresa de les institucions*, "Historia de Catalunya". III, (Barcelona 1978), pág. 240.

(15) Libro I, Título XVII, ley 11 de *Constitucions i altres Drets de Catalunya*. I, (Barcelona 1588), pág. 49.

(16) El deber de juramento, con fórmulas muy precisas, que garantizan la observancia del Derecho vigente en el reino, lo veremos también en la toma de posesión de cargos públicos en el reino de Mallorca. Las fórmulas utilizadas han sido publicadas por ANTONI PONS en su obra *Constitucions del Regne de Mallorca*, II, (Palma 1934), pág. 364.

(17) FRANCESC EIXIMENIS, *Regiment de la Cosa pública*, Barcelona reedición 1904, pág. 69.

ells no mana sino la ley, els pactes al los vassalls, els mana encara la conciencia e Deu (18).

Los agravios nacidos del contrafuero, son en Cataluña recogidos en unos *memoriales*, corriendo su comprobación a cargo de unos jueces — *judges de greuges*— nombrados por partes iguales por el rey y por las Cortes, en número de nueve por cada parte. Su decisión es vinculante, correspondiendo al monarca la reparación del daño causado por sus oficiales en el ejercicio de sus funciones, aunque Jaime II en 1291 declara que sean los propios oficiales los que enmienden el daño con sus bienes (19). En caso de que se falte a la reparación, las Cortes denegarán al rey los servicios que les pida.

Con independencia del sistema de reparación de agravios nacido de la acción tutelar de las Cortes, a nivel de la propia administración de justicia, siempre a cargo del rey, cuando se plantee la duda sobre si una disposición real incurre en contrafuero, se arbitrará una comisión especial, integrada por el canciller, el vice-canciller y el regente de la Audiencia, la cual comisión, una vez recibida la denuncia, pasa a informarla, a efectos de que la Audiencia resuelva acerca de la nulidad de la disposición y revoque en su caso los actos administrativos realizados conforme a la misma (20).

Por lo que respecta al reino de Aragón, aparece el Justicia como jurisdicción intermedia entre el rey y los estamentos, pero su intervención no se produce, como en Cataluña, para reparar lesiones de derechos individuales, sino de los estamentos. Se sitúa más cerca de lo que podríamos denominar la acción popular, a cargo del estamento, propia del corporativismo de la Baja Edad Media, destacada por Gustavo Villapalos (21), y que Jesús Lalinde considerará por tal motivo, *mas enmarcada en la esfera pública que en la privada* (22).

(18) FRANCESC EIXIMENIS, *Regiment...* cit., pág. 118.

(19) JESUS LALINDE ABADIA, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona 1983, pág. 550.

(20) TOMAS Y VALIENTE, *opt. cit.*, pág. 295.

(21) VILLAPALOS al analizar cómo la integración de los individuos en los estamentos, es la característica más acusada del llamado régimen corporativo de la Baja Edad Media, destaca la circunstancia de que ante el agravio inferido a un individuo, es el propio estamento o grupo el que se siente agraviado, lo que comporta su legitimación para recurrir, dando lugar a una llamada acción popular, en favor de los miembros de una comunidad en determinados casos de interés común. Véase *op. cit.*, págs. 138 y 244.

(22) Separándose de los términos en que se encuadra la acción popular expuesta por VILLAPALOS, la acción del Justicia aragonés no parte de la previa existencia de un agrava-

En Valencia se plantea la defensa del contrafuero dentro del mecanismo de sus Cortes, de forma parecida a Cataluña. Los agravios derivados del contrafuero con independencia de los que sólo producen lesión de derechos subjetivos, debían pasar a examen de la *Junta de electos de Contrafueros*, designada por los brazos de las Cortes, en número de seis representantes por cada brazo. En esta junta, según expone Manuel Danvila (23), después de valorados los hechos y detectado el contrafuero, se redactaba una resolución, que era presentada al monarca para que proveyera al remedio. También según el autor antes citado, para que un *greuge* pudiera ser conocido por dicha junta, se precisaban tres requisitos: a) no poder ser objeto de otro procedimiento de reclamación; b) importar al bien común y no a un interés particular; y c) haber sido inferido por persona revestida de pública autoridad.

En el Reino de Navarra se entiende por contrafuero, la infracción de cualquier disposición de Derecho navarro que lesione sustancialmente la constitución del reino, correspondiendo a las Cortes y a la Diputación obtener la satisfacción del mismo. Según expone Salcedo Izu (24), *todo el juego legislativo a que da lugar el contrafuero y su reparo, es una repercusión del equilibrio de poderes entre el soberano y la comunidad navarra*. El agravio se produce por *añadir, mudar, quitar o modificar lo que por nuestras leyes estuviese dispuesto* (25). En principio, siempre siguiendo al mencionado autor, la protesta corresponde a los síndicos, para más tarde pasar su conocimiento a la Diputación del Reino, que recibe el importante encargo de *atender a la guarda y cuidado de los fueros*. Su toma en consideración por parte de ésta, puede venir tanto a través del cauce corporativo, como de particulares movidos por interés personal. Reconocido el agravio, compete al virrey su reparación, y en caso de que éste se negase a ello, la Diputación se encarga de reclamar ante el soberano.

vio individual —la lesión de un derecho subjetivo— que luego repercute en el estamento, legitimando a éste para actuar, sino que nace del perjuicio que se hace al grupo social, vulnerando el ordenamiento general —lesión del derecho objetivo— que, naturalmente, puede también estar lesionando derechos del individuo que al mismo pertenece, lo que “hace que su actuación esté más enmarcada en la esfera pública que en la privada”. Véase LALINDE ABADIA, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona 1983, pág. 549.

(23) MANUEL DANVILA Y COLLADO, *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia*, Madrid 1905, pág. 286.

(24) JOAQUÍN SALCEDO IZU, *Contrafueros y reparo de agravios*, “Anuario de Historia del Derecho Español”, (Madrid 1969), pág. 763.

(25) Ley 3 de las Cortes de 1688, inserta en la *Novísima Recopilación*, I, 3, 4, y expuesta por SALCEDO en su obra antes citada.

Tanto en Navarra como en Aragón, como aprecia Tomás y Valiente (26), el reparo del agravio podía dar lugar a una ley nueva acordada entre el rey y el reino que, al mismo tiempo que reparase el agravio, aclarase y fortaleciese el Derecho del reino. Salcedo Izu aporta varios ejemplos de disposiciones navarras así originadas durante los siglos XVII y XVIII, incorporadas a la Novísima Recopilación.

III. LA ARTICULACION DEL RECURSO DE CONTRAFUERO EN EL REINO DE MALLORCA

Antes de penetrar estrictamente en la materia, conviene recordar una circunstancia fundamental, como punto de partida de nuestros posteriores análisis: que las instituciones mallorquinas son natural reflejo de las del Principado Catalán. A Mallorca se han trasladado, adecuadas a las nuevas circunstancias, las premisas básicas de las Cartas de Población de Lérida, Tortosa y Agramunt, estructurando y dando contenido a su *Carta de Franquesas* otorgada en 1 de marzo de 1230, como han puesto de manifiesto en sus estudios sobre el tema, tanto Font Rius (27) como Guilarte Zapatero (28). A Mallorca se han trasladado las instituciones del *batle* y del *veguer*, así como el esquema orgánico de su administración municipal, que evoluciona, como ha expuesto Santamaría Arandez (29), parejo al de las grandes municipalidades de Valencia y Barcelona. No tiene por tanto que extrañarlos que esta ósmosis se opere igualmente en relación con la materia que estudiamos.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, se producirá un bache o vacío institucional importante, que diferenciará a Mallorca del resto de los países catalanes, distorsionando su arquitectura institucional: su carencia de Cortes privativas. Irregularidad poco justificable, máxime cuando, como es el caso, Mallorca constituyó durante casi un siglo reino independiente,

(26) TOMAS Y VALIENTE, op. cit., pág. 296.

(27) JOSE MARIA FONT RIUS, *Cartas de Población y Franquicias de Cataluña*, I, (Barcelona 1969), pág. 28.

(28) ALFONSO GUILARTE ZAPATERO, *El municipio de Mallorca según su primera Carta*. Homenaje a Perez Serrano. Madrid 1959.

(29) Sin embargo, precisa SANTAMARIA, que el desarrollo institucional de Mallorca en el bajo medievo, es más afín con Valencia que con Cataluña. En este sentido específica: "en relación a la estructura del municipio es notorio que el estatuto sobre la Juraría de Mallorca en 1249, es trasunto del estatuto sobre la Juraría de Valencia de 1245. Además el paralelismo institucional se observa en otras áreas clave de la ordenación político-económica: el sistema monetario, las competencias del mostasaf y la normativa del Consulado de Mar", ALVARO SANTAMARIA ARANDEZ, *Los Consells municipales de la Corona de Aragón*, "Anuario de Historia del Derecho Español", (Madrid 1981), pág. 325.

con dinastía propia dentro de la Casa de Barcelona (30). ¿Por qué entonces esta distorsión? Podrían haberse consolidado unas Cortes durante la monarquía privativa, esto parece lo más lógico, pero quizás tal medida hubiese reportado complicaciones en la siempre difícil entente de los reyes mallorquines con la rama primogénita del Casal de Barcelona —los condes reyes de Aragón— con la que habían sido obligados a pactar la condición de feudatarios (31) y como tales acudir a las Cortes catalanas (32). Al eliminar Pedro el Ceremonioso a su pariente Jaime III de Mallorca, e incorporar las islas a la Corona de Aragón, se establece la incorporación de sus representantes estamentales en los respectivos brazos de las Cortes de Cataluña, aunque de hecho su presencia en las mismas sea cada vez más excusa, hasta hacerse con el tiempo inexistente (33). Pero, pese a esta realidad, en teoría los mallorquines podrían haberse beneficiado, para reparar sus agravios, del mecanismo de las Cortes catalanas. Les habría bastado con afianzar su presencia en las mismas, votando en ellas sus propios subsidios y negociándolos en función de que la monarquía les reparase sus propios agravios. De hecho, en Cortes de Monzón de 1376, entre los capítulos presentados al rey por los *sindichs de las universitats de las ciutats e vilas reynals de Cathalunya*, figura uno, que lleva el número ochenta y siete, especificando: *que sian revocats de fet tots greujes als brases del principat o al general de Mallorca o a sin-*

(30) El reino independiente de Mallorca se instaura en virtud de disposiciones testamentarias de Jaime I el Conquistador, en la persona de su segundo hijo, Jaime, en 1276, y se prolonga, tras diversas vicisitudes, hasta la definitiva incorporación del reino a la Corona de Aragón, que se consolida con la derrota y muerte de su último rey privativo, Jaime III, en la batalla de Lluçmajor, en 1348. Dicho reino comprendía una porción insular —las Baleares— y una porción continental, los territorios ultrapirenaicos de los condados del Rosselló, Vallespir, Conflent y Cerdaña, el puerto de Cotlliure, el señorío de Montpellier y los vizcondados de Omelades y Carlades. Véase ROMAN PINYA HOMS, *Els Reis de la Casa de Mallorca*, Palma 1982, pág. 11.

(31) El pacto feudal entre Jaime II de Mallorca y su hermano Pedro III de Aragón, se establece a exigencias de este último, aprovechando la debilidad de carácter del monarca mallorquín, en 1279, y contrariando la voluntad testamentaria de Jaime I, que sólo había previsto la enfeudación en los condados pirenaicos y en el caso hipotético de que por morir sin hijos Jaime de Mallorca o sus descendientes o por cualquier otra causa, pasasen estos dominios a personas extrañas a la dinastía de la Casa de Barcelona. JOSE MARIA QUADRADO, *Islas Baleares*, Palma reedición 1968, pág. 72.

(32) El pacto de enfeudación imponía la carga de que el rey de Mallorca “una vegada cadany” acudiese “a corts nostres e dels nostres a Catalunya”. Véase PINYA I HOMS, *La participació de Mallorca en les Corts catalanes*, Palma 1978, pág. 20.

(33) A partir del siglo XV no hay indicio alguno de participación de los mallorquines en las Cortes del Principado, a las que sin embargo asisten representantes de otros territorios insulares, como los menorquines, seguramente porque con éstos no han llegado a producirse las graves tensiones que enfrentaron a Mallorca con Cataluña, a raíz del impago de las deudas de la “Consignació”. Idem, pág. 79.

gulars personas d'aquellas, e sian francas de tot dret las cartas de revocació, és fassan durant aquesta cort las bonas ordenacions que dits braves demanan: promet el rey provehir als greujes en justicia e que res rebrá per dret de segell (34). Aún así, el deseo de los mallorquines por mantenerse aparte de las Cortes catalanas, les permite afianzar sus propias fórmulas parlamentarias de diálogo con la Corona (35) y de control del poder de ésta, pero sin alcanzar la consolidación de Cortes propias y ver garantizada a través de las mismas la defensa eficaz de su Ordenamiento jurídico.

Efectivamente, descartado el mecanismo de unas Cortes privativas, los reyes de Aragón, a petición del Reino de Mallorca, arbitrarán otros sistemas que, en buena medida, también son réplica de instituciones análogos del Principado, como fue la Comisión Especial para el conocimiento de contrafuero en el seno de la Audiencia.

La primera disposición arbitrando mecanismos de defensa frente al contrafuero en el Reino de Mallorca, es de Alfonso III, dada en 28 de octubre de 1287, o sea en el transcurso del período en que la isla es ocupada por Aragón, expoliándola a su legítimo rey Jaime II, hasta que le es posteriormente devuelta por presiones pontificias. Dicha disposición establece el derecho a favor de los *prohomens* de denunciar a los oficiales reales por los actos que cometan por *trencament de franquesas e privilegis* (36). Mas adelante, con Pedro el Ceremonioso, se reconoce la nulidad *ipso facto* de las disposiciones reales contrarias al Derecho del Reino, mediante un privilegio otorgado en Barcelona, que lleva fecha de 10 de abril de 1369, el cual dispone que *letras de la Cort exidas contra franquesas e bons usos del regne no hajan eficacia, e sian hagudas per nul·las* (37). Fijémonos que la normativa que aparece amparada no es solo la nacida por cauces legales, y en cierto modo paccionada —*les franquesas*— sino incluso *els bons usos* o sea la establecida por el cauce consuetudinario, en definitiva, todo lo que constituye su ordenamiento jurídico sin distinciones. Tan amplia garantía se ve posteriormente, en 1379, refrendada por otros dos privilegios. El primero, estableciendo que

(34) Archivo del Reino de Mallorca. Sección Códices. "Llibre de Corts Generals", fol. 54.

(35) El diálogo con la Corona tiene como interlocutor el Gran y General Consell, órgano deliberante —se autotitula "Congrés"— que elabora y propone "Ordinacions i Capitols" al monarca, enviando sus "sindichs" a la Corte, puesto que se considera "representant tots les brassos e estaments de aquell regne e son univers". Véase PIÑA HOMES. *El Gran i General Consell*, Palma 1977, pág. 111.

(36) Archivo del Reino de Mallorca. Sección Códices. "Llibre de Sant Pere", fol. 142.

(37) Idem. "Llibre Rosselló Vell", fol. 249 y "Rosselló Nou", fol. 204 v.

los oficiales reales se abstengan de servir capítulos establecidos en contra de las franquesas (38); y el segundo, relevando a los mallorquines de su obediencia al Gobernador de la isla, en caso de que éste les impusiere el cumplimiento de disposiciones contrarias a los privilegios del Reino *Quod observetur franquesia edita 10 april 1369 ut provisiones a regia curia contra privilegia regni impetratae non obediantur a gubernatore* (39). En 12 de septiembre de 1390, una nueva disposición, de Juan I, reafirma esta línea, especificando *Quod litterae regiae contra franqulesias expeditae non servantur, nec officiales eis teneantur obedire sub quavis poenarum impositione* (40).

Falta, sin embargo, arbitrar el procedimiento que permita resolver, en caso de dudas, cuándo una disposición real es contraria a las franquesas. El instrumento que impulsará el mencionado procedimiento, o sea el *Consell de la Franquesa*, objeto de nuestro estudio, llegará en 1404. En Cataluña ya existía un precedente, puesto que ya Jaime II, en Cortes de Barcelona de 1299, había preceptuado que en cada veguería o distrito jurisdiccional de Cataluña, se designase un caballero, un ciudadano y un sabio en Derecho, para observar si las Ordenaciones de las Cortes eran incumplidas por los ricos-hombres, caballeros, ciudadanos y villanos, procediendo a su enmienda en tal caso, sin necesidad de demanda ni de juicio. Esta comisión, como podemos ver, no se dirige a controlar a la Administración Real, sino a que los diversos poderes fácticos y los súbditos en general, puedan controlar el cumplimiento de las disposiciones de Cortes, pero en cierto modo constituye un precedente de lo que será el *Consell de la Franquesa* mallorquín, en tanto en cuanto se constituye como comisión de seguimiento en una comarca —en nuestro caso el Reino de Mallorca— de la efectividad del Derecho paccionado, aunque en su naturaleza se distancie del mismo, puesto que en Mallorca, más que una comisión de seguimiento, será un auténtico tribunal especial, insertado en la Administración Real, pero con intervención de los poderes estamentales y personalidades supuestamente independientes de la Administración —los juristas— aunque designadas por la Corona.

(38) Idem. "Llibre Rosselló Vell", fol. 278 y "Rosselló Nou", fol. 235 v.

(39) Idem. "Llibre Rosselló Vell", fol. 278 y "Rosselló Nou", fol. 236.

(40) Idem. "Llibre Rosselló Vell", fol. 377 v. y "Rosselló Nou", fol. 233.

IV. EL "CONSELL DE LA FRANQUESA"

A) Origen y composición

Tiene su origen, como ya hemos señalado, en una Carta Real suscrita por el rey Martín el Humano, en Valencia, a petición de los representantes de Mallorca, con fecha 16 de febrero de 1404 (41). Esta Carta se otorga a petición de Raimundo de Sant Martí y Berenguer de Tagamanent, caballeros, en su condición de embajadores del Reino de Mallorca. El rey fundamenta su decisión de constituir el *Consell*, por motivos de bien común —evitar la despoblación de la isla— puesto que si las franquezas se han concedido para estimularla, su incumplimiento por la Administración puede llevar al extremo contrario. Reconoce que si bien está vigente una normativa, estableciendo la nulidad de los actos de gobierno y de las disposiciones contrarias a las franquezas y buenos usos, se carece de un instrumento adecuado que aplique esta normativa, y por consiguiente el Gobernador de la isla carece de un sistema de control o vigilancia por parte de los habitantes del reino, beneficiarios de las franquezas, lo que le proporciona tener manos libres para decidir por sí mismo respecto a posibles situaciones de contrafuero. Es sensible ante la arbitrariedad que esta situación significa, y considera improcedente que resida exclusivamente en su Gobernador, tan alejado además del propio centro del poder de la Corona, en la siempre "aislante" realidad "insular", la capacidad de juzgar sobre los actos de gobierno o las disposiciones que vulneren las franquezas. En consecuencia ordena al Gobernador que, en cuanto se plantee una denuncia de contrafuero, cuya interposición deberá correr a cargo de los *Jurats del Regne*, como supremos valedores que son de los intereses del mismo, conozca dicha denuncia *cum consilio fidelium nostrorum assessoris vestri ordinarii, Procuratoris regni, Baiuli et Vicari civitatis Maioricarum et assessorum eorum, nec non Arnaldi Albertini, militis et Johannis Berardi, iurisperiti, civium dicte civitatis*.

La Carta Real que comentamos, no solo reconoce el problema de la indefensión ante el poder establecido y dispone la solución, relevando al Gobernador de la responsabilidad de arbitrar decisiones exclusivamente personales, sino que incluso prevé medidas sancionadoras, advirtiendo al Gobernador del castigo pecuniario en el que incurrirá —multa de mil florines de oro de Aragón— en el caso de que no convoque el *Consell de la Franquesa* cuando los Jurados interpongan las denuncias, y va más

(41) Idem. "Llibre Rosselló Vell", fol. 420 v. y "Rosselló Nou", fol. 401. Apéndice documental nº 1.

allá todavía, puesto que además de la sanción, prevé un dispositivo de remoción automática o suspensión en el cargo, del propio Gobernador, quitándole toda potestad —*auferimus inde vobis omnimodan potestatem*— y decreta *irritum atque nullum* cuanto se hiciese en contravención de lo que se establece en la Carta.

A partir de esta Carta Real, las posteriores disposiciones no alterarán la composición y características del Consell. Solo evidencian el desprecio del mandato real por parte de los gobernadores, y las constantes súplicas de que se ponga remedio a dicha actitud, presentadas a la Corona por los embajadores del Reino de Mallorca. La Carta de 9 de septiembre de aquel mismo año, dirigida nuevamente por el rey Martín a su gobernador en Mallorca, Roger de Moncada, le conmina al cumplimiento de lo mandado, incluso elevando la sanción a dos mil florines —*vestris de bonis*— pagaderos de sus bienes, lo cual si bien evidencia el incumplimiento del mandato real, también nos permite suponer que el rey se contenta con elevar el tono de sus amenazas, pero ni castiga ni releva de su mando al gobernador, que es lo que en coherencia debería haber hecho. Una tercera disposición, dada en Valencia, a 16 de noviembre de 1406, plantea nuevamente el tema, mandando bajo pena de quinientos morabetines de oro, pagaderos por los contraventores y aplicados al Real Erario, que cuantas veces se originen contenciosos, a pretexto de contravención de franquezas, privilegios y buenos usos de la Universidad del Reino, entre los oficiales reales y la misma Universidad, se atenga el gobernador a lo mandado en las anteriores cartas, y prohíbe a los miembros del *Consell* que, so pretexto de actuar, cobren salarios a cargo de la Universidad, puesto que ya ésta bastante afligida se encuentra por diversas cargas. Extremo, este último, que nos permite suponer una previa denuncia del Reino ante el rey, poniéndole de manifiesto no sólo la inoperancia del *Consell de la Franquesa* sino, para mayor desgracia, además el coste de tal inoperancia a cargo de la Hacienda del propio reino.

Un capítulo —el nº VI— de los presentados por Berenguer Uniç *Jurat en cap del Regne* ante Alfonso el Magnánimo en su corte de Nápoles, y aprobados por éste en 19 de mayo de 1439, aporta la novedad de que *en lo Consell de Franquesa no entrevengan aquells oficials reys ne lurs assessors contra los quals sia alegat lo greuje, atenant que ha gran temps lo present regne no ha haudas corts particulars, ni axi corts generals no's son tengudas, de que's seguex continuada depopulació e destrucció del present regne* (42). Este capítulo es particularmente interesante. Por una

(42) Idem. "Llibre Ordenacions de Palai Uniç", fol. 41.

parte dota de unas características de mayor imparcialidad al Consell, eliminando la posibilidad de que un funcionario se constituya en juez de las denuncias a su propia gestión. Pero por otra, viene a recordarnos la necesidad de este organismo como única defensa de que dispone el reino mallorquín, al no tener Cortes particulares ni participar en las generales. Son momentos de sensibilidad nacionalista frente a Cataluña, cuyas relaciones se encuentran enturbiadas por el impago de los censos de la que es deudora la Universidad del reino mallorquín a los acreedores catalanes y que culminan con el llamado "privilegio de Gaeta", concedido por el mismo monarca, poco después de la fecha antes indicada, en 17 de junio de 1439, disponiendo que *no havent loch en Mallorques com á regne apartat e en res del mon sotsmes á Catalunya las constitucions e usatjes de aquest principat, majorment las fetas en corts particulars a las quals no son citats ni acostuman anar los habitants de la illa... se declar no haver loch en dit regne los processos de perorrescencia per virtut dels dits usatges* (43). Este privilegio, como vemos, confirma el sistema de fuentes del Derecho fijado para Mallorca por Jaime II en 1299 (44), y se ha entendido como derogatorio de la disposición de Pedro el Ceremonioso, de 22 de julio de 1365, que había representado la integración de Mallorca en Cataluña, estableciendo que los mallorquines *sien hauts per naturals catalans, es puxen alegrar axí com a indubitats catalans, de officis e beneficis... e hagen a entrevenir en Corts als cathalans celebradores...* (45).

Más adelante, en uno de los capítulos aprobados también por Alfonso el Magnánimo a petición de los embajadores del Reino de Mallorca, en 11 de abril de 1445 (46), vemos como sigue vivo el problema de la falta de consideración por parte de las autoridades reales hacia la normativa que trata de amparar el recurso de contrafuero. Manifiestan los embajadores, que cuando se presume que el Gobernador o algún oficial real pueden haber actuado contra las franquezas del reino, en lugar de reunir el *Consell de la Franquesa* los *dits governadors e oficials altres, affermen la dita conexasa pertañer a ells*. En consecuencia, los embajadores proponen y así place al rey *que tota hore, e quant per los jurats*

(43) Idem. "Llibre den Abelló", fol. 108 v.

(44) En 30 de enero de 1299, Jaime II de Mallorca confirma y amplía la Carta de Franquezas otorgada por su padre, Jaime I, en 1 de marzo de 1230, estableciendo que en la administración de justicia, los prohombres darán consejo "secundum consuetudines et libertales insulae, et his deficientibus juxta usaticos Barchinonae in casibus stabilitis, et in deficientiam istorum secundum jus commune". Archivo del Reino de Mallorca, sección códices, "Llibre de Jurisdiccions e stils", fol. 43.

(45) Idem. "Llibre de Sant Pere", fol. 162 v.

(46) Idem. "Llibre den Abelló", fol. 77. Apéndice documental nº 2.

sia request de ser congregat lo dit Consell de la Franquesa, aquell —el Governador— en continent haja forsar de ajustar e declarar segons los apparra per justicia. Al mismo tiempo el rey accede a renovar el Consell, designando ultra los dits officials, a dos juristas, y que éstos sien misser Martí Desbrull e Misser Pere de Sant Joan, revocant qualsevols provisions en contrari.

La última disposición que afecta a la composición del Consell, es de Fernando el Católico, dada en Barcelona a 16 de marzo de 1481 (47). No ofrece más particularidad que la de darnos indirectamente testimonio de que el Consell sigue funcionando, puesto que el monarca, ante la defunción de los juristas anteriormente designados, tiene a bien nombrar para sustituirlos, a Jaume de Montanyans y Nicolau de Berard. Si partimos de la circunstancia más probable, o sea de que los juristas reemplazados no murieron a la vez, parece deducirse escasa preocupación por sustituir a los miembros de designación real en cuanto fallecen, lo que indica una vez más la escasa utilidad del organismo, al permitirse funcionar sin la asistencia de alguno de los juristas designados por el rey, principales garantes de la imparcialidad de las decisiones a adoptar.

B) Naturaleza y atribuciones

El *Consell de la Franquesa* aparece y se desarrolla como un órgano colegiado de administración de justicia, un tribunal que actúa resolviendo cada caso que se le denuncia "*segons los apparra per justicia*". No es un órgano consultivo de carácter técnico o político del Governador, ni una comisión de seguimiento de los posibles conflictos de agravios, al amparo de una institución como la de las Cortes.

Es, además, un tribunal de la Administración real y así debe ser dentro de la lógica del sistema, puesto que en la Corona de Aragón nunca los reyes han dejado de asumir el poder judicial (48). No olvidemos que los miembros que integran dicho tribunal son los oficiales reales que en el ámbito de sus respectivas competencias administran justicia —el Go-

(47) Idem. "Llibre Rosselló Vell", fol. 455 v. y "Rosselló Nou", fol. 425.

(48) La intervención de los "probi homines" para aconsejar al juez y garantizar con su presencia la honestidad de las prácticas judiciales, no empaña las prerrogativas de la Corona en orden a "decir la justicia", en Mallorca sólo ligeramente ensombrecidas por las jurisdicciones señoriales, prácticamente superadas en virtud del "pariatge", convenio que se arbitra para que los "batles" señoriales con jurisdicción también en el orden penal, sean designados mediante un procedimiento que garantiza la intervención de la Corona,

bernador, el *Batle*, el *Veguer*— y dos jurisperitos, al margen de la Administración, pero designados directamente por el rey. Aparece, por tanto, articulado de forma análoga a lo establecido para Cataluña, cuando se encarga a la Audiencia la resolución de dudas sobre contrafuero de disposiciones legales.

En cuanto a sus atribuciones, vemos que se articula para la defensa del Derecho objetivo, como en el caso del “Justicia” aragonés, aunque naturalmente puede darse la coyuntura de que la propia defensa del Ordenamiento Jurídico del Reino coincida con la de determinados derechos subjetivos, pero la denuncia y posterior conocimiento del asunto por el tribunal, se produce en tanto en cuanto han sido vulnerados los derechos del grupo social o estamentos del Reino, no los particulares de un individuo. Por esto, repetimos, la denuncia no se producirá a instancia privada, sino de los Jurados del Reino, representantes de los estamentos, a quienes por distintos privilegios reales les ha sido específicamente encomendada la defensa del orden institucional del reino.

Al mismo tiempo, podemos precisar que esta defensa del Derecho objetivo, que se opera a la vista de una lesión por contrafuero, puede obedecer a dos motivos diferentes: a) la promulgación de disposiciones contrarias a las franquezas, privilegios y buenos usos. Ni el rey, ni ningún poder delegado de éste, puede modificar o derogar unilateralmente unas disposiciones que son Derecho paccionado, desde el momento en que al tomar posesión de su cargo han jurado conservarlo. Esto está tan claro en Cataluña como en Mallorca; b) la realización de actos administrativos por parte del rey o de sus oficiales, contraviniendo el Derecho vigente en el reino y, consiguientemente, en perjuicio o agravio de la comunidad. De ambos motivos como expresión del contrafuero es plenamente consciente el privilegio otorgado por Juan II en 20 de septiembre de 1460, al disponer que *lo Consell de Franquesa deu conexer dels greujes y perjuis fets a les franqueses, no sols per los officials, mes també per las reals provisions* (49).

y por tanto la realización de la justicia en su nombre. En relación a los “probi homines”, SANTAMARIA insiste en su condición meramente asesora. “El juez —batle, veguer o juez especialmente delegado— debía oír el parecer de los prohombres tras exponer antes su opinión; si todos concordaban el magistrado pronunciaba el fallo; si los prohombres disienta de su opinión, el magistrado debía despedir a dichos prohombres y llamar a otros para informarles detalladamente del sumario y pronunciar el fallo según su conciencia, aunque el parecer de los prohombres nuevamente convocados disintiera del suyo. Es decir, lo que prevalecía era el parecer del juez delegado o del oficial real correspondiente”. SANTAMARIA ARANDEZ, *Los Consells...* op. cit. pág. 356.

(49) A.R.M. Libre de Sant Pere, fol. 165.

En definitiva, estamos ante la articulación por vía judicial, del recurso puesto en manos de los estamentos del reino, para hacer frente al abuso de poder del rey o de sus oficiales, bien en el desarrollo de funciones legislativas, bien en su acción administrativa o de gobierno. Como ya hemos apuntado, el *Consell de la Franquesa*, en orden a sus atribuciones, no en cuanto a su constitución orgánica, se aproxima a la institución del Justicia de Aragón, salvando siempre una diferencia importante: el *Consell de la Franquesa* es un órgano de la Administración real; el Justicia de Aragón, en cambio, constituye una jurisdicción intermedia entre el rey y los estamentos. Será precisamente esta diferencia la que impedirá al *Consell de la Franquesa* alcanzar su conveniente desarrollo en servicio de los intereses para los que ha sido creado, puesto que institucionalmente, y como se demostrará en la práctica, no podrá ofrecer las garantías de imparcialidad que su misión exige.

V. EL FUNCIONAMIENTO DEL "CONSELL DE LA FRANQUESA" Y SU EFECTIVIDAD COMO CAUCE PARA LA REPARACION DE AGRAVIOS

Si el análisis de los antiguos códigos que contienen la legislación peculiar del Reino de Mallorca, nos ha permitido conocer las normas reguladoras de la institución y constatar la naturaleza y características de la misma, la falta de conocimiento, por lo menos hasta ahora, de documentos de aplicación de dichas normas, tales como actas, sentencias, autos, etc. nos impide tomar el pulso a la vida de la propia institución. Sin embargo, algunos extremos podremos deducir respecto a su funcionamiento y efectividad práctica.

En primer lugar, de la misma normativa expuesta deducimos el escaso arraigo de la institución. Si el tribunal del Consell hubiese actuado eficazmente desde su creación en 1404, no se habrían necesitado pocos años después, en 1406, dos nuevas disposiciones del monarca reiterando a su gobernador en Mallorca, el cumplimiento de la normativa constitutiva del organismo. Es evidente que durante aquellos dos primeros años —de 1404 a 1406— el tribunal no se ha constituido. Lo acredita el preámbulo de las propias disposiciones reales de 1406, en donde no se pone en duda la protesta de los embajadores del reino, y el propio monarca reconoce, no ya la posible parcialidad del tribunal, sino el hecho de que no se reúna, puesto que las demandas de contrafuero, el gobernador, incumpliendo la normativa vigente, las resuelve por sí mismo. De ahí la intimidación al respecto, hecha al gobernador, aumentando la sanción

pecuniaria por la infracción, hasta 2.000 florines, en caso de que persista en su actitud.

¿Pero es lógica la respuesta del monarca a su gobernador? Al menos con la lógica propia de nuestros días, si un gobernante constata reiteradamente la desobediencia de uno de sus subordinados en materia grave, no se limita a amenazarle, sino que le sanciona según la normativa establecida y en cualquier caso le releva de su cargo. Nada de esto viene a sucederle a Roger de Moncada —personaje relevante de la sociedad catalana de la época— lo cual nos permite suponer que el monarca, al tiempo que trata de salvar la acción de su subordinado, bien por su categoría, bien por la connivencia con el mismo, acoge las protestas del reino —son evidentes— pero sin arbitrar las drásticas medidas que impedirían que continuase aquel estado de cosas. ¿Por qué? Estamos en momentos de extremada sensibilidad de los poderes del reino los estamentos, frente a los abusos de poder de la Realeza. El *Consell de la Franquesa* no se ha constituido entonces porque sí. Existe una auténtica presión social que demanda garantías ante el creciente poder monárquico. Pero el poder monárquico está en alza, a lomos de un caballo que ya no hay quien lo pare. Por esto, no parece que el monarca esté dispuesto a conceder mucho más, y aunque el organismo existe legalmente no llega a ser dotado de los elementos que harían de él un instrumento peligroso frente a la monarquía. Falta la coacción política de los estamentos, que en Aragón con la jurisdicción intermedia del Justicia, y en Cataluña y Valencia con las comisiones de *greuges*, han podido articularse con efectividad gracias a su engarce en las respectivas Cortes.

En 1439 la inoperancia del *Consell de la Franquesa* resulta evidente. Las ventajas alcanzadas por Pere Catlar, de Alfonso el Magnánimo, que le permitirán en el provecho propio y en perjuicio de las franquezas del reino, alterar el sistema de provisión de cargos públicos, no son aceptadas por el *Gran i General Consell* de Mallorca, máximo organismo representativo de la Universidad de la isla, y en consecuencia éste acuerda constituir una comisión permanente de diez miembros —seis ciudadanos y cuatro de *fora Ciutat*— que, en unión con los Jurados del Reino, quedan facultados para arbitrar las medidas necesarias en defensa de las franquezas conculcadas por Pere Catlar (50).

Precisamente esta rápida acción política del reino, que se traduce

(50) SANTAMARIA ARANDEZ, *El Reino de Mallorca en la primera mitad del siglo XV*, IV Congreso de Historia de la Corona de Aragón, Palma 1955, pág. 105.

en tenaces actuaciones ante la Corte de Nápoles, alcanza los frutos deseados, y Alfonso el Magnánimo revoca su lesiva provisión, a pesar del alto precio con que había sido pagada por Pere Catlar (51), ordenando instaurar en Mallorca el llamado *Regiment de sac e de sort*, en 14 de agosto de 1446, que perdurará en la isla hasta los decretos de Nueva Planta, a principios del siglo XVIII.

Aunque en este importante contencioso que enfrenta al Reino de Mallorca con la Corona, no sabemos a ciencia cierta el papel desempeñado por el tribunal de la Franquesa, que en buena medida debió quedar superado por negociaciones a más alto nivel, de hecho es evidente la sensibilidad de los mallorquines y su firmeza a la hora de defender su orden institucional, y la importancia que siguen dando al buen funcionamiento de dicho tribunal, pues no olvidemos que es durante estos años —en 1439 y 1445— que arrancan del rey los capítulos, ya expuestos al hablar del origen y evolución del organismo, que permitirán su mayor imparcialidad.

La última disposición que ha llegado hasta nosotros, tratando de regular el organismo, fechada en 1481, y a la que ya nos hemos referido, implicará la renovación de cargos en el tribunal, en un momento también especialmente delicado, que culmina con la promulgación de la pragmática de Granada, de 26 de agosto de 1499, minuciosamente estudiada por Alvaro Santamaría (52). Dicha pragmática, que reorganiza la administración del Reino de Mallorca, fundamentalmente en materia económica, para enderezar la quiebra de la hacienda de la Universidad y dar solución al impago de los censos —*la deuta de la Consignació*— a los catalanes, entre otros, no se refiere directamente al *Consell de la Franquesa*. Sin embargo, vale la pena destacar, que en orden a la defensa de los derechos reconocidos en el cuerpo de *les llibertats e franqueses del Regne*, articulará un específico sistema, al margen del corporativista o estamental amparado en el tribunal del Consell, el cual permitirá al particular la defensa de sus derechos, cuando estos precisamente estén garantizados por la propia pragmática. Así dispone el capítulo XIII de la misma: *Que cascun particular pugue acusar los contrafahents e fer en*

(51) Como especifica SANTAMARÍA: "Don Alfonso se había comprometido con Catlar a no desplazar a los de su facción en tanto no se hubieran reintegrado del donativo de 10.000 ducados ingresado en la tesorería real". Este donativo había sido el principal aliciente para convencer al rey, en 1444, a favor de la revocación del llamado "régimen de concordia" y restablecer el de "franqueza" que favorecía a Catlar. Véase obra antes citada, pág. 154.

(52) SANTAMARÍA ARANDEZ, *La Pragmática de Granada. Una década de la historia de Mallorca. 1495-1504*, Palma 1971.

açó part e instancia, estableciendo que los oficiales reales, en caso de incumplimiento de lo preceptuado en el texto legal, incurrirán en una pena de *deu milia florins d'or de Aragó a nostres reals cófrens applicadors* y además en *nostra ira e indignació* (53).

Además, un borrador de las instrucciones preparadas por una comisión negociadora, en los años inmediatamente anteriores a la promulgación de la pragmática de Granada, también recogido por Santamaría en su mencionado estudio, pone de manifiesto que seguía candente el tema del funcionamiento y atribuciones del tribunal de la Franquesa. Dicha comisión negociadora, expresa al rey *los molts impediments qui se oposen quant se vol convocar lo dit Consell, en tal forma que la voluntat e mente de sa Altesa sia servada, e que les franqueses no puxen infringir ni violar, ans per lo dit Consell sien roborades e la observació de aquelles nos puxa impedir* (54). No olvidemos, como nos recuerda José María Quadrado, que uno de los principales negociadores en aquel momento histórico, es el hábil jurista Pere Llitrá, que en defensa del reino se presenta ante la corte del rey Fernando, en Zaragoza, y ante el retraso en recibirle y los contrarios vientos que corren respecto a la defensa de los intereses del reino, se dirige en escrito a los jurados, exclamando en expresivas frases: *jlo mon se fa nou del tot!* naturalmente, en perjuicio de las antiguas libertades, al tiempo que, viendo acrecentarse el poder del monarca, dirá que *n'es senyor a sus voluntats e'n dispon a son plaer*, aludiendo concretamente al hecho de que el rey Fernando, haciendo caso omiso de las franquezas, haya prorrogado el mandato de los jurados del reino, a su soberano placer (55).

Ninguna otra noticia tenemos, a partir de finales del siglo XV, sobre el funcionamiento del tribunal que nos ocupa. Alvaro Santamaría se pregunta, cuando constata su notoria falta de aparición en escena a lo largo del siglo XVII, si ya por entonces habría dejado de existir o se hallaba en hibernación (56). Quizás de la necesidad de llenar el vacío que

(53) La pragmática de Granada aparece transcrita íntegramente por SANTAMARIA, en el apéndice documental de la obra antes citada.

(54) *Ibidem.*, pág. 29.

(55) JOSE MARIA QUADRADO pone especial énfasis en la personalidad de Litrá: "asiduo e incomparable agente de la Universidad, a la vez que seguidor y diligente cronista del sitio y toma de Málaga". Vemos pues que une a su condición de hombre de leyes, la de cortesano experimentado que intuye los nuevos vientos, mucho mejor que sus aislados compatriotas de Mallorca. Véase del mencionado autor, *Islas Baleares*, Palma 1965, pág. 146.

(56) SANTAMARIA ARANDEZ, *En torno a la evolución del modelo de sociedad en el Reino de Mallorca*, "Revista del Institut d'Estudis Balearics", (Palma 1981), pág. 111.

ha producido su inoperancia, derive la concesión de mayores prerrogativas, que se produce a favor de los jurados del reino, como guardadores del orden institucional, a pesar de que carezcan de poder judicial o *Jurisdiccio*, declarar la justicia, que la sabemos reservada al monarca, puesto que sus magistraturas de base municipal, son exclusivamente administrativas, representando a la Generalidad del reino. Así vemos que en 1577 Felipe II establece *que los virreyes, gobernadores, ni otros que exercen jurisdicción, no pueden mandar publicar pregones que no se hayan enseñado y comunicado antes a los jurados, por si acaso tuviesen que advertir y representar cosa perteneciente a la pública utilidad o de sus privilegios*. Evidentemente, esta disposición pone en manos de la Juraría un importante dispositivo de defensa, como es el de advertencia de ilegalidad.

Pero a pesar del aumento de prerrogativas a favor de los Jurados, no hay duda de que durante los siglos XVI y XVII sigue candente la problemática derivada de la indefensión del reino ante los posibles actos de contrafuero. El *Gran i General Consell*, autocalificado de *Congrès del Regne* (57), no llega a alcanzar ni la estructura ni las funciones de unas Cortes, sin embargo, como único órgano que ostenta la representación y encauza el diálogo entre los estamentos del reino, es consciente de esta problemática, cuando en 1564, ante los agravios inferidos por la Administración real a la población de Soller —*lo fet de Soller*— solicitará del rey unas Cortes privativas de Mallorca, ya que *com la experiència nos a monstre que haventisa apartat los pobladors del present regne de entrar en Corts, com los altres regnes, ço es Catalunya, Aragó i Valencia, rebem grans perjuis e agravis sens poder-los remediare* (58). El rey no accederá a la petición de unas Cortes exclusivas para los mallorquines, dejándola en vía muerta, pero los representantes del reino no cejan en su empeño, por lo que más adelante, en 1601, volveremos a ver nuevamente planteada la cuestión de que *entrem en corts e sostingam parlaments, que son lo mateix que corts, com tenen en Sicilia i Cerdunya, de deu en deu anys*, sin obtenerse tampoco resultados positivos.

¿Qué había representado *lo fet de Soller* y qué interés puede tener en relación al Consell de la Franquesa? No hay duda de que constituyó un serio agravio, infringido por los oficiales de la Procuración Real a los habitantes de Soller, al obligarles reiteradamente a custodiar los presos que llegaban a aquella localidad marítima para días después embar-

(57) PIÑA HOMS, *El Gran i General Consell... cit.*, pág. 109.

(58) PIÑA HOMS, *La participació de Mallorca a les Corts Catalanes*, Palma 1978, pág. 31.

car en galeras. Naturalmente la obligación de custodiar a los presos era de los oficiales reales y suyas las responsabilidades derivadas de la peligrosa misión. Sin embargo, desde 1553, en que los embarques a galeras debían producirse bastante a menudo, comenzaron tales oficiales a hacer dejación de sus funciones, dejando a los habitantes de Sóller y a sus autoridades locales —*el Batle* y los *Jurats*— injustamente perjudicados por tener que custodiar a los presos sin compensación alguna y siempre con el temor de unas fugas y de las consecuencias que éstas pudieran acarrearles. Era éste un caso evidente de contrafuero —lo reconocerá más tarde el propio monarca— pero no entra en escena el tribunal de la Franquesa. Solo tenemos constancia de la protesta del *Gran i General Consell* y del síndico de los Jurados de Sóller ante la Corona. Esta se dirige a su Gobernador en Mallorca, mediante carta de 6 de septiembre de 1575 —veamos que han pasado diez años desde la denuncia de los hechos— y le exige que abra una investigación, oyendo a los inculpados y al Procurador Real, a efectos de que, *guardados los privilegios y franquezas desse Reyno y lo demás que fuera de justicia, proveáis en esto de manera que a la buena gente desta villa no se le haga agravio* (59).

Como vemos, la investigación a que dio lugar el mandato real se desarrolló al margen del *Consell de la Franquesa*, como si éste ya no existiera. La dirige el propio Gobernador, sin protesta alguna para que intervenga el Consell como tal. Declaran los testigos presentados por los Jurados y los oficiales reales encargados de la custodia de los presos. El fiscal, en defensa de la procuración real pide que se haga caso omiso de la denuncia, y que continúe la costumbre, que dice ya establecida, de que la propia villa custodie a los presos, porque ésto auxiliará a las arcas reales y el Batle y los habitantes de Sóller tendrán así especial cuidado en que no se facilite la fuga de los presos por sus parientes. La investigación —puesto que no es un proceso en regla con intervención de la Audiencia y sentencia— termina con un reconocimiento expreso, por parte del Procurador Real, de que los Jurados de Sóller tenían razón, pero nada se especifica respecto a futuras actuaciones para la condena de los oficiales que habían actuado en manifiesta dejación de las funciones de su cargo.

Una vez más, los derechos de la colectividad se han visto en cierto modo salvaguardados, puesto que la villa de Sóller no volverá a sufrir nuevos atropellos. Pero ha sido la intervención directa del monarca, ante la insistencia de los síndicos del reino, la que ha salvado la situación,

(59) JOSE RULLAN, *Historia de Sóller*, I, (Palma 1876), pág. 945.

a diez años vista y en cierto modo echando tierra sobre el asunto, al no pretender llegar al fondo del mismo y exigir responsabilidades. Al mismo tiempo queda claro que nadie se ha acordado de un *Consell de la Franquesa*, que permanece desactivado, sin que nadie se haya molestado desde hace años en pedir la renovación de sus componentes de designación real.

VI. CONCLUSIONES

1ª.- El *Consell de la Franquesa* se constituye por Martín el Humano, mediante una carta real, fechada en Valencia, a 16 de febrero de 1404, accediendo a la petición de los embajadores del Reino de Mallorca, temerosos de que la constante violación de los privilegios del reino por parte de los oficiales reales, produzca la despoblación del mismo. Su composición orgánica y atribuciones aparecen remodeladas por un total de seis disposiciones, todas ellas otorgadas a lo largo del siglo XV, único período del que tenemos constancia del desarrollo y funcionamiento de dicho organismo, lo cual permite aventurar que si bien no fue a partir de entonces suprimido, quedó en vía muerta, a consecuencia de su propia ineficacia, ya que los jurados del reino dejan de solicitar su intervención durante los dos siglos siguientes, hasta ser derogado con la práctica totalidad de las instituciones de Derecho Público mallorquín en 1715.

2ª.- El *Consell* se configura como órgano colegiado de la Administración de Justicia, con los límites de su jurisdicción circunscritos al ámbito de la isla de Mallorca, e integrado por los siguientes miembros: el Gobernador de la isla, que lo convoca y preside, su asesor ordinario, el Procurador real, el Veguer, el Batle General, y dos jurisperitos designados por el rey, no está claro si a petición de los Jurados del reino. Es por consiguiente un órgano de la Administración real, integrado por aquellos funcionarios de la administración de justicia con jurisdicción sobre toda la isla, aunque con específicas competencias, al que el monarca añade dos peritos en Derecho, con arraigo en la isla, y que parecen representar un contrapeso, como personalidades independientes, a la hora de examinar los actos de la propia administración insular, que deberán ser conocidos por el organismo a denuncia de los Jurados del reino.

3ª.- Las atribuciones del *Consell de la Franquesa* son las de conocer y resolver en justicia, las alegaciones hechas por los Jurados del reino, denunciando supuestas infracciones de los privilegios, franquezas y buenos usos del mismo, tanto por disposiciones otorgadas contraviniendo dicha normativa, como por actos de gobierno cometidos por los funcio-

narios reales, que vulneren la misma, por lo que, en buena medida, tales funcionarios se constituirán en juzgadores de sus propios actos. Sin embargo el recurso de contrafuero que trata de encauzarse a través de este tribunal especial, no se admitirá para la mera defensa de posibles derechos individuales, sino para los generales del reino mallorquín, los que interesan a la colectividad, representada por los Jurados, que son los únicos autorizados para presentar la denuncia.

4ª.- La estructura del *Consell de la Franquesa*, en cuanto órgano que es de la Administración de justicia real, carece de eficacia para frenar y castigar, en su caso, los abusos de poder de esta misma administración real, puesto que no llega a constituirse como jurisdicción intermedia —esquema del Justicia aragonés— ni como poder autónomo, representativo del reino para la defensa de su orden institucional, al amparo de unas Cortes, como en Cataluña y Valencia, dado que Mallorca carece de Cortes privativas y de hecho, a partir del siglo XV renuncia a su derecho a utilizar el mecanismo de las Cortes Catalanas, en donde el Reino de Mallorca está integrado. Esta ineficacia que constatamos, producirá la inactividad total del organismo, lo cual en la práctica conduce a que, a partir del siglo XVI, la defensa de *Les franqueses i privilegis del regne* y los agravios de la Administración, se defiendan por cauces políticos, directamente ante la Corona, a través de los Jurados y síndicos del reino, representativos del *Gran i General Consell* de la isla.

APENDICE DOCUMENTAL

DOCUMENTO N° 1

Privilegio del rey Martín, otorgado a petición de los embajadores del Reino de Mallorca, en 16 de noviembre de 1406.

La transcripción del documento de Martín I se ha realizado en base a la copia registrada en el libro denominado "Rosselló, nou" (Archivo del Reino de Mallorca, Sección de Códices, n° 4, fols. CCCC1 v° a CCCCIII v° de la numeración antigua, o bien de los folios 420 v° a 422 v° de la numeración moderna).

Por haberse detectado algunos errores de copia, patentes en algunos vocablos latinos que llevan los casos equivocados o fueron en su día mal interpretados o escritos por el copista, se ha cotejado dicho texto con el existente en el Códice primitivo denominado "Rosselló, vell" (A.R.M., Sección de Códices, n° 3, fols. CCCXXVIII v° a CCCXXL, según una mezcolanza de numeraciones existente). Las variantes se han registrado en nota.

Aparecen igualmente entre ambos códices algunas diferencias de ortografía, como por ejemplo "continentie" / "continencie", "preerit" / "preherit", "attentatum" / "attemptatum", etc..., cuyas variantes no se han especificado, siguiendo siempre el texto del "Rosselló nou". Se han actualizado las mayúsculas, así como la puntuación.

Quod si per Curiam procedetur contra franquias et privilegia, quod habeantur (1) consilium desuscriptis personis absque salario.

Martinus, Dei gratia Rex Aragonum, Valentie, Maioricarum, Sardinie et Corsice, Comesque Barchinone, Rossilionis et Ceritanie, nobili et dilecto Consiliario et Camerlengo nostro Rogerio de Monte Catheno, militi, Gubernatori Regni Maioricarum, vel eius locatenenti (1 bis) aut alii cuicumque qui pro tempore dicto preerit officio, salutem et dilectionem. Dudum pro bono rei publice Universitatis civitatis et insule Maioricarum fecisse recolimus provisionem continentie subsequentis: Martinus, Dei gratia Rex Aragonum, etc., nobili et dilecto Consiliario et Camerlengo nostro Rogerio de Montecateno, militi, Gubernatori Regni Maioricarum et locumtenenti eiusdem nec non cuicumque alii qui dicto pro tempore preerit officio, salutem et dilectionem. Sicut nostrorum fidelium Iohannis Berardi, Iuridice Facultatis laudabilis Professoris, et Iacobi Çacoma (2) et Andree Muleti, ambassiatorum seu etiam nunciorum Universitatis et Regni Maioricarum ad nostri regale fasti-// (fol. CCCCII) gium transmissorum relatu perce-

(1) "Rosselló, vell": *habeatur*.

(1 bis) "Rosselló, vell": *locumtenenti*.

(2) "Rosselló, vell": detrás de la palabra Çacoma añade *etc*.

pimus querelose (3) quod, licet a nostri nuperius Curia littera infrascripta obtenta extiterit, sub tenore huiusmodi: Martinus, Dei gratia Rex Aragonum et cetera, nobili et dilecto atque fideli Consiliario et Camerlengo nostro Rogerio de Monte Cateno, militi, Gubernatori Regni Maioricarum et locumtenenti eiusdem, salutem et dilectionem. Conquesti sunt nobis humiliter supplicando dilecti nostro (4) Raymundus de Sancto Martino et Berengarius de Tagamanent, milites, nuncii dicti Regni Maioricarum, ad nostri presentiam pro subscriptis et aliis plurimis destinati, quod vos de die in diem presumitis facere sive procedere contra franquesias et privilegia nec non bonos usus Regni predicti ac etiam rumpere, enervare aut ledere Curiarum capitula supradicta in Regni depopulationem atque dispendium manifestum, instantibus ergo preambulis nunciis dicti Regni incommo- dis obviare volentes, ut decet, tenore huiusmodi volumus, providemus ac vobis dicimus et mandamus de certa scientia sub pena mille florenorum auri de Aragonia quatenus nunc vel de cetero, cum contingat pretendi vel etiam allegari quovismodo per Iuratos Regni predicti vos agere sive procedere contra franquesias seu privilegia, bonos usus Regni predicti sive Curiarum capitula aut eas vel ea infringere seu violare nullatenus, vos ista omnimode diffinire ac etiam terminare teneamini ac etiam habeatis cum consilio fidelium nostrorum Assessoris vestri ordinarii, Procuratoris regii, Baiuli et Vicarii civitatis Maioricarum et Assessorum eorum, nec non Arnaldi Albertini, militis et Iohannis Berardi (5), iurisperiti, civium dicte civitatis, aut maioris partis eorum in casu absentie sive discordie eorundem vel aliquorum ex eis, expulsis hinc plene quibuslibet eorum qui forsan in istis // (fol. CCCCII v^o) iam partem fecerunt vel fuerunt advocati et non cuiuscunque alterius, cum hinc eos ad nostri beneplacitum in Assessores atque consilium vobis damus et etiam assignamus cum ista, nos enim ad maiorem cautelam oppositum (6) faciendi auferimus inde vobis onnimodam potestatem et irritum atque nullum et vanum plenarie si quid durante nostro beneplacito prelibato, quod minime credimus, attentatum sive presumptum extiterit in predictorum obiectum decernimus per presentes. Datum Valentie, sexta decima die februarii, anno a nativitate Domini millesimo quadringentesimo quarto. Dalmatius vidit. Verumtamen litterarum (7) preinsertam et supra expositis seu contentis servare indebite (8) renuistis atque renuistis (9) de presenti in Regni preambuli atque rey publice manifestum dispendium et nostrorum superius expressorum odibilem mandatorum neclectum. Quo circa decenti in istis per previos nuncios postulato humiliter inde nobis remedio, vobis ista cum serie dicimus et mandamus de certa scientia et expresse sub pena duorum milium florenorum auri de Aragonia vestris de bonis irremissibiliter habendorum ut litteram preinsertam etiam seu indultum et om-

(3) "Rosselló, vell": *querelose*.

(4) "Rosselló, vell": *nostri*.

(5) "Rosselló, vell": *Barardi*.

(6) No aparece segura de la lectura de la palabra *oppositum*. En ambos códices aparece abreviada bajo la forma *oppoitum*.

(7) "Rosselló, vell": *litteram*.

(8) No aparece segura de la lectura de la palabra *indebite*. Está abreviada en la forma *indebit* en el "Rosselló vell", *idebit* en el "Rosselló nou".

(9) "Rosselló, vell": *renuistis*.

nia in eodem contenta totaliter observetur (10). Verum, si aliquem aliquos et (11) ex Consiliariis supradictis nunc sive de cetero fieri advocatum seu advocatos Universitatis predictae aut per mortem sive absentiam vel alias quoquomodo in predictis intervenire non posse contigerit, volumus providentes quod unus vel quot ex Consiliariis aut dictis et proxime enarratis superius impediri acciderit per vos Gubernatorem iam dictum et reliquos remanentes sive superstites ex eisdem aut partem maiorem remanentium eorundem in dicto negotio surrogentur. Datum Barchinone, nona die septembris, anno a nativitate Domini // (fol. CCCIII) millesimo quadringentesimo quarto. Bernardus Michael. Nunc aut et (12) per fideles nostros Iohannem Vivot, nuncium et ambassiatorem, et Petrum Prohom, notarium syndicum Universitatis memorate, nostro regio culmini fuit reseratum vos ac etiam alii in preinserta littera seu provisione mencionati de quorum consilio in et super contentis in ipsa provisione est procedendum non avertentes debitis (13) quod nedum officiales dicti Regni ymmo omnes alii etiam Iurati debeant et teneantur ex debito naturalitatis et alias in causis fischalibus ac publicis et patrimonialibus quancumque casus occurreret (14) inpendere auxilium, consilium et favorem absque aliquo salario seu mercede conamini ipsorum pretextu a dicta Universitate iam nimium ut satis afflicta et diversis oneribus lacescita salaria extorquere, nolentes, ymmo potius contradicentes in premissis intervenire provisionem preinsertam indultam per nos ut premittitur ad utilitatem comunem Universitatis antedictae ad exactionem debitam deducere recusantes nisi vobis et eis salaria ut predicatur exsolvantur, et sic per consequens per indirectum sequitur quod franchisesis, privilegiis et bonis usibus supradictis et etiam dicte provisioni que hac de causa executioni non deducitur sepe et sepius derogatur. Qua propter fuit per nuncium et syndicum antedictos nobis humiliter supplicatum ut in et super premissis ex nostris solita clementia de condeti (15) remedio provide dignemur. Nos autem huiusmodi supplicationem (16) ob favorem rey publice dicte Universitatis annuentes benigne, vobis et aliis nominatis in littera seu provisione preinserta dicimus et districtis precipiendo mandamus sub pena quingentorum morabatinorum auri a bonis cuiuslibet con-// (fol. CCCIII vº) trafaciens irrimissimiliter habendorum et nostro applicandorum erario quatenus tocians quociens contentiones seu contradictiones pretextu dictarum franchisesiarum ac privilegiorum et bonorum usum dicte Universitatis fieri contingerit inter vos et Universitatem eandem ac quoscumque officiales vel alias absque (17) aliqua difficultate et exactione alicuius salarii seu mercedis in et super cognitionem (18), declarationem (19) ac decisione superius narratorum vos et alii in preinser-

(10) "Rosselló, vell": parece decir *observetis*, abreviado en la forma *observet*.

(11) "Rosselló, vell": en vez de *et dice de*.

(12) "Rosselló, vell": en vez de *aut et, dice autem ut*.

(13) No aparece segura de la lectura de la palabra *debitis* que aparece abreviada en ambos códices bajo la forma *debit*.

(14) "Rosselló, vell": *occurrerit*.

(15) "Rosselló, vell": *condacenti*.

(16) "Rosselló, vell": *suplicacioni*.

(17) "Rosselló, vell": *absque*.

(18) "Rosselló, vell": *cognicione*.

(19) "Rosselló, vell": *declaracione*.

ta littera nominata (20) interveniatis et inde in unum conveniatis, prout decet, litteras aut provisiones huiusmodi cum effectu celeriter exequentes adeo ut Universitas supradicta propter exactiones dictorum salariorum et (21) difficultatis vestri et aliorum damnum aliquod seu dispendium incurrere nequant ullomodo. Datum Valentie, XVI die novembris, anno a nativitate Domini millesimo quadringentesimo sexto. Franciscus de Blanis.

DOCUMENTO N° 2

Capítulos aprobados por Alfonso el Magnánimo, a petición de los Jurados del Reino de Mallorca, en 11 de abril de 1445.

ARCHIVO DEL REINO DE MALLORCA. Sección Códices. Libro den Abelló, fol. 77.

Capitol XV. Mes avant com en lo Regne de Mallorques sia disposat per reyal Privilegi, que com lo Governador del dit Regne o altre official fara contra franquesas del dit Regne, que sia aplegat cert Consell, lo qual a conexensa si es fet contra franquesa, o no, é lo dit Privilegi sia estat confirmat per vos dit molt alt Señor encara mes ajustat en aquell, que aquell official per greuge del qual se aplegara lo dit Consell, sia contra lo dit privilegi se fan diversos abusos. E primerament que lo dit Governador he altres officials com alguna lletra los es tremesa per vos dit molt alt Señor, o per la molt altra Señora Reyna, e per los dits Jurats es afirmat aquella esser contre franqueses del dit Regne los dits Governadors e officials altres affermen la dita conexensa pertañer a ells infringint la dita franquesa. Pertant lo dit Embaxador Suplica a Vos dit molt alt Señor sia de Vostre merce confirmant lo dit privilegi provehir e manar als dits Governador e altres qualsevol officials, no deure conexer de tals actes. Ans se dege e spertanga conexer al dit consell de la franquesa. Manant al dit Governador, que tota hore, e quant per los Iurats sia request de fer congregar lo dit Consell de la franquesa, aquell en continent haja forsar de ajustar e declarar segons los apparra per justicia, fahent los prestar Sagrament ans de llur vot de servir las franquesas del dit Regne. E com per la dita franques hagen esser dos Iuristas a arbitre de vos Señor ultra los dits officials. Vos placia Señor, que, aquells sien Misser Marti Desbrull e Misser Pere de Sant Joan, revocant qualsevol provisions, encontrari, emanades. PLACET REGIAE.

(20) "Rosselló, vell": *nominati*.

(21) "Rosselló, vell": en vez de *et dice ac*.

LA DECISION EN EL DERECHO Y LA TOPICA JURIDICA

GREGORIO ROBLES

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Palma de Mallorca*

1. EL LENGUAJE NORMAL DE LOS JURISTAS

Lo que llamamos *Derecho* está y ha estado siempre presente en la vida humana. Presumiblemente también en el futuro ocurrirá así. El Derecho es un fenómeno o conjunto de fenómenos consustanciales a la convivencia, es un instrumento necesario para el hombre igual que lo es el lenguaje. No puede extrañar, por tanto, que el Derecho primitivo se exprese en el lenguaje normal propio de la vida cotidiana. Las partes que tienen un problema acuden a un tercero en busca de la solución. El conflicto se orienta así a la decisión, y quien argumenta con la finalidad de llegar a ella es el prudente, el *iuris-prudente*. La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas para llegar a la decisión es lo que se llama *iurisprudencia*.

En el seno de la filosofía práctica tradicional se ha puesto de manifiesto la separación, e incluso contraposición, entre la prudencia y la ciencia. Mientras que la ciencia es más bien un producto tardío de la humanidad, cuyo objeto es el conocimiento de lo general, la prudencia ha sido, de un modo u otro, patrimonio constante de los hombres. Orientada a la acción y a la decisión, la prudencia no es propiamente un conocimiento, o al menos no lo es en el mismo sentido en que puede serlo la ciencia. La prudencia implica ciertamente conocimiento, pero no de la misma especie que el conocimiento que es la ciencia. Y es por este motivo por lo que no parece del todo convincente hablar de conocimiento práctico o conocimiento prudencial.

De todas formas, lo cierto es que en el Derecho primitivo quien decide en una controversia es simplemente un hombre en quien la comunidad confía por su carácter de prudente, esto es, por su carácter de persona capaz de encontrar soluciones adecuadas y equilibradas en los conflictos que ante él se plantean. El Derecho primitivo surge de la propia espontaneidad de los grupos sociales. Es un Derecho sencillo, puesto que sencillos son los problemas planteados. No es de extrañar, en este sentido, que este Derecho sea una prolongación de la vida normal del grupo. Tampoco puede extrañar que el lenguaje aquí utilizado no rebase el marco del lenguaje normal, y que la simbología mítica que rodea al hombre primitivo rodee asimismo a su Derecho.

La vida de las comunidades primitivas manifiesta que el Derecho es necesario porque existen conflictos en el seno de la comunidad. La función primaria del Derecho es resolver los conflictos. Pero dado que la comunidad y el poder que la representan tienen carácter sagrado, el Derecho y sus artifices —los prudentes— también lo tienen. La función sacerdotal y la función prudencial van con frecuencia unidas en el Derecho primitivo. Paralelamente al proceso de formación de una casta sagrada de sacerdotes-prudentes, surgió sin duda una especialización del lenguaje. Esta especialización se llevó a cabo en torno a los diversos procesos de decisión. Al adquirir ésta un carácter sagrado, el proceso se revistió naturalmente de la solemnidad y las formalidades propias de los ritos religiosos. Y de igual manera a como estos últimos poseen su propio lenguaje, en ocasiones sumamente misterioso y esotérico, el proceso jurídico adquirió también estas características. El prudente —quizás sin dejar de serlo— se transformó en un técnico y el lenguaje prudencial se convirtió en lenguaje técnico.

La técnica jurídica es la prudencia jurídica elevada de rango. ¿En qué sentido? En el sentido de que es la prudencia con pretensiones de rigor. Esto es: con un lenguaje propio que la hace susceptible de mantenerse por encima de las dudas que suscita el lenguaje tal y como se emplea en su uso ordinario. La técnica —como la prudencia— está orientada a la decisión. Técnico es aquél que participa, directa o indirectamente, en la decisión. Por eso, al jurista práctico se le puede llamar también técnico; eso es lo que significa que se le denomine jurisprudente o jurisperito.

La decisión ocupa un lugar clave en la práctica del Derecho. Todo problema jurídico requiere una decisión, y a la vez toda decisión entraña una referencia de solución de un problema o de un ámbito problemático. La técnica se mueve así entre el problema y la decisión, si bien para

realizar este movimiento posee la amplia base —amplia en ocasiones solamente— de las decisiones anteriores.

La actividad del jurista técnico se despliega de forma muy dispar, pero quizá haya que señalar tres manifestaciones como posiblemente las más importantes:

- el jurista técnico que actúa como legislador.
- el jurista técnico que actúa como juez.
- el jurista técnico que actúa como abogado o, en general, como representante de una de las partes en un proceso de decisión.

A) El legislador

Hay que distinguir el legislador auténtico, creador del contenido de la decisión, y el legislador que da forma jurídica a la decisión. El primero crea la decisión política, el segundo la construye jurídicamente. Pueden ir unidos en las mismas personas o pueden estar separados, pero eso es irrelevante para el presente análisis. Importa destacar que el legislador crea las decisiones de mayor alcance social, por lo que en él suele resaltar más su aspecto político que su aspecto técnico. El legislador constitucional emite la decisión fundamental que encarna en la Constitución. La Constitución es la forma jurídica de la decisión fundamental. Puede tomar cuerpo en un documento escrito o bien en un conjunto de costumbres. La forma externa de la Constitución no afecta para nada a su carácter de decisión fundamental. En el Derecho actual, producto del racionalismo positivista, la decisión fundamental se estructura formalmente en un documento escrito, al que se le llama también Constitución y en donde normalmente tras definir los rasgos específicos de la soberanía del Estado, se especifican las competencias en que ésta se reparte, sus respectivos sujetos, los procedimientos que tienen que seguirse para el ulterior desarrollo de la decisión fundamental, y el conjunto de valores que se consideran como inspiradores del sistema jurídico en su conjunto.

Junto al legislador constituyente, portavoz de la decisión política fundamental, está el legislador ordinario, el cual por medio de sus decisiones estructuradas bajo la forma jurídica de la Ley ordinaria, desarrolla el contenido de la decisión política fundamental.

En torno a la actividad técnica del legislador se ha desarrollado recientemente la llamada teoría de la legislación (*Gesetzgebungslehre*), y dentro de ésta la técnica de la legislación, una de cuyas finalidades es acuñar un lenguaje suficientemente preciso como para hacer que las le-

yes que se dictan posean óptimas cualidades (1).

B) El juez

El juez es —puede decirse— el principal órgano del Derecho. Y esto por dos razones: primero, porque no es pensable un sistema jurídico mínimamente desarrollado sin jueces, y segundo, porque en todo orden jurídico es el juez quien conecta realmente con la realidad, cumpliendo el Derecho a través de él sus funciones de resolución de conflictos.

Que no existe ni ha existido un sistema jurídico carente de jueces —entendiendo esta palabra en su sentido más amplio— se demuestra por medio del Derecho comparado y de la Historia del Derecho. En los pueblos primitivos, por ejemplo, la comunidad jurídica carece con frecuencia de órganos legislativos o de algo que pudiera asemejarse. Lo que hay es más bien un Derecho indiferenciado de origen consuetudinario cuyo momento de creación escapa a la memoria de los más viejos. Esto ocurre, según se sabe, en el primitivo Derecho Romano, cuyo período arcaico se caracteriza por una carencia absoluta de leyes. Antes de las XII Tablas existía en Roma un Derecho que descansaba en la fuerza de los *mores maiorum*, en la conciencia de la comunidad de que determinadas situaciones de poder debían ser respetadas y reconocidas (2). Este Derecho estaba ya tan asimilado en la arcaica comunidad romana que, según la opinión de Alvarez Suarez, no puede ser comparado con lo que hoy llamamos Derecho consuetudinario sino que siguiendo a Kaser habría que llamarlo más bien “Derecho Natural Romano antiguo”(3). Lo que interesa destacar aquí es que el primitivo Derecho Romano no surgió merced a la actividad creadora de órganos instituidos por la sociedad para tal efecto, sino como producto espontáneo del libre desenvolvimiento de la vida social de los grupos. Para utilizar la terminología del gran romanista y sociólogo del Derecho que fue E. Ehrlich, el Derecho surgió en sus orígenes de las reglas del obrar, esto es de los modos fácticos de comportamiento que se desenvolvían con carácter de habitualidad en el seno de una determinada sociedad.

(1) Véase L. Adamovich, *Probleme einer modernen Gesetzes-Technik*. En: G. Winkler-B. Schilcher (Gesamtredaktion), *Gesetzgebung*. Wien/New York, 1981. Para Adamovich entre las preguntas fundamentales de una teoría de la legislación destacan, entre otras, la del papel que juega el lenguaje como medio de expresión, el problema de la abstracción y la casuística y el de la terminología. (Pgs. 207-209). Muy importante es el libro de Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*. Reinbek bei Hamburg, 1973.

(2) U. Alvarez Suárez, *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid 1966, pg. 29.

(3) V. Kaser, “*Mores maiorum*” und *Gewohnheitsrecht*, “*Zss*” 39, 1919, pg. 51-100, pg. 59. Cit. por Alvarez S.

El Derecho es, en este sentido y en primer lugar, un orden de paz, y no un orden para resolver conflictos. La resolución de conflictos es un efecto derivado de ser el Derecho primariamente un orden que surge naturalmente de la vida social. El conflicto es lo patológico en el Derecho. Por ello tiene razón Alvarez Suarez cuando afirma que "el Derecho ha sido siempre una creación de la vida pacífica y para la vida pacífica de los ciudadanos, no un conjunto de resoluciones judiciales nacidas en una pugna de simples intereses" (4).

Ahora bien, esta postura no puede llevarse a sus máximos extremos, tanto en lo que se refiere al Derecho de las sociedades primitivas, como sobre todo al Derecho de las sociedades más avanzadas, y en concreto a la sociedad actual. Incluso en los sistemas primitivos, es una función esencial del Derecho la de resolver los conflictos. En una sociedad donde realmente no hubiera conflictos —tal sociedad es impensable— el Derecho sería superfluo. Por ello, acierta Rehbinder cuando sitúa como la primera de las funciones del Derecho precisamente la de resolver los conflictos (5). Además de esto, hay que señalar contundentemente que una cierta dosis de conflictividad no sólo es un hecho contrastable y verificable en toda realidad social, sino que incluso tal dosis es deseable y exponente claro de la savia vital y dinamizadora que nutre la sociedad. Una sociedad sin conflicto es una sociedad sin cambio y, por tanto, sin progreso. Que el Derecho viva del conflicto no significa así que viva de y para el conflicto, lo patológico, sino muy al contrario, que el mismo conflicto es o, al menos, puede ser una prueba de la vitalidad del grupo social.

El juez constituye, pues, el punto neurálgico del orden jurídico, ya que sus resoluciones se emiten cara a la resolución de conflictos. Pero no solamente esto: el juez, como se ha dicho, es quien actúa con la realidad, es quien decide el problema concreto. El representa el Derecho, no en su manifestación abstracta, desligada quizás de la vida, sino el Derecho en la vida cotidiana, el Derecho en su realidad vivida. Gracias a los jueces el Derecho avanza y se desarrolla, y esto tanto en el Derecho primitivo donde los jueces ejercen una función de auténticos "descubridores" del Derecho que encierran las costumbres y las instituciones consustancialmente unidas a la vida de la comunidad, como en el Derecho codificado, en cuyo ámbito el juez es el cauce necesario de desarrollo y expansión del mismo.

(4) U. Alvarez Suárez, *op. cit.* pg. 35-36.

(5) Cfr. M. Rehbinder, *Sociología del Derecho*. (Trad. esp. G. Robles), Madrid 1981, pg. 157.

El juez es el técnico del Derecho por excelencia, ya que en su función decisoria se proyecta el programa de convivencia establecido por la Constitución, sea ésta consuetudinaria o escrita. Es el cauce entre el Derecho ya creado, y quizá anquilosado, y la vida cambiante. Es el representante de la vitalidad y la adaptabilidad del Derecho, el exponente último de su potencialidad.

El juez está situado entre la ley —o hablando en términos más generales: el Derecho ya establecido e institucionalizado— y la vida diaria; entre lo abstracto y lo concreto. Su función consiste en adaptar lo abstracto a lo concreto, y por eso su papel puede definirse como el de transformador de lo institucionalizado en praxis jurídica. Es el órgano decisor por excelencia; la decisión que resuelve el conflicto planteado es el momento culmen de la actividad judicial. Toda teoría de la actividad judicial ha de apoyarse, consiguientemente, en una teoría de la decisión.

La decisión judicial posee dos aspectos esenciales, ninguno de los cuales puede ser desatendido: por una parte, es una decisión jurídica en cuanto que realizada por un órgano del Derecho cuya finalidad es trasladar a la vida concreta el esquema institucionalizado de organización social; pero, por otro lado, es al mismo tiempo una decisión política, no ciertamente en el sentido de que el juez realice en primer término una función política, sino en el sentido de que toda decisión con incidencia social supone necesariamente una elección valorativa, un esquema axiológico.

La decisión judicial es una decisión jurídica porque está sometida a un proceso. El proceso marca los pasos que necesariamente ha de dar el órgano si pretende conseguir una decisión jurídicamente válida, esto es, una decisión jurídica sin más. Puede ocurrir que el orden jurídico no prevea un proceso para la decisión judicial, sino que permita al arbitrio individual de los jueces la forma de la decisión. El proceso y, por consiguiente, las condiciones de juridicidad de la decisión se reducen entonces a un mínimo exigible: que la decisión la tome efectivamente el individuo o los individuos que el orden jurídico considera como competentes para fallar la solución del problema. Pero éste no es el caso general. De ordinario sucede todo lo contrario, a saber: que el orden jurídico estatuye procedimientos rígidos de decisión. Esto no constituye un capricho, sino que, por el contrario, es expresión del valor máximo que inspira todo ordenamiento jurídico: el valor de la seguridad. El técnico que todo juez es necesita conocer los requisitos o pasos de los procesos de decisión que le competen, ya que, de otro modo, no podrá "construir" adecuadamente su decisión, y por lo tanto ésta no alcanzará la cualidad

de decisión “jurídica”. El llamado Derecho procesal no es así un mero Derecho “adjetivo” como tradicionalmente, con cierto desprecio, se le denomina. Al ser la forma de las decisiones jurídicas, el cauce necesario por donde se llega a la decisión, define el marco de la acción calificable de jurídica y hace posible, en definitiva, hablar de Derecho. El Derecho no es un conjunto de decisiones, sino un conjunto de decisiones tomadas de cierta forma. Puede decirse quizá con mayor exactitud: El Derecho es un conjunto de procedimientos para tomar un conjunto de decisiones.

El procedimiento atañe a todo “órgano” de decisión, ya que el ser órgano presupone el hallarse inserto en una organización. Precisamente el órgano se caracteriza porque actúa como tal, esto es, en el seno de la organización de la que forma parte, y su actuación está presidida por el respeto a los cauces procesales que la organización en su conjunto ha puesto a su disposición. Por lo tanto, el poder constituyente no es un “órgano”, ya que como constituyente que es no está insertado en una organización, sino que es él quien —por medio de su acción— la funda. El poder constituyente es quien elabora y “da a luz” la decisión política fundamental, la cual toma cuerpo jurídico en la Constitución. El acto de creación de la Constitución es el acto creador de la organización, esto es, de los órganos y las respectivas competencias que a ellos incumben. Tanto el legislador como el juez son órganos y exactamente igual sucede con el funcionario o la autoridad administrativa. Y en la medida en que son órganos están sometidos, en su actuación, al procedimiento previsto para ellos. Ahora bien: no se nos puede escapar una diferencia esencial entre el legislador y el juez —o el funcionario administrativo—, y esta diferencia es que mientras que la función del legislador es sobre todo ordenar en su conjunto la vida social, esto es, “planificarla” o “configurarla” en sus más extensos rasgos, la función del juez y la del funcionario administrativo es la de resolver los conflictos, de forma inmediata y correcta. La decisión del legislador es una decisión de contenido abstracto y general, a la que puede preceder, y es conveniente que preceda, un estudio detenido de los problemas que el acto legislativo trata de encauzar; pero precisamente por su carácter de generalidad no hay necesidad de comprender exhaustivamente aspectos concretísimos de problemas o conflictos particulares, circunstancias irrepetibles o personalidades con nombres y apellidos. Todo lo contrario sucede en el caso de la función judicial. La decisión del juez no es de carácter abstracto-general, creada con el fin de configurar en su conjunto la vida social. La decisión del juez mira este o aquel problema individualísimo, cuya solución exige un conocimiento pormenorizado de todos los “lados” del caso. Esta diversa naturaleza de la decisión legislativa y de la decisión judicial exige

lógicamente una paralela diversidad en los tipos procesales correspondientes. En ambos casos, el proceso de decisión es necesario, de tal manera que tanto el legislador como el juez han de cumplir las condiciones y dar los pasos exigidos por los respectivos procesos si pretenden alcanzar la decisión válida (en un caso la ley, en el otro la sentencia). Pero en el caso de la decisión judicial, las exigencias de conocimiento exhaustivo de una realidad compleja y no prevista supone asimismo la complejidad del proceso. Esta complejidad está pensada en principio como una "ayuda" al juez y, en segundo lugar, como una garantía para las partes.

La introducción de la labor decisoria en un proceso supone la formalización de la acción que conduce a la decisión, no sólo en la actuación es sí, sino también en el lenguaje utilizado en la actuación. Cuanto más minucioso sea el proceso requerido para alcanzar la decisión válida tanto más formalizado será el lenguaje utilizado en dicho proceso. No puede sorprender, por tanto, que al juez se le considere aquí el técnico del Derecho por excelencia, no sólo porque conoce el Derecho institucionalizado y lo aplica, sino también porque al estar inserto en una organización que le impone complicados mecanismos procesales, su labor decisoria está presidida por el conocimiento de esos cauces y por su lenguaje. El lenguaje procesal del juez se convierte así en parte esencialísima del lenguaje normal de los juristas.

En efecto: dado que alrededor del órgano de decisión que es el juez se consume todo el proceso de decisión jurídica, y dado que —por consiguiente— la función de desenvolvimiento y creación progresiva del Derecho por parte de los jueces constituye un acervo inapreciable de experiencia jurídica, es lógico que el lenguaje de los profesionales del Derecho se forme y consolide en este ámbito. El proceso ante el juez constituye el marco en el que se habla sobre el Derecho vivo, el Derecho que tiene vigencia en la vida cotidiana.

Pero alrededor del juez y de su actividad no sólo se desenvuelve el lenguaje normal de los juristas, sino también un conjunto de técnicas cuya finalidad es encontrar la decisión "correcta" en el caso planteado. En torno a los medios adecuados de la aplicación correcta del Derecho ha tenido lugar una profunda discusión, que en sí ciertamente carece de final, pero que no por eso es menos necesaria, ya que pone de manifiesto las diversas posibilidades de la tarea interpretativa. La aplicación judicial del Derecho supone la interpretación, hasta el punto que puede decirse que aquélla es un aspecto de ésta o, si se quiere, su continuación. Pero la interpretación del Derecho en la aplicación del mismo no puede equipararse a la interpretación del Derecho cuya finalidad es "exponer"

pura y simplemente los contenidos de sentido de las reglas jurídicas existentes. En el primero de los casos hay que decidir y por lo tanto crear una regla nueva; en el segundo, por el contrario, no hay que decidir sino tan sólo comprender. Por eso, es necesario distinguir entre la *Técnica jurídica* y la *Dogmática jurídica* o *Jurisprudencia*. La técnica jurídica es el arte de la decisión jurídica, y la teoría que reflexiona sobre los medios de decidir —o lo que es lo mismo: de aplicar el Derecho ya establecido— puede ser denominada como teoría de la Técnica jurídica; toda teoría de la Técnica jurídica es una teoría de la decisión jurídica. No sucede así con la Dogmática jurídica o Jurisprudencia, la cual se presenta a sí misma con pretensiones de ser una ciencia, en pie de igualdad con el resto de las ciencias. La Dogmática jurídica no puede desconocer que más allá de ella, como punto de vista definitivo en la vida real, se halla la decisión, pero ella en su quehacer puede prescindir de la decisión en la medida en que su tarea no es decidir, sino en todo caso proporcionar una ayuda para la decisión. La separación entre Técnica y Dogmática es imprescindible si se quiere comprender netamente lo que significa la decisión jurídica y lo que propiamente es. Esta separación, por lo demás, no es frecuente en las “Metodologías” al uso, donde de ordinario se mezclan, sin distinguir oportunamente, sus diferentes fines cognoscitivos y su distinta naturaleza.

No es lo mismo el método de la Técnica jurídica y el método de la Dogmática jurídica, y por eso es preciso en todo caso hablar de dos Metodologías: la Metodología de la Técnica jurídica y la Metodología de la Dogmática jurídica. La primera es una reflexión sobre el “hacer” del técnico del Derecho, y especialmente del juez, que es el técnico del Derecho por antonomasia; la segunda es una reflexión sobre el “hacer” del científico del Derecho. Esto no quiere decir que el técnico del Derecho no pueda ser también un científico del Derecho, o viceversa. Quiere tan sólo decir que en cuanto técnico actúa de forma diferente que en cuanto científico, y que en cuanto científico procede de distinto modo que en cuanto técnico. La confusión de las dos Metodologías procede de que todo técnico del Derecho ha estudiado previamente la Ciencia del Derecho y que aparte de encontrar ya en ella la confusión entre ambos aspectos, posteriormente, en su quehacer técnico, quizá no ha sido suficientemente consciente de esta separación.

Toda decisión implica una responsabilidad sobre las consecuencias de la decisión. Esto sucede en la vida normal y también en la vida del Derecho. En este sentido, la actividad técnica o decisoria del legislador y del juez conllevan su respectiva responsabilidad. Pero mientras que la responsabilidad del legislador está en cierto modo alejada del contacto

inmediato con la realidad, la responsabilidad del juez incide directa y dramáticamente en la entraña de concretos problemas humanos. El legislador efectúa su labor teniendo in mente al hombre "abstracto", a una idea determinada de hombre, o si se quiere, al tipo medio del ciudadano. Con ser muy grave su responsabilidad puede quedar con la conciencia tranquila si en el terreno de los grandes principios de la configuración de la vida social ha actuado prudente y equilibradamente. Además de esto, el legislador puede reflexionar de ordinario sin prisas sobre el contenido de la ley que elabora y que desea promulgar. Muy de distinta manera sucede en el caso del juez. El juez no sólo se ve desbordado por el trabajo diario, sino que, además, los problemas que a él se presentan son problemas concretísimos, donde no se opera con abstracciones más o menos idealizadas, sino con la realidad viva y palpitante de cada caso. La labor del juez es sin duda más oscura que la del legislador, pero quizá más decisiva, ya que es él quien es el verdadero técnico del Derecho. Ahora bien: ser un "técnico" del Derecho, ser un *iurisperito*, implica ser un *iurisprudente*. La técnica judicial no puede resolverse en una fórmula simplista, los problemas humanos exceden de algún modo a la estricta teoría, y por eso una teoría de la Técnica jurídica, y más en concreto, una teoría de la técnica judicial ha de resaltar siempre y necesariamente el papel que juega la personalidad del juez, cuya formación humana y cuyo sentido del bien social y del equilibrio es un factor sumamente relevante pero muy olvidado con frecuencia. El juez debe saber el Derecho, en eso no cabe duda; pero, por encima de eso, el juez debe sentir el Derecho como una auténtica vocación humana por la justicia.

Lo anterior conduce a la conclusión de que toda teoría de la Técnica jurídica exige un planteamiento político-jurídico en el que insertarse; esto es: que toda teoría de la Técnica jurídica ha de presuponer por lo menos una reflexión profunda sobre la política jurídica. Con esta expresión se designa —aunque de otro modo y dándole un alcance más amplio— lo que tradicionalmente se ha llamado Teoría de la Justicia. Esta es una reflexión sobre el Derecho que debe ser. La Política jurídica es algo más: es una reflexión sobre el Derecho que debe ser teniendo en cuenta las coordenadas reales de la sociedad: es la Teoría de la Justicia concretada en programas determinados. Como Política jurídica es ciertamente "política" y en este sentido puede decirse que todo técnico del Derecho, en la medida en que a su decisión técnica subyace la Política jurídica, tiene necesariamente que tomar partido. Esto no es descubrir nada nuevo: el acto del legislador es la política en cuanto que se transforma en Derecho; la decisión política dirigida a ordenar la vida social se transforma en una decisión jurídica. Pero no por esa transformación

deja de tener un contenido político. Lo propio sucede con el juez, quien ha de decidirse también ante las diversas alternativas que la interpretación le ofrece. Parafraseando a Ralf Dreier, y con idéntico sentido al que él utiliza, podría decirse que la técnica jurídica no ha de estrechar estérilmente su marco sino que tiene que “politizarse” en el sentido de “eticizarse” (6). La Filosofía del Derecho cumple aquí también su cometido, ya que el dotar de carácter ético a la técnica jurídica plantea en definitiva el sempiterno problema de los valores, a la vez que puede conducir a los técnicos del Derecho a una reflexión profunda sobre su “verdadero” rol en la sociedad. Sobre el problema de una teoría de la Técnica jurídica se volverá más adelante.

C) El abogado

Lo dicho hasta aquí sobre la técnica jurídica es perfectamente aplicable al abogado, aunque en menor medida o, si se quiere, señalando las características específicas que le son propias. El abogado en principio no decide directamente y, por eso, no es en sí un técnico del Derecho en el sentido en que se ha definido este término. Pero sí participa en la elaboración de la decisión. No crea la decisión, y por eso el abogado no es creador de Derecho, pero sí participa en el proceso de la decisión, pudiendo ser esta participación decisiva para que la decisión sea de una u otra índole. También puede realizar funciones de asesoramiento, siendo esta labor de capital importancia en determinados sectores del Derecho, tales como el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil, pero su cometido propio y específico es participar como defensor o representante en un proceso. El abogado representa así “un punto de vista” que se desarrolla en el proceso. El proceso es como un diálogo de dos oponentes en torno a un mismo tema a debatir, siendo cada oponente representante de un interés distinto. En este diálogo, las partes o sus representantes (los abogados) “desmenuzan” el problema planteado, dando la versión que a su interés ayuda. Es el juez quien dirige el diálogo por medio de los instrumentos que el Derecho Procesal le concede y a través de lo que tal diálogo aporta de información y de valoración, el órgano decisor puede llegar a una convicción sobre el problema planteado. Esa convicción es la base de su decisión. La técnica del abogado no es así una técnica de la decisión sino una técnica de la convicción. El propósito del abogado no es decidir, sino convencer, y convencer precisamente a

(6) V. Ralf Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*. En: R. Dreier, *Recht, Moral, Ideologie (Studien zur Rechtstheorie)*. Frankfurt am Main, 1981. (Pgs. 48-69). Pg. 61: “Im Blick auf jene geschichtlich bedingte Verengung der Rechtswissenschaft meint das Postulat der Politisierung nichts anderes als das der Ethisierung der Rechtswissenschaft”.

quien ha de decidir. Al arte de convencer se le llama Retórica.

El juez, por su parte, a la hora de dictar sentencia también argumenta, pero no con el objeto de convencer a otros, sino de convencerse a sí mismo y de justificar su decisión. La finalidad que preside su argumentación es más amplia que la finalidad que persigue el abogado, el cual trata de hacer favorable la justicia a su cliente, dentro naturalmente de los límites de lo posible.

Vemos, por consiguiente, cómo es precisamente en el proceso de decisión donde confluyen —cada una con sus características particulares— las actividades en que se concretan diversas profesiones jurídicas. Es en el proceso de decisión donde culmina todo el bagaje que puede designarse como “conocimiento del Derecho” o “formación jurídica”. La formación jurídica se expresa, se manifiesta exteriormente en el proceso de decisión, y a través de éste tiene lugar la progresiva creación del Derecho, lo que la teoría alemana del Derecho llama la *Rechtsfortbildung*. Esto no quiere decir, evidentemente, que el Derecho no surja “también” de la vida social, pero la consciencia de que ese Derecho surgido en la misma entraña de la sociedad se incorpora definitivamente a lo que puede considerarse en un momento dado Derecho vigente, sólo es posible gracias a una decisión que lo incorpore, y esta decisión se toma evidentemente mediante un proceso. Esta palabra hay que entenderla en un sentido amplio. No se refiere exclusivamente a la decisión judicial y al proceso que tiene lugar ante el juez, sino a todo tipo de decisión jurídica que tiene siempre necesidad de un proceso de elaboración.

En el proceso se configura el lenguaje normal de los juristas, esto es, el lenguaje profesional de los juristas. Este lenguaje es un intermedio entre el lenguaje normal y el lenguaje formalizado, y a veces un tanto esotérico, de la Ciencia del Derecho. En la medida en que en el proceso de la decisión se ponen en contacto la problemática de la vida cotidiana y los esquemas de las ciencias del Derecho, los juristas prácticos que en aquél participan, es decir, los que hemos llamado juristas técnicos, utilizan un lenguaje que, orientado a la decisión, pero partiendo de la comprensión de la realidad vital, es un intermedio entre el lenguaje normal y el lenguaje científico.

La Jurisprudencia o Ciencia del Derecho en sentido estricto no mira directamente a la decisión, aunque ésta también sea objeto de su estudio. El lenguaje de la Ciencia del Derecho es de esta manera más formalizado, incluso si se quiere más alejado de la realidad viva. Y por tanto, una reflexión sobre la argumentación en la técnica jurídica y en la Cien-

cia del Derecho tiene que dejar claras sus diferencias.

2. *TECNICA JURIDICA Y DOGMATICA JURIDICA*

La Técnica jurídica es el conjunto de procedimientos utilizados por los juristas para decidir. Es, pues, la técnica de la decisión. Una teoría de la Técnica jurídica se identifica de esta manera con una teoría de la técnica de la decisión jurídica. Esta tiene por objeto estudiar los siguientes problemas:

a) Aclarar en qué consiste la decisión jurídica y qué papel desempeña en el proceso de creación del Derecho.

b) Dilucidar qué tipos de decisión jurídica existen a la luz de los diversos sistemas jurídicos.

c) Señalar los caracteres comunes de esos tipos para poder establecer nitidamente en qué consiste la decisión jurídica en general.

d) Puntualizar las diferencias específicas que caracterizan la decisión jurídica con respecto a la decisión a secas.

e) Relacionar la decisión jurídica con el proceso de la decisión.

f) Establecer el modo de argumentar de los juristas tal como sucede en la praxis de los procesos de decisión.

g) Criticar esos modos de argumentar o, al menos, hacerse conscientes de sus limitaciones.

h) Proponer nuevos modos de argumentar con el fin de llegar por el camino correcto a la decisión correcta.

i) Y, por tanto, aclarar en qué consiste la corrección tanto de la argumentación como de la decisión a la que se ha llegado tras el proceso de argumentación.

La Teoría de la Técnica jurídica englobará por consiguiente los siguientes ámbitos disciplinares:

— La Teoría general de la decisión.

- La Teoría de la decisión jurídica.
- La Teoría general del proceso.
- La Teoría general de la argumentación.
- La Teoría de la argumentación jurídica.

Tres palabras destacan en este esquema: decisión, proceso y argumentación. Ciertamente constituyen las palabras claves de la Técnica jurídica. La decisión es el qué final al que hay que llegar y en el que necesariamente se desemboca. El proceso y la argumentación constituyen el cómo, pero mientras que el proceso es el cómo formal, ya que se limita a señalar los pasos formales necesarios para consumir la decisión, la argumentación es el cómo material, que maneja los fundamentos o las razones ético-jurídicas y de cualquier otro género que subyacen a la decisión.

Todo esto, se dirá, constituye lo que tradicionalmente se ha llamado Teoría de la interpretación. Semejante afirmación sólo es aceptable parcialmente. En efecto: el término interpretación es demasiado ambiguo; o mejor dicho: la interpretación constituye una tarea ineludible en el seno de las ciencias sociales y, si se me apura, en todo lo que afecta al hombre. También las ciencias naturales necesitan de la interpretación, aunque de seguro que en un sentido mucho más limitado que las ciencias que estudian realidades humanas.

A la hora de teorizar sobre la interpretación hay que señalar dos planos esenciales:

- el plano de la interpretación general, como tarea aplicable a toda realidad que se exprese en lenguaje, que es objeto de una Hermenéutica universal, y

- el plano, o mejor, los planos específicos de las concretas actividades interpretativas. No siempre que se interpreta, se interpreta con el mismo fin ni con el mismo marco estructural. Por ejemplo, no es lo mismo interpretar para decidir que para conocer.

Esta es la diferencia que es necesario destacar aquí, ya que subyace a la tarea interpretativa de la distinción que propongo entre Técnica jurídica y Dogmática jurídica. Mientras que la primera tiene por objetivo último la decisión, la segunda se limita al conocimiento. Ambas se pro-

ponen la interpretación del sistema jurídico, pero su labor interpretativa está presidida por una muy diversa finalidad, la cual marca necesariamente diferencias ostensibles entre el modo de proceder de la Técnica y el de la Dogmática. La Técnica está orientada primaria y directamente hacia el problema concreto que ha de solucionar mediante la decisión. La Dogmática, por el contrario, aunque sea una disciplina "orientada a problemas" no realiza su labor interpretativa a la vista de un problema determinado que se da en la praxis jurídica, sino a la vista de un conjunto problemático que proviene de la experiencia jurídica en general. La tarea de la Dogmática es la construcción coherente y armoniosa en un todo sistemático de las significaciones de los diferentes elementos y proposiciones lingüísticas que componen un determinado Derecho positivo. En este sentido, el modo de proceder de la Técnica y de la Dogmática es, y tiene que ser muy diferente. Por este motivo, es muy cuestionable meter en el mismo saco la problemática de la argumentación de una y otra, como hace Robert Alexy cuando señala: "De la posibilidad de la argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la jurisprudencia, sino también la legitimidad de la decisión judicial" (7). En mi opinión, el carácter científico de la jurisprudencia es algo muy distinto de la "legitimidad" de la decisión judicial, ya que mientras que aquélla se sitúa en un terreno estrictamente cognoscitivo, esta última es la expresión máxima de la praxis jurídica. Pero por otro lado hay que reconocer que el puente de unión entre la Jurisprudencia y la Técnica existe, ya que la primera está "orientada" a la praxis. Pero decir que está orientada a la praxis significa sólo que la praxis puede aprovecharse del patrimonio que la Jurisprudencia le proporciona, pero no que ésta sea una disciplina "práctica". Es así perfectamente pensable una Jurisprudencia despreocupada absolutamente de la realidad vital, y de las futuras decisiones sobre futuros problemas, aunque pueda decirse que tal labor no sea deseable por insuficiente. Lo más idóneo es, a mi juicio, tratar ambos problemas en conexión, aunque sin mezclarlos. De lo contrario, la confusión acarreará consecuencias nocivas tanto para la correcta comprensión de la Técnica jurídica como para el establecimiento de los límites del ámbito de la Dogmática y de su método.

(7) R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main, 1978. Pg. 15. Gil Cremades habla de "construcción y argumentación, como factores a combinar en los motivos de las decisiones jurídicas". (*La motivación de las decisiones jurídicas*, en "Estudios en Honor del Doctor Luis Recasens Siches", México, 1980. Pgs. 415-433. La cita es de la pg. 433).

3. PENSAMIENTO AXIOMÁTICO Y PENSAMIENTO APORÉTICO

Desde la obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, se ha exagerado tanto la contraposición entre el llamado pensamiento axiomático y el llamado pensamiento aporético como el papel que el primero de ellos ha desempeñado en el seno de la Ciencia jurídica. Los excesos de algunos cultivadores de la Jurisprudencia de conceptos no pueden dar pie a descalificar absolutamente el tratamiento conceptualista-formalista de los problemas jurídicos. Es perfectamente admisible la idea de que la lógica tradicional no encaja en el seno de la argumentación práctica y ni siquiera en el seno de la Teoría general de la interpretación.

Pero eso no quiere decir que la Ciencia del Derecho pueda prescindir del tratamiento analítico. Ralf Dreier habla de la "Plurifunktionalität der Rechtswissenschaft" (8) y se refiere a la Dogmática como una "disciplina pluridimensional" (9) que no puede prescindir del análisis descriptivo-empírico ni del lógico-analítico y por supuesto tampoco del práctico-normativo (10). Esta concepción de la Dogmática, que parece que hoy se impone, salva efectivamente la tradición de la Begriffsjurisprudenz y relativiza el ataque iniciado por Viehweg.

En el esquema propuesto, el análisis aporético es más importante en el ámbito de la Técnica jurídica que en el de la Dogmática, aunque en éste también tenga su papel. Viehweg reconduce la esencia de la Ciencia del Derecho al hacer de los juristas prácticos, pero esta conexión tajante no aclara el problema sino que lo complica. Esa exageración a la que alude se pone de manifiesto muy ostensiblemente en el prólogo de E. García de Enterría a la citada obra de Viehweg. En él afirma: "La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas" (11).

(8) R. Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*. En: Dreier, *op. cit.* pg. 54.

(9) R. Dreier, *Concepto y función de la Teoría general del Derecho*, trad. Robles. Publicado en la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", núm. 52, Madrid 1978. (Pgs. 111-138). Pgs. 120-121: "De ahí que la Dogmática jurídica investigue siempre lo que en una sociedad organizada jurídicamente se presente como Derecho empíricamente válido. Constata no sólo cómo los jueces (y las autoridades administrativas) deben decidir, en conformidad con la voluntad real o "razonable" del legislador, sino también cómo deciden realmente o cómo presumiblemente decidirán. Por esto, la Dogmática jurídica es una disciplina pluridimensional".

(10) V. Alexy, *op. cit.* pg. 308.

(11) E. García de Enterría, *Prólogo* al libro de Th. Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*

Esta frase recoge una exageración que no es admisible. En primer lugar porque eleva a categoría de Ciencia el mero hacer de los juristas, y, por otro lado, porque desconoce la historicidad de la Ciencia del Derecho que, como todas las formas de conocimiento, ha pretendido adaptarse a lo largo de la historia a las concepciones epistemológicas triunfantes. No es lícito hablar de Ciencia del Derecho para referirse al “trabajo cotidiano de los juristas” (12), siendo el propio Theodor Viehweg quien emplea siempre la palabra Jurisprudencia, eludiendo constantemente el término Ciencia del Derecho y concluyendo —como no podía ser de otra forma— que la calificación de ciencia es para la Jurisprudencia un asunto secundario y quizá incluso imposible, ya que la Ciencia exige, en la concepción de este autor, un sistema desenvuelto gracias al método axiomático, de carácter lógico-deductivo. Para Viehweg, al intentar cientificar la técnica jurídica, lo “que corresponde al deseo de la moderna cultura del continente occidental de concebir a la jurisprudencia como ciencia (...), se tiene con ello que dirigir necesariamente contra la tópica” (13). Tiene Viehweg toda la razón si bajo el término Jurisprudencia se entiende —como él hace— la Técnica jurídica o, con otro nombre, la Técnica de la decisión jurídica. En ésta es el problema el centro de la ponderación intelectual, ya que la decisión— que es la tarea culmen del jurista práctico— está vinculada muy estrechamente al problema sobre el que hay que decidir. La Técnica jurídica está dominada, según esto, por el pensamiento aporético o problemático. La Tópica constituye un instrumento de ayuda muy interesante en el terreno de la Técnica jurídica. Pero en lo que se refiere a la Ciencia del Derecho el planteamiento intelectual es algo diferente. Aquí no se trata de solucionar un determinado problema, no se trata de decidir. Se trata de comprender como un todo, como un sistema, el conjunto de campos semánticos representados por las proposiciones lingüísticas que componen un determinado orden jurídico positivo. No es que la Ciencia del Derecho no trate de proporcionar guías o líneas directrices para la solución de problemas concretos; o mejor: no es que la Ciencia del Derecho no pueda ponerse al servicio de la Técnica jurídica. Es obvio que su razón de ser última es estar al servicio de la praxis. Pero en su quehacer metódico no puede sino prescindir de la decisión concreta que tenga en cuenta el caso concreto, puesto que la Ciencia del Derecho en sí misma no tiene que decidir. La tarea interpretativa que preside a la Técnica jurídica y a la Ciencia del Derecho pertenece al ámbito de la argumentación práctica, pero

(trad. Luis Díez Picazo). Madrid 1964. Pg. 13.

(12) Viehweg, *op. cit.* pg. 142.

(13) Viehweg, *Ibid.* pg. 111.

no puede nunca olvidarse el conjunto de diferencias que caracterizan a una y a otra:

a) Mientras que la Técnica mira el problema concreto, la Dogmática o Ciencia del Derecho en sentido estricto contempla la problemática general que le proporciona la experiencia jurídica.

b) La Técnica tiene que decidir mientras que la Dogmática tiene en cuenta lo ya decidido.

c) La Técnica interpreta hechos concretos a los que trata de aplicar normas creando otras normas; la Dogmática no crea normas sino que se limita a comprender el conjunto normativo existente. En esta labor de comprensión tiene en cuenta los hechos ya calificados por los técnicos, con el fin de entender mejor los contenidos de sentido de las normas y de adaptar éstos a la realidad viva.

d) La Técnica se interesa por la justicia del caso concreto, mientras que la Dogmática sólo se plantea —y puede plantearse— el problema de la justicia inmanente en un orden jurídico determinado.

e) En su hacer estricto la Técnica se olvida del sistema y atiende a las específicas peculiaridades del caso concreto; la Dogmática, por el contrario, no tiene en cuenta el caso concreto en el sentido de que al científico del Derecho como tal no se le pide la solución de un problema determinado, siendo su preocupación máxima la de la construcción del sistema.

Es, por otro lado, erróneo atribuir al sistema necesariamente un determinado método: el método lógico-deductivo, también llamado método axiomático, señalando de seguido que el método matemático es inadecuado para la Ciencia del Derecho. La idea de sistema no tiene por qué identificarse con el método matemático. La construcción sistemática de la Ciencia del Derecho puede realizarse por otros medios. Y en cualquier caso el desprecio por la “matematización” del Derecho que pretendió la Jurisprudencia de conceptos implica un desconocimiento de la importancia que ésta tuvo para la creación de la Ciencia jurídica. Tanto que, en rigor, con todos los matices que se quiera, sólo puede hablarse de Ciencia jurídica desde la época del conceptualismo, y en gran parte gracias al decisivo influjo de esta corriente. Los excesos de la Jurisprudencia de conceptos —que ya Ihering señaló— no permiten reducirla a un episodio sin sentido. “La Jurisprudencia de conceptos —dice Horst-Eberhard Henke— sobrevaloró la fecundidad de la deducción y redujo demasiado la patria del jurista al reino de los pensamientos y las cons-

trucciones. Pero esta exageración no debería darnos pie a utilizar este término como designación depreciada para referirnos al pensamiento extraño a la vida. Al fin y al cabo, fueron los conceptualistas quienes, gracias a su formación, acuñaron el concepto de "pretensión", descubrieron el carácter abstracto de los plenos poderes, escribieron tratados y comentarios de gran altura y crearon la dogmática y el sistema del Código civil" (14).

4. CRITICA DE LA TEORIA DEL SILOGISMO

El método axiomático, de carácter lógico-deductivo, fue la máxima obsesión del Derecho Natural racionalista. La Edad Moderna tuvo a la Geometría como la ciencia modelo, cuyo esquema epistemológico debió ser asimilado por todas aquellas formas de conocimiento que pretendiesen el calificativo de "científicas". No sólo las ciencias de la naturaleza, sino también las ciencias del espíritu trataron de asimilar en su seno el método geométrico. Tanto la Etica como la Jurisprudencia, si querían ser ciencias, debían ser tratadas *more geometrico*. Fue precisamente esta circunstancia la que hizo que en la Edad Moderna se acentuase el dualismo entre la verdadera Ciencia del Derecho, que operaría en el ámbito jurídico como las demás ciencias, esto es, al modo geométrico, y la jurisprudencia o hacer técnico de los juristas, la cual no constituía de por sí una verdadera ciencia, ya que se apartaba del modelo epistemológico triunfante.

Pero la Edad Moderna fue también una época dominada por la Metafísica, ya que hizo del dato ideal el objeto de su reflexión. En el campo del Derecho esto se tradujo en la construcción de la doctrina *iusnaturalista* que le es propia. El Derecho Natural, que era un objeto ideal, era al mismo tiempo el objeto de la verdadera Ciencia, y la Ciencia del Derecho Natural, la *iuris naturalis scientia*, la "verdadera", esto es, la única ciencia del Derecho. La Ciencia del Derecho Natural se erigía así en verdadera geometría del Derecho que, como tal, pretendería aplicar el razonamiento lógico-deductivo propio del método geométrico al ámbito jurídico.

En virtud del método geométrico de la Ciencia del Derecho Natural, que era la verdadera Ciencia del Derecho de la Edad Moderna, pre-

(14) H. - E. Henke, *Wie tot ist die Begriffsjurisprudenz?* Zeitschrift für Zivilprozess 80, 1967 (Pgs. 1-20). Pg. 20.

tendíase la construcción del sistema del Derecho a partir de axiomas o verdades ético-jurídicas evidentes, de las cuales por derivación lógica conseguíanse principios cada vez menos generales, y así hasta llegar a las conclusiones últimas del sistema, conclusiones que contemplaban los problemas concretos que la vida jurídica plantea (15). La contraposición tradicional entre *ratio* y *auctoritas* se inclinaba aquí favorablemente a la primera, pasando el argumento *ab auctoritate*, que en la jurisprudencia romana y en todo el pensamiento medieval habían tenido un gran peso, a ocupar un lugar muy secundario, casi insignificante.

El resultado fue la construcción de grandes edificios sistemáticos, imponentes por su grandeza y por su coherencia, pero alejados de la realidad vital. Esto, sin embargo, no representó una rémora para la *iuris naturalis scientia*, sino muy al contrario: se contemplaba la realidad como algo que no correspondía al verdadero ser de las cosas y, por consiguiente, como algo que no sólo era susceptible de cambio y transformación, sino que estaba necesitado de una auténtica revolución. La teoría se vinculaba a la praxis en íntimo maridaje, siendo aquélla no sólo exponente de la verdad, sino maestra y guía de la segunda. Si la realidad no coincidía en las exigencias planteadas mediante los axiomas del Derecho Natural, tanto peor para la realidad. De esta manera, la *iuris naturalis scientia* no fue sólo la verdadera ciencia del Derecho, sino también una guía para revolucionarios que hacían la revolución tanto en interés de la verdad como de la sociedad. Con el triunfo de la Revolución, el Derecho Natural perdió su papel crítico al encarnarse en los textos jurídicos elaborados por las clases sociales triunfantes. El ideal transformóse en textos escritos y así surgieron los Códigos. Estos, verdaderos herederos de la mentalidad *iusnaturalista*, fueron concebidos de manera similar a como habían sido concebidos los sistemas teóricos. En los códigos habrían de desenvolverse, partiendo de determinados axiomas ético-jurídicos, a los cuales se les denominó principios del Derecho o principios generales del Derecho, todo el conjunto normativo necesario y suficiente para regir las relaciones interhumanas en amplios espacios de la vida social. La figura roussoniana del legislador, omnipotente y omnisciente, capaz de prever la problemática de los ciudadanos hasta en los más mínimos detalles, era la personificación de la razón ilustrada, con la diferencia de que mientras que ésta era capaz de crear proyectos de programación social futura, aquél encarnaba estos proyectos en la realidad del Derecho positivo. Esta mitificación del legislador ilustrado tenía necesariamente que oscurecer la función de los jueces, como así necesariamente sucedió.

(15) V. Stig Strömholm, *Allgemeine Rechtslehre*. Göttingen, 1976. Pg. 63.

El fondo político de la operación es bien claro: mientras los grupos triunfantes pudieron monopolizar la creación del Derecho por medio de la ley, el estrato de los jueces escapaba en gran medida a su influjo, ya que en él se albergaban herederos del Antiguo Régimen y representantes de las clases nobles. Los jueces se convirtieron así en meros “aplicadores” de la ley, que en el lenguaje de la época era idéntico a aplicadores del Derecho, ya que la ley agotaba el Derecho y éste era sólo la ley. La ley, en cuanto transcripción al papel, del Derecho Natural racionalista poseía las mismas características de perfección que éste, añadiendo aún una más: la de su existencia real. La exaltación mítica del legislador y de su labor —esto es, la ley que plasmó en la codificación— tuvo que conducir necesariamente a una concepción estrecha de la técnica jurídica. Se separó tajantemente la creación y la aplicación del Derecho, dando a la primera toda relevancia y quitando a la segunda toda significación. La creación del Derecho era obra del legislador, y de nadie más que del legislador. Como representante de la voluntad general no podía confundirse. La aplicación del Derecho fue convertida en una tarea absolutamente secundaria, que no podía añadir nada a lo ya creado en la ley, puesto que de lo contrario dejaría de ser pura y estricta aplicación para convertirse en creación, lo cual constituía algo absolutamente inadmisibles. Esta mentalidad estaba representada —en el terreno de los planteamientos doctrinales— por la Escuela de la Exégesis, que dominó en Francia durante todo el siglo XIX, y que desde ahí extendería su influjo al resto del continente europeo y a América del Sur. El juez se convirtió en “boca de la ley”, según la expresión de Montesquieu en el capítulo 6 del libro 11 de su obra *L'Esprit des Lois* y se extendieron por Europa las prohibiciones de que los jueces interpretaran las leyes, como en el caso de la orden dictada por el rey Federico el Grande el 14-4-1780 prohibiendo “a todo juez interpretar nuestras leyes y mucho menos crear nuevas”, siendo los casos dudosos remitidos a una comisión legislativa (16). El comentario del código se hacía de esta manera superfluo.

¿Cómo entonces habrían de hallar la sentencia los jueces? Y en general: ¿cómo el órgano decisor habría de llegar a su decisión con el fin de alcanzar la solución del caso concreto? La respuesta no podía ser otra que ésta: mediante el silogismo.

El silogismo es, como se sabe, una de las figuras más importantes de la lógica aristotélica. Describe el paso lógico, y por lo tanto necesario, que enlaza lo universal y lo particular. De dos premisas —llamadas

(16) V. Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts von 1794*. Köln/Opladen 1958, pgs. 13 y ss.

respectivamente premisa mayor y premisa menor— se extrae la conclusión. Utilizando el ejemplo clásico:

(Premisa mayor) Todos los hombres son mortales

(Premisa menor) Sócrates es hombre

(Conclusión) Sócrates es mortal

Suponiendo que las premisas sean verdaderas, también lo será la conclusión. Generalizando el ejemplo anterior puede decirse que la fórmula del silogismo es:

Todos los A son B

C es A

Luego: C es B.

El silogismo no añade nada a la premisa mayor; lo único que consigue es especificarla. En este sentido, constituye la figura lógica ideal para un modo de pensar cuya finalidad máxima e intocable es no añadir nada a lo ya establecido.

La figura silogística fue aplicada a la labor judicial y, en general, a la decisión de casos concretos, de la siguiente manera: La premisa mayor la constituye la norma jurídica general, esto es, la ley; la premisa menor, el caso jurídicamente calificado, y la conclusión, el fallo judicial. El juez tan sólo tiene que subsumir el caso de la vida real, que se ha planteado ante él en busca de solución, en la norma general que contempla este caso.

Este llamado ideal de subsunción no tuvo sólo éxito en el ámbito de los Códigos de Derecho Privado (sobre lo que ya se ha insistido mucho en la doctrina), sino también en la doctrina del Derecho Público. Así, por ejemplo, lo manifiesta expresamente Paul Laband para quien “El juez no ha de hacer valer *su* voluntad, sino la del Derecho objetivo, es la *viva vox legis*; no es él quien crea la premisa mayor sino que la acata como algo que proviene de un poder que está por encima de él” (17). Lo cual implica una determinada concepción de la tarea legislativa y de la labor decisoria, así como de las relaciones existentes entre ambas: “La esencia de la legislación consiste ...en la emisión de una proposición jurídica abstracta, la naturaleza de la jurisprudencia, en el establecimiento

(17) Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 4. ed. Tübingen, 1901, pg. 165. V. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2 ed. Berlin 1976, pg. 47 y ss.

vinculante de una relación jurídica concreta" (18). Para el tratamiento del Derecho público y de Teoría del Estado, según H. Krüger, el "método propio" de la Jurisprudencia de los jueces lo constituye la *subsunción* (19). Y eso hasta el punto de que el Tribunal Constitucional, según su opinión, no realiza en sí una función judicial, sino más bien una función de "Verfassungsgebung" (20). Y por su parte, Ernst Forsthoff ha declarado tajantemente: "La jurisprudencia se aniquila a sí misma si no entiende la interpretación de la ley como la indagación de una subsunción correcta en el sentido del silogismo" (21).

Los excesos de esta concepción silogística de la sentencia que dominó sobre todo a la doctrina y, por consiguiente, a la mentalidad de los jueces del siglo XIX, dieron lugar a excesos en la interpretación de las leyes que rayaban en lo ridículo y en lo absurdo. Alejadas las razones políticas de desconfianza hacia el poder judicial, sólo la fuerza de la inercia —que a veces pesa tanto en el Derecho— y la tendencia cómoda a no replantearse el problema de la interpretación judicial, hicieron posible el estancamiento de los juristas en esta mentalidad. La práctica jurídica ponía continuamente de manifiesto que la lógica formal tradicional era, cuando menos, insuficiente para alcanzar decisiones "razonables", chocando de esta manera lo que se consideraba racional, en el sentido de la deducción lógica, y lo considerado como razonable para la vida de los hombres.

Ya en el seno de la Jurisprudencia sociológica, preocupada más por la realidad de los hechos jurídicos que por la construcción del sistema dogmático y la aplicación de las figuras lógicas al Derecho, se produjo un fuerte movimiento frente a las ideas típicas del positivismo legalista. Como iniciador de la nueva versión metodológica es considerado Rudolf von Ihering, sobre todo con sus obras *Der Zweck im Recht* y *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. La Jurisprudencia Sociológica se desarrolló en múltiples direcciones, pero de ellas merece la pena citar aquí sobre todo la llamada Jurisprudencia de intereses y el Movimiento del Derecho libre. Fueron quizá los autores de la Escuela del Derecho libre quienes con mayor ahínco reivindicaron la función creadora del juez. Inspirados en una concepción sociologista del Derecho, superadora de la mitificación del legislador e incluso del Estado como monopolizador del

(18) P. Laband, *Ibid*, pg. 163.

(19) H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart, 1964, pg. 794.

(20) H. Krüger, *Ibid*, pg. 709.

(21) E. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*. Festschrift für Carl Schmitt. Berlin 1959. Pg. 41.

Derecho, dieron al *Derecho vivo* el papel protagonista, y por tanto también a los jueces como órganos más en contacto con ese Derecho.

De la Escuela del Derecho libre hay que citar aquí por su aportación al problema de que tratamos a Hermann Kantorowicz, Eugen Ehrlich y Ernts Fuchs. Pero hay que señalar que ninguno de estos autores sostuvieron —como a veces se cree— el desprecio del intérprete hacia la ley, ni la idea sobre ellos tan extendida y según la cual el Derecho es sólo lo que los jueces dictan. Como ha dicho Klaus Riebschläger, “se trata de una escuela metódico-jurídica y no política-jurídica, ya que no aspira en absoluto a un cambio en la posición del juez respecto de la Ley y el Derecho, sino a un conocimiento con validez general de la relación existente. Según su concepción, el juez está básicamente bajo la ley” (22). El juez ha de estar sometido a la ley, pero la ley no es completa. La “Fábula contra-*legem*” (23) que quizá sugiere la propia designación de Escuela o Movimiento de Derecho “libre” y alguno de sus escritos programáticos, como *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Ehrlich) y que extendió sobre la Escuela una idea equivocada, debe ser desechada claramente. Lo que afirman estos autores es que la ley es tan incompleta que toda ella aparece con lagunas. La laguna no es una excepción, sino la regla general. En la práctica esta postura significaba el reconocimiento de una amplia posibilidad para los jueces respecto a la interpretación e incluso a la creación del Derecho. Estas ideas tomaron incluso cuerpo de texto jurídico en el Código civil suizo, que en su artículo primero establece que el juez actuará como legislador en el caso de una laguna. El mencionado artículo dice literalmente: “Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde”. Como se ve, este artículo, que es considerado como una aplicación concreta de la mentalidad metodológica del *Freirechtsbewegung*, es todo lo contrario de una postura que implique desprecio por la ley. El artículo primero del Código civil suizo establece una prelación de las fuentes del Derecho, y va dirigido al juez, como órgano principal de aplicación. Estas fuentes son: la ley, el Dere-

(22) K. Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*. Berlin 1968, pg. 115. Sobre la postura de Hermann Isay en su obra *Rechtsnorm und Entscheidung*, véase Gil Cremades, *La motivación de las decisiones jurídicas*, ya cit. pg. 420 y ss.

(23) H. Kantorowicz, *Die Contra-*legem*-Fabel*, En: Driz 1911, pg. 258.

cho consuetudinario y la doctrina y la tradición. Pero lo característico del precepto es su última parte: "Si el juez no puede *crear Derecho* a partir de estas fuentes, entonces fallará de acuerdo con la regla que él hubiera establecido *como legislador* (als Gesetzgeber)". La primera parte de este párrafo implica la idea de que el juez siempre es considerado como creador de Derecho, incluso cuando aplica (Anwendug) la ley, el Derecho consuetudinario, la doctrina y la tradición. El juez parte, como punto de referencia, de las fuentes citadas, pero su tarea es calificada de "creación del Derecho", ya que no se limita a aplicar silogísticamente el Derecho que las fuentes le proporcionan. Estas le suministran el material, con el cual él puede crear. Además de esto, el párrafo transcrito demuestra que el juez sólo actuará "como legislador" cuando las fuentes citadas sean insuficientes, esto es, cuando se encuentre ante una laguna. Esta idea repercutirá en la praxis obviamente de modo desfavorable hacia la posibilidad de lagunas, ya que sólo en casos extremos el juez admitirá que actúa como si fuera el legislador. Pero, por otra parte, esta actuación es posible, lo cual sitúa al juez en un plano diferente al que era tradicional durante la época posterior a la codificación. El juez ha de decidir el caso para el que no encuentra una regla en las fuentes citadas, y para ello tiene que crear él mismo la regla para el caso que se le presenta. Esto supone implícitamente la necesidad de fundamentar la solución dada en el fallo judicial de tal modo que derive o encaje en una regla de Derecho, que, a su vez, no sea incompatible con el resto del sistema jurídico. En este contexto es evidente que ha de destacar la personalidad individual del juez porque "no hay otra garantía de respeto al Derecho que la personalidad del juez" (24).

Esta concepción según la cual la figura del juez ocupa un papel importante en la creación del Derecho no sólo ha plasmado en el artículo primero del Código civil suizo sino que con mayor vigor aún preside la naturaleza del Derecho inglés. Como dice René David (25), en el Derecho inglés la ley se presenta como un "cuerpo extraño" hasta el punto de que sólo es considerada como Derecho en la medida en que los tribunales la aplican y con los límites que la interpretación de éstos establecen".

Los que se sienten de una u otra forma herederos del esquema críti-

(24) Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*. En E. Ehrlich, *Recht und Leben (Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre)*. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder. Berlin 1967. (Pgs. 170-202). Pg. 188.

(25) René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. (Trad. de P. Bravo Gala). Madrid 1973, pg. 297.

co del Freirechtsbewegung adoptan de ordinario el modelo del Derecho inglés para sus reflexiones. No obstante, esas reflexiones se han desarrollado por dos vías diferentes, ya que mientras la moderna teoría de la argumentación pone el acento en la imposibilidad de aplicar al razonamiento jurídico los mecanismos de la lógica formal tradicional, los planteamientos de la Escuela del Derecho libre se vincularon ya desde sus orígenes al desarrollo de un pensamiento sociológico en el ámbito de la Teoría del Derecho y de la Dogmática jurídica, contribuyendo así al surgimiento de la Sociología del Derecho como disciplina independiente.

Para Kriele, los partidarios del Derecho libre fueron los "pioneros" del nuevo planteamiento de la Teoría de la técnica jurídica. Pero como pioneros, no superaron algunos obstáculos importantes: no supieron precisar con el suficiente rigor los problemas, sus polémicas condujeron en ocasiones a direcciones falsas, y además, aún quedan muchas respuestas en el aire (26). Pero de lo que más se queja Kriele en esta lucha contra el positivismo subsuntivo es de la "falta de radicalidad" que la Escuela del Derecho libre manifiesta: "Si un grupo tan luchador como la Escuela del Derecho libre hace a sus adversarios concesiones innecesarias, se despierta la apariencia de que son necesarias y la posición contraria... se consolida" (27). Especialmente se queja Kriele de que en el estadio tardío de la Escuela del Derecho libre se admita la existencia de lagunas en el Derecho y se proclame la necesidad consiguiente de llenar estas lagunas, ocultando así el hecho de que no es que "haya" lagunas en el Derecho, sino de que todo el Derecho está necesariamente "plagado" de lagunas por su propia naturaleza. Las lagunas no son excepciones, sino la regla general. El juicio de Arthur Kaufmann es, en este aspecto, mucho más suave, aunque no exento de críticas a las "unilateralidades" del Movimiento del Derecho libre (28).

En cualquier caso, parece fuera de duda que fue gracias al empuje de esta Escuela cuando se plantearon algunos problemas de gran trascendencia en la Teoría del Derecho posterior: la importancia de la investigación sociológica, la relevancia del juez en el proceso de creación del Derecho y la necesidad de mirar en profundidad el problema de la lógica jurídica. Estos tres problemas van íntimamente enlazados, constituyendo el segundo de ellos el centro básico de la discusión. En definitiva plan-

(26) V. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2 ed. Berlin 1976, pg. 66.

(27) M. Kriele, *Ibidem* pg. 65.

(28) A. Kaufmann, *Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? - Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodentehre*. En: A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt am Main 1972. Pgs. 251-271.

teábase cómo debe actuar el juez en el ejercicio de su profesión; para resolver este problema era necesario responder a dos preguntas: Primera: ¿cómo ha de considerar el juez la realidad social?, y segunda: ¿cómo tiene que actuar el juez en el plano de la lógica?, ¿qué instrumentos proporciona la lógica al juez en su quehacer?

La figura del silogismo era inaplicable además al problema de la decisión por otras razones como, por ejemplo, por el hecho de que la cuestión no es tanto aplicar una norma a un hecho como primero calificar el hecho y después —o mejor, simultáneamente— encontrar la norma o las normas. Parece evidente que no puede ser calificado jurídicamente un hecho si no se corresponde con el hecho que la norma prevé, y en este caso es absurdo pensar que “primero” se encuentra la norma y después se califica el hecho. Por otra parte, para encontrar la norma hay que tener en cuenta constantemente el hecho, ya que de lo contrario no se tendrá ningún punto de referencia al que aplicar la norma, y se estará ante un problema sin solución. Como ha señalado Carl Engisch se produce aquí un “ir y venir de la mirada” (29) del caso a la norma (o normas) y de ésta al caso, y en este ir y venir de la mirada es posible la configuración definitiva de los caracteres del caso y su calificación jurídica; y, al mismo tiempo, el “hallazgo” de las normas “aplicables”. Una vez que el hecho está jurídicamente calificado y que la norma está hallada, quizá podría pensarse en la aplicación del silogismo. Pero el problema que se plantea aquí, y que hoy recoge la lógica jurídica como uno de sus asuntos más graves, es si realmente es posible aplicar el silogismo a las normas jurídicas, o si se quiere, planteando el problema en términos más generales, si el silogismo es aplicable a las proposiciones deónticas. Esto es: si es posible la aplicación de la lógica formal al mundo de las normas (30).

5. LA TOPICA

Precisamente, según la concepción de Viehweg, es la Tópica la que señala cómo se encuentran las premisas, mientras que la lógica recibe las premisas y trabaja con ellas (31). La Tópica es, pues, un “un proce-

(29) Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943. Pg. 15.

(30) Llama la atención, en este sentido, la postura antilogicista del último Kelsen. Véase Kelsen *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979. (Pgs. 150 y ss.), así como la crítica de O. Weinberger en *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*. Berlin 1981. Weinberger califica la última posición de Kelsen como “Normenirrationalismus” (pg. 89).

(31) Viehweg, *op. cit.* pg. 85.

dimiento de búsqueda de premisas” basada en una “técnica del pensamiento problemático” (32). Es un ars inventendi orientado a problemas concretos. Procede por aproximación y con gran capacidad de flexibilidad y acomodación a las características de cada caso (33). El terreno en el cual se ejercita es en el debate, el cual constituye la instancia de control en la aceptación de premisas. Es lo que Aristóteles llamaba dialéctica (34). La tópica tiene su origen en la llamada argumentación retórica, la cual no trata de solucionar problemas partiendo de un sistema, sino de hallar las premisas de solución que convencen al interlocutor y que, por tanto, pueden ser fijadas como inamovibles o —al menos— como punto de partida para la argumentación. Este modo de proceder —que Viehweg califica como de muy usual, y no sólo en el ámbito de la Jurisprudencia— está en contradicción con el método crítico, el cual ya para Vico constituía un procedimiento pobre e inaceptable por “la pobreza de lenguaje e inmadurez de juicio” (35). En virtud de la Tópica se trata de hallar procedimientos verosímiles, que —aunque opinables— son susceptible de ser puestos de referencia en la discusión. Es lo que Aristóteles llama *endoxa*, “proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte o a los sabios y, de éstos, también a todos o a la mayor parte, o a los más conocidos y famosos” (36). Por lo tanto, la Tópica se basa en el argumento *ab auctoritate* y no en el argumento *ex ratione*. No es de extrañar, por ende, que Viehweg acepte que la Tópica sea “poco apreciada por la ciencia moderna” (37). La Tópica no puede ser considerada como una ciencia, ya que ella no pretende serlo. Se trata sólo de una técnica de encontrar premisas adecuadas a un problema con vistas a su solución. En este sentido, la Tópica tiene poco que ver con la idea de sistema, característica de la ciencia, y con la idea de la lógica que todo sistema trata de reflejar: “Cuando se logra establecer un sistema deductivo, —sostiene Viehweg— al que toda ciencia debe aspirar desde el punto de vista lógico, la Tópica tiene que ser abandonada. Tal vez en la selección de las proposiciones centrales pueda conservar alguna importancia, sobre todo en ciertos campos. Pero el fenómeno lógico de la conclusión es algo completamente distinto. La deducción hace innecesaria la invención. El sistema asume la dirección y decide por sí solo sobre el sentido de cada cuestión. Sus proposiciones son enteramente lógicas y estrictamente demostrables, es decir “verdaderas” o “falsas”,

(32) Viehweg, *Ibid.* pg. 49.

(33) *Ibid.* pg. 60.

(34) *Ibid.* pg. 61.

(35) *Ibid.* pg. 27.

(36) Aristóteles, *Top.* 1, 1, 5. Cit. por Viehweg, *op. cit.* pg. 36.

(37) Viehweg, *op. cit.* pg. 59.

“en el sentido de una lógica bivalente”. Por el contrario, en la Tópica se emplean proposiciones de las que se puede aplicar calificativos como “defendible”, “indefendible”, “apenas defendible”, “todavía defendible”, etc. (38).

El método de la Tópica ha sido utilizado a lo largo de la historia y ha hecho posible un gran desarrollo de la Jurisprudencia. En el Derecho Romano ha encontrado una gran aplicación, pues el modo de proceder de los juristas romanos, que según Savigny es como si un caso cualquiera fuera el arranque de toda la ciencia, es precisamente lo que constituye la Tópica. Los juristas romanos no partían de un sistema ya establecido, sino que encontraban las soluciones por medio de un “estilo especial de búsqueda de premisas, que, con apoyo en puntos de vista probados, sea inventiva” (38). Las colecciones de *regulae* no son sino colecciones o catálogos de *topoi* o “lugares comunes” utilizados y utilizables en la argumentación. El lugar común expresado en la *regula* es el principio inspirador de la solución que se ha dado a un problema o a un ámbito problemático. La Tópica también fue aplicada en el llamado *mos italicus*, aunque aquí la evolución del tratamiento de los problemas jurídicos pueda plantear algunas discrepancias. Según Viehweg la aportación de la Escolástica a la Jurisprudencia en la dirección del pensamiento sistemático no es aceptable, siendo rechazable el excesivo paralelismo entre Jurisprudencia y Teología (40). La estructura de la *Summa Theologiae* de Santo Tomás recuerda, por el contrario, el género de discusión que se desenvuelve en la Tópica: “La usualmente llamada forma escolástica —sostiene Viehweg— lleva con fines escolares el estilo de reflexión de búsqueda de premisas a una fórmula, es decir, ofrece un esquema tópico” (41). De ahí concluye el mencionado autor que ha existido muy poca influencia del pensamiento sistemático en la Escolástica, y que en este sentido la idea de sistema no tiene una de sus raíces en la influencia teológica sobre la Jurisprudencia. Según mi parecer, Viehweg confunde aquí el tratamiento pedagógico en la Escolástica y la estructura del pensamiento de la misma. El tratamiento pedagógico, que se concreta en la manera de exponer de las *Summae*, puede ser quizá calificado de “tópico” si con ello se quiere decir que está guiado por el esquema de lo que es una discusión, una *disputatio*. Pero argumentar así tiene un peligro, que consiste en que semejante forma de exposición puede ser aplicada a cualesquiera objetos de conocimiento, ya que no existe nin-

(38) *Ibid.* pg. 63.

(39) *Ibid.* pg. 73.

(40) *Ibid.* pgs. 91 y ss.

(41) *Ibid.* pg. 96.

gún objeto de conocimiento sobre el cual no se pueda discutir. Parece claro que en la Escolástica tiene un gran peso el argumento *ab auctoritate*, pero esto no está reñido con la idea de sistema, ya que de lo que trata el método escolástico es, en definitiva, de introducir —aunque sea subordinadamente— la *ratio* en la *auctoritas*. Es indudable que el esquema básico general de la Escolástica se apoya en la *auctoritas*, pero no hay que perder de vista el inmenso esfuerzo “filosófico” y sistemático que aportó la Escolástica. Esto no significa restar importancia a la *Tópica*, la cual constituye un instrumento apreciable de comprensión de la praxis jurídica. Significa, por el contrario, destacar los límites inherentes a este planteamiento metodológico.

El intento de aclaración de lo que constituye la *Tópica* que ha realizado Viehweg está presidido por lo que bien podría denominarse “obsesión anti-sistemática” (42). La destrucción de la idea de sistema, por él intentada, se basa en la equiparación de sistema y sistema lógico-deductivo, y de ahí que contraponga *Tópica* y *Axiomática*. Es preciso hacer aquí algunas aclaraciones.

A. Viehweg mezcla en un mismo saco el problema de la Técnica jurídica y el de la Ciencia del Derecho, y de que la primera no pueda ser sistemática deduce que ésta ha de ser *tópica*.

B. Pretende además elevar a ciencia la técnica jurídica y en ocasiones equipararlas, no distinguiendo suficientemente el papel que juega el problema de la decisión en cada una de ellas. A Viehweg se le escapa, en efecto, el que la decisión está siempre presente en la Técnica, pero sólo latente en la Ciencia jurídica.

C. En cuanto al sistema, hay que decir que parece bastante claro que no puede existir un sistema de carácter lógico-deductivo de proposiciones deónticas, ni tampoco un sistema que “segregue”, por decirlo así, las decisiones jurídicas particulares. De eso a negar que no existe la posibilidad de crear un sistema jurídico que armonice los contenidos de sentido de todas las proposiciones lingüísticas en que puede traducirse un determinado Derecho positivo hay, sin embargo, un abismo. La idea de sistema no es paragonable en este sentido con la idea de sistema lógico-deductivo (43).

(42) V. *Ibid.* pgs. 111 y ss.

(43) En este sentido observa Kriele, con razón, que los “catálogos de *topoi*” ya constituyen un sistema en sí, o al menos una “sistematización” de la materia jurídica. Y añade: “‘*Topik*’ gegen ‘*System*’ auszuspielen, wäre historisch verfehlt, denn *Topoi-Kataloge*

D. Para Viehweg, el “pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del estilo de la tópica” (44). Pero en mi opinión es correcta justamente la tesis contraria: es la Tópica la que se mueve dentro del pensamiento interpretativo. La Tópica afecta a determinados aspectos de la realidad humana, pero no a todos. La interpretación, por el contrario, está en la base de la vida de los hombres de un modo permanente.

E. La Tópica, por otro lado, pretende ser —y quizás lo sea— una teoría de la práctica, pero una Teoría de la práctica no puede nunca sustituir ni a la Dogmática jurídica ni a la Ciencia del Derecho. La Tópica es de esta forma un instrumento “cuasidoméstico” de los juristas.

F. Si la Tópica se agota en la búsqueda de las premisas y no se plantea la aplicación de las mismas ni su posible axiomatización, entonces quiere decir que carece de sentido presentar un panorama en el que la una excluya a la otra. Como dice U. Neumann “la Tópica y la Axiomática no se excluyen en absoluto; en la Tópica se trata de la elección de las proposiciones, a la axiomatización le corresponde su ordenación” (45).

G. La Tópica tiene como tarea buscar o elegir las premisas desde las cuales es posible conseguir la justicia del caso concreto. Pegada a la realidad tiene siempre en cuenta el problema que hay que resolver y los “lugares comunes” que en la argumentación se manifiestan como apropiados. Ahora bien: hablar de “lugares comunes” que sirvan de premisas en la argumentación supone la existencia de una sociedad predominantemente estable donde exista una comunis opinio en torno a las principales cuestiones que afectan a la organización de la convivencia social. Esta cualidad no es fácilmente atribuible a nuestra sociedad, la cual no sólo es conflictiva, sino fundamentalmente pluralista. La Tópica conecta así con la necesidad de *consenso*. El consenso constituye el presupuesto de la Tópica que Viehweg no señala, porque quizá sus fuentes de inspiración proceden de épocas en que tal consenso era —por decirlo de alguna manera— “natural”.

H. La objeción más grave que puede hacerse a la Tópica es la si-

waren - von Aristoteles bis in die Neuzeit- fast immer mehr oder weniger rudimentäre Systeme. (...) Die These vom Topischen Denken wendet sich nicht gegen das dogmatische System, sondern gegen das Vorurteil, ein System könne vollständig und endgültig sein. Sie plädiert für ‘Systemoffenheit’ (...)”. (*Theorie der Rechtsgewinnung*, ya cit. pg. 150).

(44) Viehweg, *op. cit.* pg. 118.

(45) Ulfried Neumann, *Formalisierung und Axiomatisierung von Rechtssätzen*. A. Kaufmann-W. Wassermeyer, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, ya cit. (Pgs. 132-138) V. pg. 138.

guiente: La Tópica no garantiza en modo alguno la objetividad en el proceso de decisión y, sin embargo, se presenta a sí misma como el único camino adecuado para conseguirla. Encubre de esta manera la conexión que necesariamente existe, entre la Técnica de la decisión jurídica y la Política, y en definitiva, se convierte por este camino en una legitimación de la arbitrariedad o, si se prefiere utilizar una expresión más suave, en una justificación del proceso de decisión y de la decisión misma.

6. TOPICA Y DERECHO NATURAL

Uno de los problemas más interesantes que se plantean en relación con la Tópica es el de examinar sus relaciones no ya con el modo de actuar de los juristas en la realización del Derecho y en la búsqueda de las premisas adecuadas para dar solución a problemas concretos, sino también con el modo de proceder del pensamiento en general, esto es, con la Filosofía y, en nuestro campo, con la Filosofía del Derecho.

Nicolai Hartmann es quien más claramente ha planteado el problema de la distinción entre dos formas de actuación intelectuales, que él denomina “pensamiento sistemático” y “pensamiento aporético”, distinción a la que ya hemos hecho referencia. Para Hartmann “la forma de pensar sistemática tiene como punto de partida la idea de la totalidad. La concepción global es casi lo primero y permanece como elemento dominante (...). Los problemas que no encajan en el punto de vista adoptado son rechazados” (46). La manera de pensar aporética “procede justamente al contrario. Los problemas son, para ella, sagrados (...) No tiene en cuenta otra finalidad de la investigación que el seguimiento de los problemas mismos (...) El sistema no es algo indiferente, sino que tiene valor como idea, como panorámica (...)” (47). Según las propias palabras de Hartmann, pues, no es que el pensamiento aporético rechace la idea de sistema. Al contrario: la aprecia y la mantiene, aunque sea de una forma latente, como ideal, como panorama general. No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el pensamiento humano —por su propia naturaleza— tiende a la unidad. Y por otra parte, no es que en el pensamiento axiomático se pierda de vista el problema, lo cual sería verdaderamente absurdo, ya que el sistema es elaborado precisamente con la finalidad de resolver problemas. La distinción entre pensamiento aporético y pensamiento axiomático se basa por consiguiente en una di-

(46) Nicolai Hartmann, *Diessets von Idealismus und Realismus*. Kantstudien, XXIX (1924) pg. 163.

(47) *Ibid.* pg. 164.

ferente manera de comprender la relación entre problema y sistema. Para el primero el punto de partida y la preocupación constante es el problema, siendo la idea de sistema un resultado de lo pensado sobre los problemas a la vez que un patrimonio de directrices abierto para el futuro en orden a la solución de nuevos problemas. Para el segundo, la balanza se inclina decididamente hacia el sistema como punto de partida para examinar y enjuiciar la realidad. El problema no desaparece de la consideración, pero aquí sólo es relevante en cuanto puede ser tratado en el ámbito del sistema. Si éste no es susceptible de encajar el problema en su seno, entonces peor para el problema, ya que no sólo no encuentra solución, sino que —desde el punto de vista del sistema, que a su vez es el único punto de vista que tiene relevancia— el problema no es un auténtico problema, sino un “pseudoproblema”. El pensamiento problemático está, de esta forma, más apegado a la realidad de la praxis vital, de tal manera que es ésta la que impone las condiciones del tratamiento teórico, mientras que el modo de pensar axiomático se centra en la exigencia de ser fiel a un determinado planteamiento intelectual definido en cierto modo con independencia de la realidad vital. Esto no quiere decir que el pensamiento aporético no suponga una determinada concepción del conocimiento y, por tanto, un esquema epistemológico en el que se inserta. Como forma de pensar, supone ciertamente todo ello.

La distinción aludida tiene también su importancia en el ámbito de la Filosofía general. Existen modos de hacer Filosofía cuyo punto de partida es el sistema constituido racionalmente y donde el tratamiento de los problemas concretos sólo es posible si el sistema se hace cargo de ellos; pero también hay modos de proceder filosóficos consistentes en extraer enseñanzas teóricas de la praxis, de la realidad vital. Estos dos modos de proceder recorren la historia de la Filosofía, sin que al parecer sea posible su conciliación. En la Filosofía del Derecho ocurre igualmente, y también en la forma metafísica de la Filosofía del Derecho, que es la Teoría del Derecho Natural.

La Teoría del Derecho Natural constituye la única forma de Filosofía del Derecho existente hasta la aparición de la mentalidad positivista y del esquema historicista. Pero bajo un mismo planteamiento metafísico de estudio de la realidad jurídica se ha desenvuelto por muy diversos cauces metodológicos. Desde el punto de vista de la distinción entre pensamiento aporético y pensamiento axiomático puede establecerse también una línea divisoria entre aquellas concepciones iusnaturalistas obsesionadas por la idea de sistema y aquellas otras que, pegadas a la realidad social y política, pretenden proporcionar las bases teóricas que haga posible una praxis jurídica justa. En este sentido puede decirse que exis-

te una vía del Derecho Natural axiomático y otra del Derecho Natural aporético. El prototipo del Derecho Natural aporético lo constituye el denominado por Michel Villey “Derecho Natural Clásico” cuya raíz hay que encontrarla en la filosofía de la práctica de Aristóteles, que después desarrollaría la Escolástica, y en especial Santo Tomás de Aquino. Aristóteles —en contraposición con Platón— no concibe el Derecho Natural como idea, sino como *entelequia*, esto es, como concreción de la justicia en la realidad natural de la *polis*. Es de la praxis de los procesos de decisión de donde se extraen los criterios de justicia y es en la realidad del Derecho ajustado a los problemas vitales donde ésta tiene propiamente su asiento.

¿Quiere esto decir que la Tópica es la expresión pura y simple de un modo de pensar iusnaturalista y además dentro de éste del llamado Derecho Natural Clásico? Una pregunta similar la ha planteado Martín Kriele, y ha contestado de la siguiente manera: “No toda concepción antipositivista es, sin más, tópica. Especialmente, la tesis de la Tópica no significa en modo alguno una profesión de fe iusnaturalista o un acatamiento de la filosofía de los valores o algo similar, sino que rechaza estas formas de pensar en la medida en que exigen conocer normas dadas de antemano y de las cuales puedan deducirse resultados jurídicos. La tesis de la Tópica está abierta a todas las posibles concepciones filosófico-jurídicas, sin exclusión del relativismo” (48). Esta respuesta es más que discutible. Que la Tópica sea compatible con toda forma de Filosofía del Derecho sólo podría aceptarse en el supuesto de que se aceptara asimismo que toda Filosofía del Derecho es una Filosofía de la práctica. Y además que toda Filosofía de la práctica sólo es posible de elaborarse desde un tratamiento tópico. Pero, desde mi punto de vista, no puede mantenerse ni lo uno ni lo otro. No toda Filosofía del Derecho es una Filosofía de la práctica, ya que la Filosofía del Derecho del positivismo no trata de construirse sobre el dato de la praxis, sino ante todo sobre el dato de la ciencia. La Filosofía del Derecho del positivismo es, antes que nada, una teoría de las ciencias jurídicas, y éstas tienen por misión no orientar la praxis, sino tan sólo describir y conocer los fenómenos, algunos de los cuales —no todos— se dan directamente en la praxis. Este descriptivismo científico marca la distinción positivista entre la teoría y la práctica. La Tópica, en cuanto que es una técnica para resolver problemas concretos, tiene poco que ver con una posición filosófico-jurídica que se abstrae de la praxis para reflexionar sobre el dato de las ciencias descriptivas. Además de lo señalado, hay que añadir que no toda Filoso-

(48) M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, ya cit. pg. 150.

fía de la práctica requiere necesariamente de un modo de proceder tópicco, como lo demuestra la *iuris naturalis scientia* de la Edad Moderna. La geometrización del conocimiento jurídico en el Derecho Natural moderno y el consiguiente empleo del método axiomático en su tratamiento demuestra que una Filosofía de la práctica puede ser elaborada también axiomáticamente.

Que la Tópica pueda o no ser conciliable con el relativismo depende de cómo se entienda éste. Pero si por relativismo ha de entenderse que sobre los valores —y por consiguiente, sobre la justicia o la injusticia de una decisión jurídica— no puede afirmarse nada científicamente— o, dicho de forma más clara, si por relativismo hay que entender la postura según la cual la ciencia no puede valorar, es obvio que la Tópica es incompatible con el relativismo, ya que lo que ella se propone es encontrar la solución “justa” al problema concreto.

La Tópica hunde sus raíces en Aristóteles, y el Derecho Natural aristotélico constituye, en mi opinión, una prolongación al ámbito especulativo más general del esquema tópicco. Si el Derecho Natural aristotélico es considerado como una justificación del proceso de decisión, la Tópica no constituye sino el mecanismo interno de dicho proceso. Y si, además, se piensa que el Derecho Natural aristotélico es entendido como la emanación que se consolida en criterios de justicia y que tiene su origen en la praxis de la polis, parece justificado afirmar que aquél no es sino una aplicación de la idea general de la Tópica, que trasciende en este caso el tratamiento del problema concreto.

NOTAS SOBRE EL REALISMO JURIDICO

ALBERT CALSAMIGLIA

Profesor de Filosofía del Derecho

El problema del método ha ocupado y ocupa un lugar muy importante en la reflexión jurídica. Durante los últimos tiempos, una de las principales preocupaciones de los juristas y teóricos del derecho ha sido elaborar una "auténtica" Ciencia Jurídica. La polémica "metodológica" ha tenido como consecuencia la construcción de diversos métodos de aproximación al estudio de la realidad jurídica. El realismo jurídico en general, y el realismo escandinavo en particular, han contribuido muy positivamente en la discusión.

Una de las grandes miserias del saber jurídico es la permanente puesta en cuestión del método y la falta de labor constructiva. Parece aún dominante la idea de que la cuestión metodológica es la auténtica "piedra filosofal" del conocimiento jurídico. Sólo si se "descubre" el verdadero método jurídico será posible construir un saber riguroso que merezca el respeto general. Posiblemente la discusión metodológica ha constituido un obstáculo para el desarrollo del saber jurídico. Me atrevería a afirmar que es un obstáculo porque se dedica demasiada energía a discutir cuál es la perspectiva correcta y no se dedica suficiente atención al rendimiento explicativo que pueda tener una perspectiva determinada. De hecho cuando se discute acerca del método se está discutiendo desde perspectivas distintas y desde supuestos distintos y por tanto se habla en "lenguajes distintos". En muchas ocasiones las discusiones metodológicas producen como resultado un auténtico "diálogo de sordos". En muy pocas ocasiones la discusión metodológica nos ayuda a comprender *más y mejor* el fenómeno jurídico. La historia de la polémica metodológica de los siglos XIX y XX es una buena prueba de la afirmación anterior.

Una de las grandes fortunas o ventajas de la discusión metodológica —y eso es una buena muestra de la riqueza del pensamiento jurídico— es que el derecho se puede estudiar desde muy diversas perspectivas. Y, en muchas ocasiones éstas pueden no ser incompatibles sino más bien complementarias. Cada una de esas perspectivas nos ofrecería una visión parcial del derecho, pero nos explicaría algo relevante respecto a éste.

Los métodos jurídicos —normalmente— aparecen como sustitutivos los unos de los otros y al jurista se le plantea la alternativa de ser realista o normativista o iusnaturalista o sociólogo o analista. Cada uno de esos modos de analizar el derecho es *excluyente*. No cabe, en principio, ser realista en un sentido, iusnaturalista en otro y normativista en otro.

Probablemente todos esos problemas tienen su origen en la creencia “mágica” de que la cientificidad de un saber proviene del método y que sólo utilizando el método de la ciencia se convierte aquél en ésta.

Prescindiendo del insoluble problema de las propiedades comunes al método científico y prescindiendo también de la ilusión —que curiosamente los realistas escandinavos tuvieron— de superar definitivamente la metafísica —pues como ha argumentado Feyerabend una ciencia sin supuestos y sin metafísica es impensable— parece ser que la única forma de juzgar a una teoría o un método es por su rendimiento explicativo. Consideraremos un método adecuado aquél que sea capaz de explicar o describir un número de fenómenos determinados y consideraremos un método inadecuado aquél que nos explique pocos fenómenos o bien no nos explique nada relevante. En otras palabras: es mejor dejar libertad metodológica y suscribir el pluralismo metodológico porque así se puede llegar a *conocer más y mejor* y porque así se puede “inventar” más. Las censuras metodológicas pueden producir el ahogo y la detención del proceso cognoscitivo. Pueden producir la transformación del progreso científico en una actividad meramente escolástica.

El pluralismo metodológico en el campo del estudio del derecho no significa que se deba estudiar el derecho desde diversas perspectivas a la vez, utilizando los métodos indiscriminadamente, sino que significa *libertad de elección* de ésta y juicio del método por su rendimiento explicativo.

Un análisis histórico de las diversas teorías del derecho y de sus diversos métodos muestra que el propio derecho puede ser observado desde muy diversas perspectivas. Parece ser que la perspectiva del juez o del operador jurídico es distinta a la del jurista teórico y que —aunque ambas tratan el derecho— uno lo pretende *describir* y otro simplemente lo usa. Algunos observan la tarea del abogado otros observan la tarea del juez, unos se preocupan por la realidad normativa, otros se preocupan por la relación entre la sociedad y lo que denominamos normas jurídicas. También es frecuente —y eso introduce notable confusión— que al mismo tiempo los abogados y (también los teóricos) *describan* el derecho y a la vez lo *usen*. Muchas veces las teorías jurídicas se construyen para defender una solución político-jurídica determinada bajo el prestigioso nombre de la Ciencia.

Es muy probable que el sincretismo metodológico no conduzca a ningún progreso del conocimiento sobre el derecho. Pero lo que se propone aquí no es el sincretismo sino una mera aclaración del método elegido y evitar el frecuente vicio del *reduccionismo*. El derecho puede ser estudiado —como todo objeto

material— desde muy diversas perspectivas y estas perspectivas nos informan de *aspectos distintos* del derecho y por tanto no se pueden sustituir las unas a las otras. Creo que si se acepta este punto de partida se está en mejores condiciones para comprender los aspectos positivos —desde el punto de vista cognoscitivo— que toda teoría en principio —y siempre que sea rigurosa— tiene.

El libro de Hierro (1) parte de unos presupuestos distintos a los expresados en las páginas anteriores. Hierro cree que es posible construir una auténtica ciencia jurídica desde la perspectiva del realismo jurídico y en su magnífica descripción de los realismos ha puesto de manifiesto que la teoría empirista del derecho construida fundamentalmente por los realistas escandinavos “parece haber encontrado una aceptación global y, con ello, los fundamentos y el estilo de la dogmática jurídica clásica parecen haber sido superados como etapa del pensamiento jurídico. Supongo que entre nosotros queda un largo camino por recorrer, y que otras corrientes críticas contribuirán desde diversos puntos de vista a recorrerlo, pero sería suficiente compensación el haber contribuido, aún sólo a nivel informativo, a promover una renovación de la ciencia jurídica de cara a su adecuación a las exigencias de una sociedad cambiante —y lo que resulta más difícil— a desbloquear las resistencias del pensamiento jurídico convertido, bajo el modelo dogmático, en teología social” (pág. 15).

Hierro no oculta que su objetivo es principalmente descriptivo y que no pretende una crítica global y total del realismo. Ello no quiere decir que el trabajo esté exento de crítica, pero la crítica es más bien de carácter incidental. Creo que este libro constituye una notable aportación a la literatura jurídica española (que no castellana pues como se sabe en latino-américa la preocupación por los temas de teoría jurídica, y muy especialmente las obras de Kelsen, Ross, Hart y von Wright han sido objeto de estudio), porque no existía ninguna monografía publicada que tratara sistemáticamente el tema. Este libro es una buena muestra de que la Filosofía del Derecho español ha despertado del sueño iusnaturalista y poco a poco se va incardinando en la Filosofía europea. Es cierto que no existen escuelas españolas de teoría del derecho y que las aportaciones incipientes no son de gran originalidad, pero por el momento poco a poco —y a veces con grandes sacrificios como en la generación de algunos de nuestros maestros— la teoría del derecho es una disciplina que tiene en nuestro país bastantes cultivadores y las principales tendencias europeas se conocen cada día mejor en España. Y eso tras largos años de desconocimiento o aislamiento representa un paso importante.

Una de las principales dificultades que afronta Hierro es la de precisar el término realismo. Desde un punto de vista filosófico es sumamente difícil determinar las propiedades comunes al realismo. La conclusión a la que llega Hierro —siguiendo a Ferrater Mora— es que se dice muy poco de un autor cuando se

(1) Ver L. HIERRO: *El Realismo Jurídico Escandinavo*, Valencia, Fernando Torres, 1982.

le califica de realista. Pues puede ser considerado realista desde Platón hasta Brentano, Moore o Hägerstrom. Hierro hace una clasificación de los realismos y considera que el realismo contemporáneo hace referencia al realismo epistemológico que representa una reacción frente al dominante idealismo alemán. Las características de este realismo epistemológico se encuentran en el *realismo jurídico* (término mucho menos ambiguo y vago entre otras cosas porque sólo muy recientemente se ha aplicado este término a las teorías jurídicas). Hierro sostiene que el realismo jurídico es la manifestación del realismo epistemológico contemporáneo en el pensamiento filosófico y científico jurídico. Como tal movimiento filosófico supone la doble negación del iusnaturalismo y del positivismo formalista. El realismo jurídico pretende construir una alternativa, *una tercera vía*, que permita elaborar una auténtica ciencia del derecho ya que se considera que ni el iusnaturalismo ni el positivismo han construido una verdadera ciencia del derecho. Curiosamente los realistas dedicaron más atención a la crítica del positivismo formalista que al iusnaturalismo y probablemente una de sus grandes originalidades haya sido mostrar los residuos iusnaturalistas en las construcciones dogmáticas de nuestra época.

Hierro sostiene que el realismo americano y el escandinavo son ambos realistas porque ambos tienen unos planteamientos filosóficos realistas comunes. Hierro pone de manifiesto la influencia de Holmes, James y Dewey sobre los realistas jurídicos americanos y aunque éstos no tuvieron específicas preocupaciones por los temas de la fundamentación del conocimiento, de hecho llevaron a término el plan preestablecido por estos filósofos. Hay argumentos no demasiado convincentes (como la estancia de realistas filósofos y realistas jurídicos en una misma Universidad o la referencia a editoriales o la despreocupación por los temas filosóficos de los realistas jurídicos) para demostrar la relación entre filósofos y juristas. Por otra parte, muchas de las aportaciones que se consideran fundamentales del realismo jurídico (genérico) no fueron realizadas por los realistas americanos sino por los realistas escandinavos. Me parece que las preocupaciones de ambos eran bastantes distintas pues los americanos tenían un interés primordial por los temas de la aplicación del derecho y por la técnica jurídica (es decir, observaban el derecho desde la perspectiva del operador jurídico), mientras que los escandinavos tuvieron siempre una preocupación epistemológica más acusada (2). Parece ser que los americanos tenían ante sí una tarea política más *determinada* que los escandinavos y que la transformación de la técnica jurídica tenía unos objetivos políticos claros: la defensa de la Política del *New Deal* de Roosevelt frente a la resistencia de los liberales. Su crítica al deductivismo venía orientada por esa Política (3).

Hierro pretende demostrar que el realismo epistemológico es la fuente filosófica de todo realismo jurídico y que tanto el realismo americano como el es-

(2) Compárese las páginas 68 (aportaciones del realismo) y las págs. 102 y ss. del libro de L. Hierro ya citado.

(3) Aunque eso no quiere decir que los escandinavos se mantuvieron puramente neutrales. El ejemplo de Lundstet es aquí paradigmático.

candinavo pertenecen a un mismo *género*. La dificultad reside en que no es posible mostrar unas *propiedades comunes* a ambos realismos que no sean excesivamente genéricas. Creo que ambos movimientos (que no escuelas y se les denomina movimientos porque hay un talante común pero no unidad de planteamiento) tuvieron orígenes distintos y puntos de referencia y objetivos diferenciados. Es decir, sus fundamentos filosóficos no eran los mismos y en principio ambos movimientos se produjeron aisladamente y sin concomitancias. Probablemente Ross —que llegó al realismo escandinavo después de una etapa kelseniana (o de influencia kelseniana)— fue el primero en tomar contacto con los realistas americanos. Pero Ross no se mantuvo fiel al realismo jurídico escandinavo, pues su obra —en continua evolución— quedó profundamente transformada cuando tomó contacto con la filosofía del Círculo de Viena y adoptó esa filosofía como presupuesto en la primera obra neopositivista de Teoría Jurídica. *On Law and Justice* ya no es una obra realista (estrictamente hablando, sino neopositivista). Y más tarde Ross —como Olivecrona— se acercará a los planteamientos hartianos como pone de manifiesto el propio Hierro. En su obra *On Law and Justice* Ross marca sus diferencias con el realismo escandinavo y creo que el *realismo epistemológico* no es lo mismo que la filosofía neopositivista y la filosofía analítica.

Quizá esa confusión provenga del análisis que hace Hierro de la relación entre la Filosofía de Hägerstrom y la filosofía neopositivista vienesa. Si Hierro hubiera puesto de manifiesto *las diferencias* entre el planteamiento vienés y el de la Escuela de Uppsala, podría haber sostenido que el Ross de *On Law and Justice* está lejos ya del realismo escandinavo y por supuesto del americano. Y posiblemente no hubiera considerado tan extraño que Silvana Castignone no incluyera a Ross en el realismo escandinavo (aunque ciertamente la obra *Hacia una ciencia realista del derecho* es plenamente realista y excluir al Ross de esta obra es exagerado). No quisiera infravalorar la aportación de Hägerstrom a la filosofía, pero quisiera destacar que el punto de vista del filósofo sueco es distinto al punto de vista de la filosofía neopositivista, aunque algunas de sus tesis fueran coincidentes.

La exposición que hace Hierro del pensamiento filosófico americano me parece sumamente clarificadora, así como la síntesis de las principales aportaciones del movimiento realista americano. También merecen especial atención —por desconocidos— los antecedentes de la Escuela de Uppsala y la ruptura del monolitismo bostoniano realizado por la nueva Escuela de Uppsala. La crítica al subjetivismo y a la Metafísica y el inicio del realismo jurídico están descritos con pulcritud y profundo conocimiento del tema y aquí sí que se encuentra una solución de continuidad entre unos planteamientos filosóficos generales y la actividad de los juristas escandinavos. Hierro señala tres etapas fundamentales de evolución del realismo escandinavo.

La primera etapa (la influencia de Hägerstrom es muy importante en esta época) se caracteriza por el *aislamiento*. El realismo jurídico escandinavo es prácticamente desconocido en Europa y hasta la Segunda Guerra Mundial no tendrá interlocutores exteriores, aunque poco a poco se irá imponiendo en los países

nórdicos hasta constituirse en doctrina dominante. El interés y el impulso dado a la filosofía práctica por el realismo jurídico cristalizará —algunos años más tarde— en la primera teoría empirista del Derecho. A diferencia del neopositivismo vienés, los escandinavos prestaron mucha atención a este tipo de problemas de filosofía práctica (que los vieneses en principio no valoraron suficientemente).

La segunda época (de la Segunda Guerra a 1965) marca el periodo de *apertura* del realismo hacia el exterior. Los teóricos y filósofos del Derecho empiezan a prestar atención a sus estudios y al final de la década de los cincuenta se producen importantes polémicas con los principales representantes de la teoría jurídica contemporánea. Hart y Kelsen se ocupan del realismo de Ross y de Olivecrona. La crítica realista a la dogmática jurídica y al formalismo es suficientemente contundente para poner de manifiesto las debilidades de las principales teorías normativistas.

En esa época los realistas (sobre todo Ross y Olivecrona) se ven fuertemente influenciados por la filosofía analítica y abandonan los presupuestos propios de la Escuela de Uppsala. No deja de ser curioso que Lundstedt que no recibió influencia de la filosofía analítica desembocara en una posición fuertemente diferenciada de los otros realistas y acabara defendiendo una ciencia jurídica idealista —o mejor ideologizada— con contenidos de justicia material (lo que Ross calificó de quimera del bienestar social).

La tercera etapa abarca desde 1965 hasta la actualidad. Esta etapa corresponde a la hegemonía del realismo escandinavo en Europa y América. La concepción de la ciencia, la concepción de la teoría jurídica y de los conceptos jurídicos fundamentales formulados por los autores realistas se imponen y van a llegar a sustituir al modelo normativista anterior.

Durante la última década se han producido algunos estudios sobre la escuela (o el movimiento) tanto en Alemania, como en Francia e Italia (aparte de los países escandinavos) y Latinoamérica (en donde el realismo, el kelsenismo y la filosofía analítica han tenido dignos representantes). En esos estudios se ha valorado las aportaciones del realismo. La crítica al modo de enfocar los problemas de la Ciencia Jurídica tradicional y el intento de construcción de una auténtica del Derecho.

El trabajo de Hierro se incardina en este tipo de estudios que —sistemáticamente— ponen de manifiesto las principales críticas que los realistas llevan a cabo frente al positivismo tradicional y algunos de los aspectos fundamentales de una teoría empirista del Derecho.

En el capítulo sexto del libro de Hierro se describe la crítica al iusnaturalismo y al positivismo jurídico tradicional. Hierro —siguiendo a Pattaro— considera que la polémica iusnaturalismo-positivismo no es excluyente y afirma que el realismo —desde un punto de vista distinto— logró mediar en la polémica con-

siderando que —ciertamente— había puntos comunes entre ambas teorías y que el positivismo jurídico —a pesar de sus declaraciones programáticas— no llegó a construir una auténtica ciencia empirista del derecho. Los realistas consideraron que el positivismo jurídico estuvo imbuido de residuos iusnaturalistas ya que acogió la tesis de la fuerza obligatoria del derecho (el concepto de validez) y la teoría de la voluntad. Tanto Ross como Olivecrona (con algunas variantes no esenciales) consideraron que iusnaturalismo y positivismo eran dos variantes del idealismo y que por tanto era posible una nueva concepción del derecho —distinta de las anteriores— que respondiera a los principios empiristas. El punto de referencia de la crítica va a ser la Teoría Pura del Derecho y se va a considerar a Kelsen como *cuasipositivista*, lo cual viene a significar como el autor más depurado del idealismo jurídico.

La descripción de la crítica al normativismo —que hace Hierro— me parece sugerente y clara. La crítica a la idea de validez llevada a cabo por Ross es interesante pero, quizás lo crucial es que no puede llegar a prescindir de esa idea de un modo absoluto y la razón es obvia (los juristas la usan con frecuencia y se entienden con ella, como se entienden con los conceptos “mágicos” de derecho subjetivo “deber”, etc.). Ross rechaza la idea de validez como categoría y señala que quienes consideran que el objeto de la ciencia del derecho es su validez (como por ejemplo Kelsen) son idealistas porque validez significa entre otras cosas fuerza obligatoria y por tanto obligación moral. Pero quizá Kelsen no esté tan lejos de la posición de Ross. Puesto que una de las condiciones para que pueda existir un ordenamiento jurídico es su efectividad general. Y, según Kelsen, un ordenamiento es efectivo si normalmente se obedece y/o se aplica la sanción. Que una norma sea válida significa para Kelsen que los *funcionarios públicos la deben obedecer* y si éstos no la obedecen entonces eso puede significar la crisis del sistema (la falta de efectividad del sistema). Creo que la crítica de Ross es injusta porque atribuye a Kelsen algo que no sólo no ha dicho (que existe un deber moral de obedecer al derecho) sino que además lo ha fusilado junto a sus mayores enemigos (los iusnaturalistas). Por otra parte, la crítica al positivismo tradicional ya había sido iniciada por Kelsen, y su teoría pura del Derecho pone de manifiesto algunos “residuos iusnaturalistas” del positivismo jurídico.

No quisiera hacer de abogado del diablo (y en este caso el diablo es Kelsen) pero me parece que el realismo —y concretamente Ross— ha tenido y tiene mucho de Kelsen y en su afán polémico ha infravalorado la gran aportación de la Teoría Pura del Derecho. No creo que esté muy lejos de la verdad la afirmación de Mario Jori de que Ross “pretendió reinterpretar en clave empirista la concepción y los conceptos jurídicos fundamentales de su maestro Kelsen”.

Dejando aparte la poca ecuanimidad que en ocasiones manifiesta Ross y sus críticas —a veces injustificadas al normativismo— es evidente que la aportación de este autor para la construcción de una ciencia jurídica es sumamente importante y que el modelo kelseniano de Ciencia sufre duros embates, y no se puede mantener intacto (e incluso, es difícilmente reformable). La teoría kelseniana *no es una teoría empírica del derecho* —eso es evidente— pero se debe tener en cuenta

que las inconsistencias de la teoría pura del derecho se producen precisamente para que su teoría no se aleje “excesivamente” de la realidad.

El juicio de Ross —respecto al modelo dogmático— es eminentemente negativo pues, como señala Hierro, “La ciencia del derecho que se propone establecer relaciones de imputación ya establecidas por las normas o, junto a ellas, otras que se suponen implícitas en la razón jurídica, se muestra entonces como una confusa exposición de proposiciones propiamente científicas con otras de carácter metafísico y otras de carácter político jurídico” (p. 237).

Pero la aportación de Ross no es meramente crítica. Pretende reconstruir la ciencia del derecho de acuerdo con los postulados empiristas. Y ahí Ross en muchas ocasiones no se limita a sus propios postulados sino que da “recetas” para convertir a la dogmática jurídica en una auténtica ciencia. Quizá por la misma influencia de Kelsen comete el error de saltar del campo del lenguaje legal al lenguaje de los juristas. O no distingue con claridad que una cosa es usar una norma (y como ha puesto de manifiesto Hierro las normas jurídicas las podemos usar todos) y otra cosa es describirlas. Desde los postulados empiristas lo único que se puede hacer es juzgar si un saber determinado es una ciencia y en todo caso construir una ciencia conforme a esos postulados. Pero lo que no se puede hacer (porque eso sería abandonar la descripción) es decir cómo han de actuar los juristas, o considerar que los conceptos que realmente usan los juristas carecen de significado cuando en realidad los juristas los usan y los entienden y se entienden entre sí.

Quizás una de las partes más interesantes del libro sea la que hace referencia a las relaciones entre derecho y fuerza. Hierro siguiendo a Bobbio considera que el análisis de este tema es fundamental para la conceptualización del ordenamiento jurídico. La fuerza no es algo externo al derecho sino que “el derecho es un sistema normativo que regula (instituye y organiza) el uso de la fuerza institucionalizada como monopolio de un grupo social” (pág. 304). Hierro analiza el problema de la relación derecho-fuerza en Kelsen (que es quien plantea el tema aunque no lo desarrolla) en Bobbio y en los realistas. Problema que está en el centro de la polémica de la teoría jurídica actual y que curiosamente los realistas plantearon con precisión y al que —en muchas ocasiones— no se le ha prestado la debida atención.

Hierro analiza —siguiendo a Hart y a Bobbio— los tipos de normas que componen el derecho y las relaciones en las que se encuentran. Los análisis de la teoría tradicional habían sido hasta entonces puramente estructurales. Hierro sostiene que sólo es posible comprender la estructura del derecho si se tiene en cuenta la función y se critican desde esta perspectiva algunas ambigüedades de la teoría de Hart y también algunos de los prejuicios de Ross. En este punto la influencia de Bobbio es sumamente relevante y Hierro ve la posibilidad de identificar los ordenamientos jurídicos en base a los criterios de la *organización de la fuerza* institucionalizada y de la *función* que cumplen. Un ordenamiento jurídico es sumamente complejo y requiere diversos tipos de normas. El análisis rea-

lizado le lleva a rechazar la teoría tradicional que buscaba en la estructura formal de la norma jurídica la característica diferencial respecto a las otras normas. Para Hierro el control social, el uso de la fuerza y el carácter institucional son los tres elementos fundamentales del ordenamiento jurídico. Hierro (sintetizando las doctrinas de Hart y de Ross) considera que en cualquier ordenamiento se encuentran tres tipos de normas, A) las de comportamiento que se dirigen a los ciudadanos, B) las normas que establecen sanciones, C) las normas que establecen competencias o crean otras normas o deciden sobre su eventual incumplimiento.

No quisiera hacer un elenco completo de los temas y de las sugerencias que ofrece este interesante libro. Creo que —y eso no es poco— este libro se lee sin graves dificultades y que constituye una aportación relevante a la literatura jurídica. Creo que el realismo ha ejercido una influencia muy importante en el campo de la teoría jurídica y, sin embargo, en España no ha tenido excesiva relevancia —quizá eso sea fruto de nuestro exilio cultural durante tantos años—. También creo que el realismo muchas veces se ha identificado con el progreso y que desde un punto de vista ideológico ser realista es ser de izquierdas o progresista. Me temo que esa ingenua interpretación es descaradamente falsa y que el realismo —como el normativismo— en la práctica jurídica puede interpretarse revolucionariamente y conservadoramente. Bobbio puso de manifiesto en un excelente artículo que en épocas de transformación social los juristas tienden a convertirse en realistas porque los “standars” jurídicos son inadecuados para la solución de los problemas sociales (Ser realista en este sentido significa sostener que la aplicación del derecho no es subsunción, que el jurista y el juez no están predeterminados por la ley, que la tarea del jurista debe ser constructiva, etc.). Pero no hay que olvidar que ha habido realistas —como algunos representantes de la escuela del derecho libre (o exagerando un poco C. Schmitt)— que han utilizado el realismo para la defensa de ideologías reaccionarias. No hay que olvidar la *lección política* de la escuela del derecho libre que basándose en una crítica al dogmatismo (ciertamente acertada) trató de impedir que las leyes de los Parlamentos fueran aplicadas justo en el momento en que el parlamento ampliaba su representación. No hay que olvidar que una cosa es que los jueces no sean independientes realmente y otra cosa muy diferente es que se reconozca abiertamente la responsabilidad política del juez (que no tiene representación política y que el juez actúe políticamente sin ningún tipo de limitación). Es cierto que las normas jurídicas no limitan el poder absolutamente pero *lo limitan*. Es muy posible que el *halo* de progresismo que lleva consigo el realismo venga determinado por la actividad de algunos realistas americanos y por su objetivo político de destruir las resistencias de los liberales aferrados al normativismo. Pero, ante esa confusión frecuente —producida por la moda— deberíamos estar atentos. Pues hoy es una opinión bastante generalizada que el normativista es un reaccionario y el realista es un progresista. Eso no es cierto, pues no me extrañaría nada que iusnaturalista y normativista *pro-Francum* se transformaran en poco tiempo en auténticos realistas. Y, es que las teorías jurídicas hasta hoy —incluía la realista— no han tenido sólo funciones cognoscitivas sino también político-ideológicas.

Y eso puede deberse a que —como señala con acierto Hierro— “los problemas que se le plantean a la Teoría general del Derecho y a la Teoría de la Ciencia Jurídica han de ser examinados una y otra vez, a partir de la distinción entre el uso interno del lenguaje normativo (lo que hace no sólo quien crea normas o quien tiene competencia adjudicativa), y el uso externo de él para exponerlo, sea para valorarlo, o sea para —a su vez— formular directivas sobre cómo debiera ser”. Por último en el terreno de los presupuestos he observado que Hierro está fundamentalmente de acuerdo con las tesis de Ross y considera que es la primera formulación de una teoría empirista del Derecho.

Sin embargo, quisiera destacar que la etapa verificacionista es ya una etapa superada dentro del marco de la reflexión analítica y que, a pesar de que este tipo de filosofía ha sido dominante tras la guerra mundial, en la actualidad está siendo objeto de durísimas críticas. No voy a negar la importante función histórica de la concepción analítica, pero sí deberíamos ponernos en guardia ante la “pedantería” de considerar que “su” concepción es “la” concepción científica, no sólo de la filosofía sino de la ciencia. Deberíamos ponernos en guardia ante afirmaciones frecuentes de que sólo lo que se observa desde una perspectiva es lo correcto, científicamente hablando.

La crítica de Kuhn —desde perspectivas de Historia y de Sociología de la Ciencia— ha puesto de manifiesto que la pretendida objetividad del conocimiento científico —en cierta medida— está determinada por la subjetividad de unos individuos históricos. Y, una buena cura de humildad puede ser una buena recomendación para todos aquellos que creen que se ha alcanzado la científicidad de un saber determinado. La relativización del propio saber, la idea de que la ciencia tiene supuestos injustificables y que existen “convenciones” e incluso “dogmas” (que se aceptan acríticamente y se ve el mundo desde ellos) en la propia ciencia son aportaciones relativamente recientes que han puesto en duda la crítica al subjetivismo que la filosofía del realismo ha llevado a cabo. Cuando se trata de elegir entre presupuestos el realismo *elige con tanta razón como el subjetivismo* con tanta metafísica y dogma como el subjetivismo. Pero, con la diferencia que el realismo cree que describe la realidad mientras que el convencionalismo cree que es el hombre quien fabrica esquemas para interpretar la realidad, y no hay ningún inconveniente en cambiar el esquema cuando éste es inadecuado. La Historia de la Ciencia ofrece buenas pruebas de ello.

UNA CONTRIBUCIÓ A L'ESTUDI DE LA RACIONALITZACIÓ I MILLORA D'EFICIÈNCIA I PRODUCTIVITAT A L'ANÀLISI DE L'ACTIVITAT DEL SECTOR PÚBLIC (*)

GUILLEM LÓPEZ I CASASNOVAS
Professor d'Hisenda Pública

PART I^a

LA RACIONALITZACIÓ I MILLORA D'EFICIÈNCIA I PRO- DUCTIVITAT EN EL SECTOR PÚBLIC. UNA QUESTIÓ OBERTA.

*I. Introducció: com la teoria de la "Public Choice" ha revifat indi-
rectament l'interès en els temes d'eficiència en l'assignació de recursos
del sector públic.*

Perquè, com i en què creix el Sector Públic a les economies avançades ocupa bona part de l'atenció dels economistes. Aquest interès s'ha vist revifat de manera especial, una volta l'activitat de l'Estat ha estat analitzada amb caràcter endògen a través dels esquemes d'Elecció Social, i fora ja de l'òptica estructuralista, implícita a les formulacions inicials de A. Wagner, per a les que l'Estat era considerat una entitat completament diferent dels individus que el componien, amb els seus propis gustos i preferències.

(*) Aquest estudi forma part d'un treball més ample realitzat a l'Universitat de York —Inglaterra—, gràcies a l'ajud de la Fundació del Congrés de Cultura Catalana (1982).

Mentres Wagner constataba i semblava projectar la relació entre la despesa pública i el creixement de l'economia, els economistes de la "Public Choice" tendeixen a internalitzar els processos de despesa, reconduïts al contexte de l'Elecció Social, sota instruments analítics microeconòmics. Si per al primer el creixement de la despesa pública era el resultat de les variacions exògenes de la renda, per als segons, raons internes en la decisió política de despesa —interés de la burocràcia, ineptitud de management, productivitats diferencials, per la banda de l'oferta; i augment de la demanda de serveis públics, per la de la demanda—, son generalment adduïdes.

Com veurem més endavant, la validesa d'aquestes dues grans corrents d'anàlisi de despesa pública, enfora de poder resoldrer-se des d'un punt de vista empíric, presenta qüestions que se remouen al mateix funcionament de l'economia, de natura força diferent.

Més enllà de la reversió de l'interés inicial de la relació Despesa pública = F (Renda Nacional) cap a la de la Renda Nacional = G (Despesa Pública), —en la que la despesa és determinada de manera endògena al sistema—, i de la controvèrsia entorn als signes de les seves derivades parcials, el que se s'ha aconseguit amb la disputa en qüestió és centrar l'atenció sobre l'anàlisi de l'activitat del Sector Públic en els seus aspectes d'assignació eficient de recursos. És a dir, en qüestions de racionalització de l'ús dels factors productius i d'eficiència a la despesa. De manera paral·lela, aquells objectius multidimensionals d'un Sector Públic modern han estat així referits de manera més ample cap al de la responsabilització en l'oferiment d'un esquema de funcionament apropiat a l'economia, per a l'abast dels objectius socials d'una manera eficient. Es a dir, amb un mínim de distorsions en l'assignació de recursos que possibiliti una màxima eficiència per al sector privat de l'economia, que és qui realment, se postula, imparteix prosperitat.

El canvi d'èmfasi que això suposa pot reflexar simplement el paper del temps en l'evolució del paper de l'Estat a l'economia: Una elasticitat renda superior a l'unitat per a la despesa pública en una primera etapa de fortes necessitats infraestructurals per al creixement inicial de l'activitat econòmica, i una reconsideració posterior del preu a pagar per a la consolidació d'aquell estalonament públic, una volta l'avenç és irreversible i és vist amb possibilitats de ser substituït o ja caduc.

El caràcter complementari inicial de la inter-relació entre el Sector Públic i el privat de l'economia es torna així potencialment substitutiu, i a la variable renda a l'anàlisi de la demanda del component públic s'hi

afegeix ara la variable preu o cost d'oportunitat d'aquella activitat que "crowd out", substitueix més que complementa, l'activitat econòmica privada.

II. Com a aquell interes no s'ha correspost una millora estadística per a la modelació del sector públic en el contexte economic

La major part dels intents de modelar la inter-relació del Sector Públic amb el sector privat de l'economia han pecat de simplistes. De fet, solen basar-se en la consideració d'alguna característica diferencial dels sectors, suposadament relevant. Així, el caràcter més o menys "comercial" del seu output, industrial, de mercat, progressiu o productiu. Una volta s'assumeix l'absència d'efectes externs d'un sector sobre l'altre, la no inter-acció dels seus efectes renda i l'existència d'un mapa específic de preferències comunitàries, les conseqüències poden ser tan matemàticament nítides com absurdes a la realitat.

W. Baumol ha proveït un dels models més comprensius dels punts anteriors —condicionaments per la banda de la producció— cara a il·lustrar les conseqüències de l'existència d'un sector relativament menys progressiu, d'un "productivity lag" a l'economia, potencialment identificat amb el component de serveis de l'output públic (1).

L'interès acadèmic de l'exercici, més il·lustratiu que consistent per a derivar prediccions, ha servit a molts economistes per a veure en aquesta teoria un fonament modern d'economia pública per a basar prescripcions de política econòmica, altrement tan antigues com la mateixa economia (2).

(1) La teoria de Baumol dona una explicació macro-econòmica de l'expansió del S. Públic des d'un punt de vista microeconòmic de producció, observant els condicionaments tecnològics de provisió de les activitats de serveis.

En la mesura que és possible una identificació entre aquelles activitats i l'"output públic" en general, el Sector públic ve a ser un d'aquells sectors per als que els augments de productivitat són més petits que aquells de la resta de l'economia. Essent que els salaris en el S. Públic se mouen en línia amb els de l'economia, "caeteris paribus", mantenir un creixement intersectorial balancejat significarà que més i més força de treball haurà de ser transferida al sector "no progressiu". S'incrementa així la factura total a pagar, perjudicant asimptòticament cap a zero, la taxa de creixement de l'economia.

(2) "La taxa de creixement de l'economia depèn de la proporció d'activitats econòmiques que són productives i de la taxa d'excident guanyada en el sector productiu" (A. Smith a "The Wealth of Nations").

La resta d'arguments inferits de l'intent d'identificar efectes amb causes del creixement de la despesa pública es poden resumir en les següents línies:

La tesi de les productivitats diferencials entre el Sector Públic i el privat de l'economia pot de fet argumentar-se des de diverses posicions, moltes d'elles difícilment verificables per a garantir la validesa de les conseqüències derivades: Raons que van des de la natura dels condicionaments tecnològics comuns a la funció de producció de les activitats de serveis, i no específiques del Sector Públic (com Georgescu-Roegen postula), a la conducta burocràtica i ineptitud governamental en la seua provisió (com la major part d'economistes "neoliberals" acostumen a aduir).

La dificultat de verificar aquestes premisses —més que causes contrastades— és majorment quantitativa que d'ordre, i notòria més que específica, respecte de les seues fonts de procedència. (Vegèu Apèndix). Elles son però, en conjunt, suport per a la derivació d'aquell cost d'oportunitat per "mantenir un creixement balancejat d'activitats en un món de creixement des-balancejat de productivitats": Més i més força de treball haurà de ser transferida a aquell sector no progressiu, augmentant la factura a pagar en termes de la taxa real de creixement de l'economia, en descens asimptòtic cap a valors zero.

Es temptatiu, a l'hora d'establir simulacions, tractar de separar fins a quin punt les millores de productivitat son escasses en el Sector Públic a causa de la natura de l'output oferit i fins a quin punt responen al seu entorn extra-productiu, tals com la manca d'incentius a l'eficiència, la dispersió de responsabilitats en la seua gestió, cobertura assegurada de tot dèficit, etc. Aquesta separació prova avui esser impossible encara, donat que se fa difícil establir un esquema comú per a estudis empírics d'aquesta natura. Existeixen divergències teòriques i de mesura en conceptes com el de "output públic", "productivitat" o el mateix de "eficiència". *Alguns dels punts controvertits son aquí presentats.*

a) la creixent participació de la despesa en serveis públics és una de les principals raons del procés inflacionari accelerat actual;

b) també és la causa del descens de la participació de l'estalvi privat i beneficis de les societats en el Producte Brut, el qual pot esdevenir insuficient per a mantenir la inversió a un nivell que asseguri millores posteriors de productivitat i creixement econòmic;

c) ve a estimular la substitució de serveis privats de mercat per activitats "self-service", desenvolupades pels mateixos individus consumidors d'una manera marginal, submergida.

Sota aquesta tradició de models bisectorials, R. Bacon i W. Eltis (Economic Journal 1976), construeixen un model en el que el creixement de l'output real és una funció positiva del ratio inversió-renda, el qual depén d'una manera inversa del consum i inversió del sector "no de mercat". Per a arribar a aquest extrem els autors assumeixen progrés tècnic del tipus Harrod-neutral, amb coeficient exògen fixe capital/renda.

De fet, no sempre és possible una aproximació física quantificable de l'*output públic*, vista la seua natura i el grau d'externalitats que pot estar present. En més d'un punt ben segur que no ens faltarien apreciacions subjectives per a discutir la següent aproximació (3):

(3) Citat per G B Stafford a "The control of Public Expenditure in U K", Ph. D., no publicat, York University, 1971.

QUADRE 1^{er}

ELEMENTS SEL·LECCIONATS DELS PROGRAMES	VOLUMS DEL SERVEI	INDICADORS DE QUALITAT
POLICIA DE SEGURETAT	Nº d'hores de Vigilancia	— Taxes de crimen ajustades per edats. — Número de delinqüents. — Número de detencions.
TIBUNALS	Nº de casos resolta	— Temps d'espera per a la vista d'un cas. — Nº de decisions apel·lades.
SANITAT	Promig diari de pacients	— Llistas d'espera hospitalàries Index de Mortalitat.
EDUCACIÓ	Nº d'estudiants enregistrats	+ Nº d'estudiants amb qualificacions finals per sobre la mitjana. + Nº de becaris. + Nº d'estudiants admesos a cursos superiors.
VIVENDA PUBLICA	Nº d'unitats de vivenda	+ Condicions físiques de la vivenda, (claredat, equipament, calefacció, + Nº de quartos de bany...).
TRANSPORT	Nº de passatges dia	— Abast de l'embús a hores punta. + Freqüència del servei a hores punta. — Nº de vegades que l'autobús no passa.
EXTINCIÓ D'INCENDIS	Nº d'alarmes ateses Reducció en la pèrdua esperada de vides i béns materials	— Temps entre la crida d'alarma i l'inici del bombeig.
POLICIA URBANA	Nº de controls realitzats Nº de cotxes	— Nº d'accidents.
ENLLUMENAT PUBLIC	Nº de carrers enllumenats	+ Indexs d'enllumenat.
RECOLLIDA DE FEMS	Tones recollides	+ Freqüència de recollida.
SUBMINISTRE D'AIGUA CORRENT	Tones d'aigua consumida	— Dies de racionament d'aigua + Index de qualitat de l'aigua (oxigen dissolt, grau de cloro, calç, ...).
BIBLIOTEQUES	Nº d'usuaris Nº de llibres prestats	+ Nº de llibres demanats. + Llista d'espera per préstecs.

Recomenacions recents de les Nacions Unides, tracten d'aproximar aquell output a través dels inputs intermediaris afectats als programes i a la seua utilització. Dades sobre quantitats de serveis produïts haurien així de ser combinades amb dades sobre els usos fets d'aquests serveis, a través de l'anotació de les transaccions entre el productor i l'usuari dels serveis. Per a aquells serveis que no impliquen tals transaccions (defensa, administració pública), la mesura hauria de referir a la quantitat de treball contingut en aquest output.

Problemes d'aproximació de benestar son encara presents però al menys aquestes mesures d'output permetrien una anàlisi potencial de productivitats; ja que, en altre cas, mesurant els valors dels serveis just pels seus costos de producció, els augments de productivitat hauran de seguir essent zero, forçosament per definició.

A la realitat, nivells d'activitat més que unitats homogènies d'output solen constituir el resultat de l'activitat pública. Outputs directes i activitats de servei acostumen a ser multidimensionals en la seua natura, generalment inter-depenents i per a les que és extremadament difícil col·lapsar les diferents dimensions en una unitat comptable.

Per altra banda, part d'aquesta activitat inter-acciona amb el sector privat a través de la incidència global del pressupost (amb afectacions d'ingressos i despeses que se simultanejen a la realitat), i de les externalitats recollides directament o d'una manera indirecta garentint l'entorn de l'activitat econòmica.

En segon lloc, la materialització de l'indicador "preu" de l'activitat pública —que estableixi sensibilitat a la demanda de béns públics pel seu cost relatiu a aquells mateixos béns privats—, aproximat a través d'un "impost-preu", és discutible e implaudible per a certs exercicis estimatius, donades les distorsions tributàries no impossitives i extra-tributàries de cobertura de la despesa real, dintre de la factura pagada pels béns públics rebuts. Altrament, aquesta és de difícil assignació individualitzada amb validesa general, vist el caràcter redistributiu que el sistema fiscal té en el seu conjunt, afectat de connotacions subjectives per la forma d'imposició (directe-indirecte), i consideració més o menys directe dels beneficis rebuts.

En tercer lloc, no estar clara la correspondència unívoca d'aquell output en termes monetaris amb l'aproximació habitual a la *despesa pública* (de consum, agregada governamental, del Sector Públic com un tot,...). Es així dubtós si entre la despesa pública s'ha d'incloure la de

capital en aquelles indústries nacionalitzades que és auto-financiada, o financiada en part, per fonts no públiques. De la mateixa manera, essent el criteri a l'ús el destí final de venda o no en el mercat, se pot aduir que s'hauria d'incloure com a despesa pública aquelles transferències per compte corrent o de capital a qualsevol tipus d'empresa que rebí ajud per a poder vendre el seu output, present o futur, per sota del cost complet de producció; cosa naturalment de comptabilització difícil.

En qualsevol cas, despeses de consum i transferències haurien de ser separades per raons d'anàlisi, donat que (i) a les despeses de consum, no tot representa output final; part d'aquesta despesa és també en inputs, invalidant així l'equació augment de despesa-augment d'output públic (i també per tant les seues implicacions relatives als termes d'eficiència); (ii) per a les transferències no tindria perquè considerar-se l'existència de clam de recursos reals, donat que aquí el S. Públic actua com a intermediari, transferint renda que pot ser finalment gastada en béns privats (4).

Les pràctiques a l'ús en els sistemes de Comptabilitat Nacional son en aquests punts clarament deficients i no se corresponen en cap manera a l'interés teòric que al tema de referència s'hi dedica.

A les Comptes Nacionals, la contribució del Govern a l'economia és mesurada simplement pels recursos reals que emplea. És a dir, pels seus inputs i no pel seus outputs. La raó estadística és òbvia. Els inputs son de fet comprats mentre l'output no és realment venut; per tant, existeixen dades disponibles pels primers, però no pels segons. Això vol dir que s'agafa del "producte" de l'activitat del S. Públic només aquella part d'output directe, —que és altrement no homogeni—, mesurant preus i quantitats a través dels costos laborals principalment implicats, inputs materials o alguna combinació d'ambdós, o simplement a través del valor monetari total, deflacionat per un índex de preus global o particular de l'output similar del sector privat o dels inputs públics implicats.

Aquestes convencions laxes tampoc però sol·lucionen els problemes. Els mateixos inputs poden en si mateixos no esser homogenis i, per tant, no poden ser assignats univocament a outputs singulars a sèries tempo-

(4) Relativitzar aquestes xifres de despesa amb l'ús del producte nacional o interior, brut o net, al cost dels factors o a preus de mercat, corrents o constants-constants en termes de simple o doble deflació, deflació única o diferenciada segons l'índex de preus implícit, etc., pot comportar més d'una matització a les conclusions inicials que se treballin sobre quantitats absolutes.

rals o transversals, amb coeficient tècnic input-output suposadament fixat. La recursivitat d'un output, input d'un altre output, pot estar també present.

Mesurar outputs a través d'inputs comporta així més d'un resultat extrany. A la Comptabilitat Nacional —i a manera d'exemple—, un augment en el número de funcionaris implica directament un augment proporcional d'output públic, fins i tot en el cas que restassin ociosos o constitutius de desocupació tecnològica. En el mateix sentit, l'us d'ordinadors a l'Administració Pública que baixàs potencialment el total salarial per sobre dels costos addicionals (i d'amortització) de l'equipament informàtic seria traduït pels sistemes de Comptabilitat en un decrement de l'output públic.

D'aquesta manera, augments d'eficiència en general no poden ser fàcilment medits, donat que, en la mesura que no siguin compensats per partides monetàries majors, no expressarien sinò una reducció d'output net i, per tant, no de manera poc ambigua, una millora de productivitat.

Finalment, el paper de l'*input capital* a les activitats de serveis, marcades per un fort component de treball, —moltes vegades constituït en si mateix de l'output oferit—, és quan menys problemàtic.

De menys a més realistes, diverses assumpcions poden ser fetes:

1. Certament podriem assumir que l'input capital està fora del model, en el sentit que no és requerit a la funció de producció del sector serveis "no-progressiu", apareixent en tot cas amalgamat d'una manera implícita en el sector progressiu, a través de la seua taxa de creixement exponencial.

També des del punt de vista de l'absència de capital podria argumentar-se que les diferències resultants en els costos de treball per unitat d'output surgeixen dels beneficis decreixents del factor treball en el sector "no de serveis" i constants en el de "serveis". Una volta introduïts específicament factors de demanda, l'efecte preu-relatiu positiu pot ser igualment determinat.

2. Acceptant que l'input capital és igualment implícit a ambdós sectors podria ser adduïda diferent relevància ex-post, donat: a) el seu caràcter d'input "limitacional" per a un sector, —és a dir, essent necessari però no suficient per al creixement de l'output—, i limitatiu per al sector progressiu —és a dir, necessari i suficient— o b) essent igualment limita-

tiu per ambdós sectors, diferents constriccions de fet afecten alguns dels seus paràmetres de la funció de producció, —principalment el factor tècnic de substitució—, i pel biaix induït als diversos processos d'innovació (5).

La interpretació i mesura del capital als serveis públics és fa en tot cas extremadament difícil. Adicionalment, l'assumpció de productivitat constant del factor treball fa necessari a la vegada una elasticitat de substitució treball-capital igual a zero. Això resulta especialment inplausible si el model de creixement inter-sectorial se planteja sobre la base d'un mateix output —amb dues diferents funcions de producció—, en lloc de dos outputs de natura diferenciada.

Per tant, i per a concloure, cal constatar que malgrat l'interés que els economistes públics del "supply side" posen en el tema de la substituintibilitat de l'output públic i privat, i del cost d'oportunitat en la seua frontera de producció, no s'han produït avenços estadístics substancials pel seu còmput i/o materialització de l'activitat pública, del seu output i d'aquelles variables relacionades. Aquest avenç és avui fonamental per a estudiar la consistència dels postulats fets i per a validar aquelles hipòtesis de treball.

III. *Productivitat i eficiència a l'anàlisi de l'activitat del sector públic*

La conveniència dels estudis de productivitat i eficiència a l'activitat del S. Públic respón a una necessitat interna que els "nous economistes" no han fet sino revifar. Des d'aquest punt de vista, la seua contribució és positiva en quant a revulsiu o incentiu que significa dintre del S. Públic per a fer bé les coses, sota el clam alternatiu de questionar hàbilment, i més o menys demagògicament, l'activitat pública. Així, en els camps de la sanitat pública, educació, part de l'activitat pública de management de recursos amb propòsits redistributius, etc.

(5) Condicions inherents al progrés tècnic (incluint diferents bases per a economies dinàmiques d'escala) poden mantenir, i fins i tot esbiaixar les anteriors constriccions i així els seus resultats. En aquest darrer sentit son relevants les teories del biaix induït a l'invençió i innovació tecnològica d'acord amb els preus relatius inicials d'ambdós factors.

Revesteix especial interès la controvèrsia entorn de si la frontera de possibilitats de producció se mou o no d'acord amb la proporció de cada factor que se pot estalviar amb la innovació o sobre la quantitat estalviada total. Això tindria la importància de que per al cas de les activitats d'elevat ratio treball-producte, com és el cas dels serveis, i si és la primera de les teories la considerada, l'incentiu a l'innovació en el sector de serveis resultaria inferior al de la resta, marcant un biaix diferencial, d'aquella manera induït.

El concepte de Productivitat. L'extensió i limitació del concepte ve marcada per la seua definició com a ratio d'inputs a outputs.

En un contexte comparatiu, "productivitat" ve referida a la recerca d'un output màxim condicionat a un nivell donat d'inputs o, alternativament, a aquell input mínim requerit per a la consecució d'un nivell d'output donat. Des d'un punt de vista dinàmic apareix el concepte de productivitat com a residuu o creixement diferencial d'output per unitat combinada d'inputs factorials. Així podem definir, en base a la funció de producció $Q = A f(L, K)$ els nivells de productivitat parcial Q/L , Q/K i els seus creixements Q/L , Q/K , i la productivitat total multifactorial o residual com $A = Q/f(L, K)$, i dA/A com la seua taxa de creixement (6).

L'objectiu implícit en la mesura del creixement de productivitat és el de distingir entre canvis a l'estructura de la funció de producció i moviments al llarg de la seua superfície de producció. Així el progrés o creixement de productivitats ha estat normalment associat amb la derivada en el temps de la funció de producció o amb alguna funció dual associada amb la de costos o beneficis.

L'altra gran línia d'anàlisi és la de l'*eficiència*.

Així com el concepte de productivitat és essencialment dinàmic (canvis a la tecnologia poden permetre la consecució d'un mateix output amb una menor combinació d'inputs) i definit sobre magnituds físiques el concepte de "eficiència és majorment estàtic, —suposa la tecnologia com a dada—, i és definicionalment relacionat als preus dels factors i als costos de producció. Tecnicament implica l'estudi de si donada una isoquanta (diferentes combinacions dels inputs per abastir un output idèntic, vistes les condicions tecnològiques existents) és o no possible la seua materialització sobre una línia iso-cost menor. Amb altres paraules, se tracta de si donats els esquemes tecnològics presents "podem fer lo mateix, però més barat". (Vegèu gràfic 3).

(6) A l'hora d'aproximar una mesura de productivitat, caldria descomposar els següents factors de la seua taxa de creixement (físic, del input treball): a) canvis en la composició de l'input treball (edat, preparació exigida, sexe,...); b) canvis en la seua funció (relació treball/ capital, mescla d'inputs materials variables,...). Respecte del caràcter i qualitat de la prestació considerada: i) les condicions de l'entorn a la provisió; ii) la taxa de creixement de l'ocupació total com a variable de política econòmica, i primera aproximació relativa al concepte de qualitat; iii) la taxa mitjana de creixement de la qualitat en la prestació del treballador; iv) la taxa de creixement de la qualitat en la prestació mitjana del treballador; v) la taxa de creixement de la mitjana d'hores treballades.

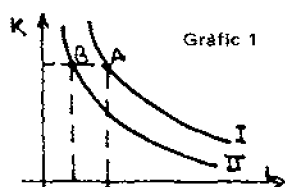
Aquest concepte ha de distingir-se, per altra banda, del més senzill de "eficàcia".

A l'aproximació estàtica d'eficàcia, el que se dona com a una dada base és la de la línia d'iso-cost, i del que se tracta d'estudiar és si amb una reassignació dels recursos físics capital, treball, ... se pot aconseguir un output major de cost idèntic a l'anterior.

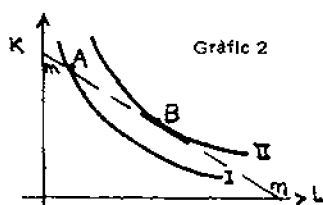
Un concepte més ample al d'eficiència tècnica ve referit al d'eficiència econòmica. Aquesta ve definida per aquell estat d'assignació de recursos globals en el camp del consum, producció, intercanvi que fa impossible qualsevol situació alternativa de millora en la redistribució de recursos, per la que algú pugui estar millor sense que ningú estigui pitjor. Una assignació d'aquests caires s'en diu Pareto-eficient.

Per raons aquí d'anàlisi, guanys d'eficiència inclouran ambdós aspectes de eficàcia i eficiència tècnica o en sentit estricte, donada la seua comuna potencial traducció, any darrera any, com a millores de productivitat; és a dir, ja sigui més output amb igual cost i/o igual output amb menys cost, podran reflexar millores en els nivells parcials de productivitat, segons l'assumpció feta sobre la variació produïda en els preus dels factors de producció. Altrement, una relació bi-unívoca entre millores d'eficiència i millores de productivitat no seria possible.

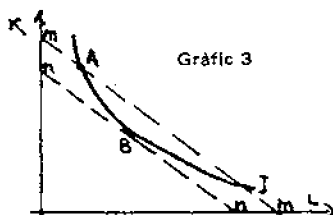
Graficament, i per raons il·lustratives:



Millora de productivitat: igual output amb menys quantitat d'un input i igual de l'altre. I II, isoquantes d'un mateix nivell d'output: Pas de A a B.



Millora d'eficàcia: més output amb igual cost per la combinació dels inputs: Pas de A a B. I II, isoquantes de menor a major output. mm, nn, línia de cost.



Millora d'eficiència: igual output amb menys cost per la combinació d'inputs: Pas de A a B. I, isoquanta; mm, nn, línia de cost, de major a menor, igual preu relatiu dels inputs.

De fet, com se pot comprovar, quan hom parla de millora de productivitats no parla més que de l'aspecte físic de la relació entre els inputs i l'output resultant. Per a que això se tradueixi en una millora d'eficiència hem d'assumir quelcom sobre els preus dels factors. Només amb la constància d'aquests, tota millora d'eficiència tradueix una millora de productivitats factorial. Aquesta és una hipòtesi poc probable per a una anàlisi temporal, però és clarament apropiada per a una anàlisi d'estàtica transversal.

En resum, el concepte d'eficiència a l'anàlisi de l'activitat del Sector Públic s'ha d'aplicar amb cura. He vist abans que mesures físiques de l'output poden ser de difícil aproximació o pràcticament inexistents, essent millor referides a estats personals de benestar: així el status donat per una educació comprensiva, el sentiment de seguretat o l'estat de sentir-se sà. Aquests problemes no son però exclusius de l'output públic i se donen també al sector privat. La qüestió definitiva ne és tant doncs la de la mesura com la de la seua valoració. Com deia abans, en aquest extrem les convencions de la Comptabilitat Nacional son més bé pobres i deficientes.

Altrement, les qüestions d'eficiència s'haurien de mesurar millor respecte dels objectius finals perseguits darrera d'aquells operatius o outputs intermediaris.

Aquestes observacions son especialment rellevants en el cas d'emprar el concepte d'eficiència per a comparacions institucionals entre diferents sistemes d'assignació de recursos. Així per exemple, acceptant l'aproximació paretiana al concepte d'eficiència, les estructures de mercat sota supòsits de competència perfecta sempre serien superiors als monopolis o als sistemes de planificació central. Però la solució seria evidentment tautològica donada la definició d'eficiència acceptada com a base i construïda sobre supòsits de competència perfecta. Condicions que altrement no se donen a la realitat en un món caracteritzat per múltiples complexitats, i on la informació no és complerta ni lliurement disponible en el mercat, amb agents que no sempre necessàriament maximitzen beneficis.

La consideració d'aquells aspectes organitzacionals, d'informació i conducta dels agents son majorment enfatitzats sota el concepte de X-ineficiència. A la realitat com Leibenstein assenyala la funció de producció pot ser no completament coneguda, no tots els inputs fàcilment disponibles i els contractes permissius del seu ús incomplets amb costos de transacció i de control. Per això, objectius diferents als inicialment postulats

poden aparèixer en l'elecció individual del tipus d'activitat, nivell i sistema d'execució, qualitat, temps i dedicació de l'agent.

Així X-ineficiència és contemplada com la resultant d'un calaix de sastre que inclou tots aquells factors que venen a distorsionar el concepte d'eficiència fora de les violacions dels criteris paretians; com poden ser l'interès del burócrata per l'oci, la seguretat a l'empleu, l'acceptació del pluri-empleu, l'auto promoció per la creació de llocs de treball subordinats, la falta d'organització del treball en general, etc.

Si els postulats de la teoria de X-ineficiència se donen a la realitat, un sistema d'incentius per a la racionalització i millora de productivitats a través de la seua remoció dintre del sector públic pareix possible.

Certament pocs estudis empírics conclusius existeixen sobre el tema, encara que sí un bon plegat de sugerències i aproximacions, especialment en termes d'indicadors, valors estandars i desviacions. Acceptant com a suficient l'evidència presentada (7), la introducció d'esquemes de promoció contractual o normativa d'incentius pot afectar ultimament a la conducta dels agents dintre de l'estructura de l'organització i el seu entorn financer.

Aquest problema és analitzat seguidament a l'activitat del Sector Públic i l'hipòtesi de treball es finalment presentada.

PART II^a

PROPOSTA D'UN SISTEMA D'INCENTIUS PER A LA RACIONALITZACIÓ I MILLORA DE PRODUCTIVITATS EN EL SECTOR PÚBLIC

1. L'Hipòtesi de treball

L'interès del tema que s'ha introduït fins ara en aquest sumari de literatura rau i neix de la hipòtesi insinuada i derivada dels resultats empírics aconseguits a alguns treballs que precedeixen al present, entorn de l'anàlisi de les comparacions contemporànies sobre la geografia dels ni-

(7) Vegèu en aquest sentit, i del mateix autor, l'article "Una Contribució al anàlisis de la eficiència en el gasto sanitario". Comunicació escrita per a les III^{es} Jornades d'Economia Sanitària celebrades a Madrid (febrer 1983) i de pròxima publicació.

vells de productivitat als serveis públics proveïts per unitats descentralitzades del S. Públic (8).

Donat que són els Sectors Públics Locals els que proveeixen la major part d'aquells outputs-serveis "no progressius", nivells diferencials de productivitat poden existir entre ells no ja per causes tecnològiques externes, intrínseques a la seua funció de producció (condicionaments teoritzats com a uniformes sobre la geografia), si no per l'existència d'ineficiència en la seua assignació dels recursos productius. Diferent sensibilitat de les respostes a particulars condicionaments econòmics i de conducta al clima fiscal d'afectació al ciutadà, demandant de béns públics (quina és la factura a pagar per ells, com la percibeix, quin grau de satisfacció produeixen, etc.), poden explicar nivells diferencials a la provisió estàndar d'aquells béns, diferents incentius a la remoció d'ineficiència i així de creixement dels seus nivells de productivitat.

Ajust al preu relatiu. Un ajustament per l'efecte preu-relatiu, o a un índex de preus implícits diferencial sobre la geografia, és però previ a la fixació d'una provisió cost efectiva per a l'output de les unitats públiques locals o localitzades sobre el territori. Efectivament, en la mesura que variables determinades regionalment —com la taxa de desocupació, l'índex territorial de cost de vida, incentius a la mobilitat, etc.— siguin importants, un ajustament en termes monetaris per a les diferents capacitats de compra d'inputs en termes reals, —requerits per les autoritats locals—, s'hauria de postular per a l'igualmente efectiu d'inputs intermitjos. I això d'una manera prèvia a l'exigència ja no d'un output igual, sinó d'un output cost efectiu a partir dels inputs estàndar subministrats.

Però una volta l'ajustament s'ha realitzat, el residuu resultant o desviacions entre valors de fet i els predibles, pot aproximar ja X-ineficiència en aquella provisió.

Si a l'anterior argumentació s'hi afegeix l'assumpció —a ésser provada— que el nivell de la relaxació pressupostària és la que marca l'estímul a l'incentiu de remoció d'ineficiència a les institucions no per benefici aïllades del mercat, una política de control de despesa podria ser dissenyada.

Dintre del Sector Públic, aquest objectiu podria formular-se per ac-

(8) Vegèu en aquest sentit els diferents factors que poden causar-la analitzats a "Revisa de Hacienda Pública n° 72, en un article del mateix autor.

tivitats específiques a través d'una mitjana mòbil d'abast transversal i consideració temporal, que basi una assignació de recursos pressupostaris capaç de remoure ineficiència i així incentivi la millora i racionalització de productivitats en la provisió de l'output públic i els seus creixement relatiu en el temps.

Se converteix així la taxa de creixement de productivitats en endògena al model inicial de Baumol, i allò predit com a "malaltia congènita de les hisendes públiques locals" podria reduir-se en part al resultat del descontrol i manca de polítiques d'incentius a la realització eficient d'aquelles activitats del Sector Públic.

II. *Una política d'incentius per a la remoció de X - ineficiència*

La política de control de despesa proposada s'estalonaria en l'establiment d'una fórmula d'assignació prospectiva d'ingresos pressupostaris que incorpori un sistema d'incentius (compensacions i penalitzacions) en el grau de cobertura pressupostària de la despesa incorreguda per les unitats locals d'output cost-efectiu per sota d'uns valors estandar mitjans calculats i prospectivament anunciats. Aquest propòsit vincularia definitivament a les institucions públiques no-per-benefici al compliment eficient d'uns objectius de provisió d'activitat, contingents a la política de despesa projectada.

És aquest per tant, un control diferent al propi del "cash limits" o arbitraris "staff ceilings". No se tracta d'una simple resposta administrativa per al control de despesa en el curt termini per a reduir la demanda de transferències pressupostàries en un moment de crisi financera (9), sinò del planejament a mig termini del control dels preus relatiu de la despesa pública. Altrement, el sistema aquí dissenyat cerca una base racional a les assignacions pressupostàries a través d'una anàlisi d'estàtica comparativa i d'una manera prèvia a la decisió sobre les quantitats de despesa projectades. En aquest sentit, la formulació seria similar a la que fonamenta els recents (1981) sistemes d'assignació de subvencions al sistema local descentralitzat de Gran Bretanya. Això és, les anomenades "Grant Related Expenditures" en la part que tendeixen a reflexar els costos de les diferents Autoritats per a la provisió d'uns estandars tipificats de serveis, emprant indicadors de provisió d'output i analitzen

(9) De fet, els "cash limits" varen ésser teoritzats per a resoldre a curt termini el problema de conjugar la despesa actual amb els plans sobre volum. A la realitat han estat però emprats per a imposar una pressió sobre el volum, establint un esquema en el que els pagaments salarials del Sector Públic haurien de ser negociats.

comparacions inter-territorials, a l'hora de fixar el nivell de finançament definitiu.

Està clar que, per al nostre propòsit, tan simplista podria resultar el re-embossament de sigui quina sigui la despesa realitzada per aquella institució pública no per lucre, com ho seria condicionar-lo de manera exclusiva a certes mesures d'execució o "productivitat". Això és especialment veritat per a certs outputs públics (transport, assistència sanitària,...), vista la seua natura i l'eventualitat congènita en la seua producció a resposta de la demanda.

Però la reconducció de certes desviacions en les pràctiques administratives i d'execució de la despesa pressupostada —moltes vegades nascudes dels hàbits i influència d'interessos corporativistes en presència—, a través de l'assignació prospectiva de fondos així fixats previament i definits en termes de l'acompliment d'un output cost-efectiu, no pot deixar de ser relevant.

La inexistència o debilitat de la restricció pressupostària per aquelles institucions aïllades del mercat és adduïda normalment a la literatura com una de les causes més importants de la falta d'incentius cap a la promoció d'eficiència en l'assignació interna del recursos públics. Una certa rigidesa en els estatuts jurídics de regulació dels continguts de treball a realitzar pot explicar la dificultat restant per a l'aconsegüiment d'aquella assignació eficient.

Els processos prospectius de re-emborsament signifiquen, en aquest sentit, una sana externalització de base racional als requeriments financers de les unitats públiques descentralitzades i un fonament més sòlid per al joc de les limitacions de balanç i, en definitiva, per a la contenció i control de la despesa.

Les virtualitats d'aquesta aproximació son majors en una etapa de descentralització com la que viu, per a algunes àrees del Sector Públic, el nostre país, fomentant un canvi potencial dels patrons burocràtics tradicionals de l'Estat a la nova conjuntura i afavorint una millor externalització sobre la geografia del cost d'oportunitat marginal de la despesa, —i intra marginal, per categories de despesa—, amb caires més visibles per al ciutadà en termes d'equitat i eficiència, tot i facilitant una millor anàlisi cost-benefici inter-territorial.

Exemples de sistemes prospectius de reemborsament i intents de predicció pressupostària de despesa d'Agències descentralitzades de provisió

existeixen ja en els sistemes comparats i son majorment estudiats en el camp de l'Economia Sanitària. Aquestes formulacions son quan menys una guia bàsica d'evaluació de despesa per a les fonts centrals o subcentrals de finançament.

Fent un breu *sumari* del problema analitzat, podriem dir que tot i essent conscients dels problemes implicats en l'aproximació a l'estudi de l'eficiència a l'activitat pública, un esforç important s'hauria de dedicar al tema. La hipòtesi de treball aquí presentada és que l'absència d'una noció prospectiva, explícita i empíricament objectivable en la formulació de les polítiques de reemborsament pressupostari pot haver derivat en un debilitament de la restricció financera a les institucions o agències descentralitzades de provisió d'output públic, cultivant marges de discrecionalitat i inèrcies traduïdes diferencialment al que hem anomenat X-ineficiència.

L'urgència de contar amb alguna "vara de mesurar" o criteris d'evaluació que servesquin com a mínim per a establir un sistema de Revisió o Negociació Pressupostària hauria de ser especialment sentida en situacions com la present en que la restricció global, que la situació econòmica imposa, condiciona la generació dels recursos addicionals demanats per necessitats socials encara insatisfetes; i en particular, per les potencialitats que la descentralització fiscal pot comportar en quant a una millora en l'assignació dels recursos.

Els sistemes prospectius de reemborsament de fondos pressupostaris sobre una base objectivada i explícita —tal com s'ha presentat en aquest article— proven quan menys constituir una solució superior a solucions alternatives que, com els "cash limits", se solen presentar en el sistema comparat. Limits globals de liquidesa que, donat que reconduïxen idèntics percentatges d'increment en la despesa autoritzada als nivells diferencials previs, venen a violar els principis d'equitat i introdueixen distorsions greus en un sistema eficient d'assignació de recursos.

APÈNDIX: FONTS DIRECTES D'EVIDÈNCIA ENTORN DEL DIFERENCIAL DE PRODUCTIVITATS EN EL SECTOR DE SERVEIS A ESPANYA

Des d'un punt de vista teòric, a la literatura de les estimacions directes del creixement de productivitats en el Sector (públic) de serveis, tres estudis poden ser distingits.

(i) SPANN (1977) realitza l'estimació assumint que l'output aproximat i el real mantenen una mateixa "proporció d'aproximació" entre dos anys ben coneguts, en relació a les diverses categories de serveis públics observats. Així el canvi de productivitats o el creixement de productivitat entre aquells dos anys ve donat per la divisió entre els coeficients output (aproximat)/input (treball) dels dos anys.

(ii) BRADFORD MALT OATES (1969), intenten avaluar la hipòtesi d'una tecnologia relativament estàtica en la producció de serveis públics locals a través de l'estudi de les tendències en el cost de l'anomenat output-D (serveis directament produïts) i output-C (coses d'interès primari al ciutadà consumidor), donades les preferències individuals de la forma $U = (C, Z)$ i $C_k = K(D, E)$, per a les que Z és un vector que representa el nivell de provisió d'altres béns i E és un vector de les variables que constitueixen l'entorn o quasi-inputs.

(iii) Finalment, ROSS i BURKHEAD (1974), tracten d'explicar els moviments en el nivell de productivitats en el sector de serveis proveïts per les Autoritats locals a través d'aïllar l'augment de despesa en cada servei, desglossat en l'augment estricte de força de treball (part física de l'output), el canvi en els components remuneratius i una estimació dels canvis de qualitat. Les diferències resultants en el temps seran un indicador relatiu del moviments de productivitat.

Emprar fonts estadístiques directes per a testar el grau d'evidència del "lag" de productivitats per al sector de serveis te naturalment el problema previ de la confiança que ens merescuin les dades així emprades d'una manera directa. Aquest extrem és especialment important en el cas espanyol considerat, —a efectes de comparativitat internacional (1960-70)—, a causa del biaix polític probable a les estadístiques.

Comerç (al menor), serveis financers, transports i comunicacions i un ample grup d'activitats no classificades s'inclouen dintre de la categoria de "Serveis" en general a la Comptabilitat Nacional d'Espanya. Aquesta composició pot crear un problema d'imperfecta comparabilitat amb les divisions principals ISIC emprades a les estadístiques de les Nacions Unides, per a les que les estadístiques del sector serveis haurien de comprendre: a) Comerç al major i minorista, restaurants i hotels; b) Transport, emmagatzematge i comunicacions; c) Assegurança financera, propietat real o immobiliària i altres serveis d'intermediació; d) Serveis personals, socials i comunitaris (aquí s'inclouen la major part d'activitats públiques: Administració Pública, Defensa, Sanitat i serveis similars, Serveis socials i relacionats amb la comunitat); e) Les anomenades genèricament "activitats no definides adequadament".

Si intentem distingir moviments en preus (salaris) i quantitats (ocupació), sembla evident —Quadre 1— que un augment d'ocupació en serveis per sobre de l'augment mitjà de l'empleu a l'economia pot ser constatat. Aquesta participació superior d'empleu se veu però reflexada en l'evolució corresponent de l'output (o PIB a preus constants en aquells sectors del Quadre 2).

Això pot insinuar que i) En cas de que el PIB dels corresponents sectors no estigui deflactat per un índex diferencial de preus implícits, les xifres corresponents podrien indicar un nivell d'augment salarial en el sector Serveis superior al de la resta de l'economia (vista la columna 1^a del Quadre 1^{er} per aquells epígrafs comparables); i/o adicionalment, ii) que el seu índex de productivitat ha estat positiu: L'índex de productivitat del treball en el sector de serveis hauria pujat a través del temps, si acceptem la manera d'estimar-lo, però amb una taxa inferior a la del sector industrial i fins i tot inferior a aquell de l'economia com un tot. (Columna tercera del Quadre 2on. Pels agregats del Quadre 1^{er} l'observació no sembla però tant òbvia).

La taxa anual de creixement de la productivitat real pareix doncs ésser poc conclusiva entorn de la verificació, en una primera aproximació, del diferencial de productivitats.

Possiblement, i a causa de l'augment en els costos de treball, això no és reflexat a la taxa anual de creixement de la productivitat real i sí ho és a la de la productivitat renda, on iguala a la taxa de creixement total de l'economia (Columna 4^a de la tabla 1^a).

Entre les activitats que ajuden a aquell biaix de productivitats respecte de la mitjana destaquen "Correus i comunicacions", "Educació i Formació Professional", "Sanitat i Seguretat Social"; tots ells, serveis típicament proveïts pel Sector Públic de manera majoritària, (vegèu Quadre 2).

Encara que els diferencials relatius de productivitat només haurien de considerar-se de manera relativa a efectes de comparacions internacionals, —vistes, entre altres raons, la no homogeneïtat de l'índex de base 100 als diferents països i criteris de classificació—, el quadre 3 mostra algunes relacions interessants així com l'observació comuna a quasi tots els països de la OCDE d'un "productivity lag" en el sector de serveis de l'economia.

Aquestes extremes són amplemment reconeguts en el treball de V. FUCHS (1969), respecte de l'economia dels Estats Units. Fuchs destaca, principalment; a) L'augment d'empleu més ràpid en el sector de serveis que a l'industrial, amb l'evidència de que el primer requereix característiques físiques i qualitatives menys restrictives; b) El descens en el nivell d'hores realment treballades i; c) El refutament de la hipòtesi d'un creixement de productivitat igual a zero per al sector de serveis, encara que si diferencialment retardat (*).

Mes recentment, FALLICK i ELIOT (1981) han contrastat la major part d'aquelles idees per al cas del Regne Unit, validant-les i afegint evidència de creixement biaixat per al component femení d'ocupació, el no manual, a més d'un envelliment relatiu de la població activa en el Sector Públic Local.

Altrement s'ha d'afegir per al cas espanyol que la puja en el percentatge del sector serveis en el PIB a preus constants recull l'important creixement produït durant el període estudiat degut al "boom" turístic d'aquesta indústria de serveis. Per tant, les conclusions s'han de derivar amb cura, més enllà de la simple i general observació de l'estadística (índexs del sector serveis: Quadres 2 i 3 per a ocupació, productivitat i productivitat renda per a cada país en qüestió).

Per una altra banda, un esgràó d'anàlisi més desagregat sembla necessari per a donar suficient sensibilitat a les conclusions.

(*) Per al contexte espanyol no sembla però acceptable l'afirmació de Fuchs de que "la mitjana d'augment salarial en el sector industrial ha estat superior a l'enregistrada en el sector serveis a causa de la diferència en la força sindical entre ambdós sectors".

QUADRE 1^{er}

	INDEX DEL PIB preus corrents	INDEX D'OCU- PACIÓ	TAXA ANNUAL DE LA PRODUC- TIVITAT REAL	CREIXE- MENT DE LA PRO- DUCTIVI- TAT RENDA
AGRICULTURA I PESCA	204.72	77.54	6.04	5.21
INDUSTRIES MANUFACTURERES	321.96	125.46	7.41	4.84
CONSTRUCCIÓ	268.25	110.68	7.94	7.52
COMERÇ	425.62	136.65	4.80	7.24
SERVEIS FINANCERS	476.66	141.01	7.33	8.13
TRANSPORTS I COMUNICACIONS	323.86	115.69	7.20	5.89
ALTRES SERVEIS	385.03	132.40		
TOTAL GENERAL	323.07	106.14	7.04	6.85

(1960, base 100)

FONT: Ponència de productivitat del "III Plan de Desarrollo" de Espanya.

QUADRE 2on

	INDEX DEL PIB preus constants	INDEX D'OCUPA- CIÓ	INDEX DE PRODUC- TIVITAT DEL FAC- TOR TREBALL	TAXA DE CREIXE- MENT AN- NUAL ACUMU- LATIU
AGRICULTURA	130.6	77.0	169.6	6.1
COMERÇ INTERIOR	205.5	135.6	151.5	4.8
INDUSTRIES BASIQUES DEL FERRO	279.8	105.5	265.4	11.5
CONSTRUCCIÓ	267.7	128.1	209.0	8.5
CORREUS I TELECOMUNICACIÓ	257.5	146.6	175.7	6.5
SERVEIS URBANS	229.0	142.7	166.4	5.4
ENSENYAMENT	220.5	130.5	168.9	6.0
S. SOCIAL I SANITAT	217.0	116.5	186.2	7.2
ACTIVITATS NO CLASSIFICADES	147.1	136.4	112.5	1.3
TOTAL GENERAL	195.8	106.1	184.4	7.0

(1960, base 100)

FONT: Ponència de productivitat del "III Plan de Desarrollo" d'Espanya i composició pròpia.

QUADRE 3^{er}

	INDEX PIB	INDEX OCUPACIÓ	INDEX PRODUC- TIU DEL TREBALL
EE.UU.	156.4	137.4	113.8
JAPÓ	248.1	138.5	179.1
FRANCIA	158.5	127.8	124.0
ALEMANIA	165.4	132.7	124.6
ITALIA	150.8	110.8	136.1
REGNE UNIT	124.9	121.4	102.9
ESPANYA	186.3	124.6	149.5

Base dels índexs: 1958 = 100, excepte per a Itàlia.
1954 = 100

Any de referència 1969. Sector Serveis

FONT: Ponència de productivitat del "III Plan de Desarrollo" Espanyol.

BIBLIOGRAFIA

- BACON R., ELTIS E.: "Britain's economic problem: The growth of the non-market sector". *Oxford Economic Bulletin*, 1979.
- BARR J. L., DAVIS O.A.: "An elementary Political and Economic Theory of the expenditures of Local Governments". *The Southern Economic Journal*, Oct. 1966.
- BAUMOL W. J.: "Macroeconomics of Unbalanced Growth: The anatomy of urban crisis". *American Economic Review*, 1967. (Comments and replies: *AER* 1968).
- BECK M.: "Public Sector Growth": A real perspective" *Pub. Financ.* 1979.
- BERGSTROM T.C., GOODMAN R.P.: "Private Demands for Public Goods" *AER*, 1973.
- BEVAN R.G.: "Cash Limits". *Fiscal Studies*, 1980.
- BOLTHO A.: "Course and causes of collective consumption trends in the West". *Magdalen College, University of Oxford*. 1979.
- BORCHERDING T.E., DEACON R.T.: "The demand for the services of non federal Governments". *AER*, 1973.
- BRADFORD D.F.; MALT R.A.; OATES W.E.: "The rising cost of local public services: some evidence and reflections" *National Tax Journal*, June 1969.
- BUCHANAN J.M.: "An economic Theory of Clubs". *Economica*, 1965.
- CARTHY C.Mc.: "Incentive Reimbursement as an impetus to Cost Containment". *Inquiry*, vol XII, 1975.
- CHRYSTAL K.A.; ALT J.E.: "Towards a model of the non- industrial Public Sector in Britain 1955-1978. Revised version of *Discussion Paper* n° 129. University of Essex, Sept. 1980.
- CUTHBERTSON K.; FOREMAN- PECK J.S. GRIPAIS P.: "A model of local Authority fiscal behaviour" *Public Finance*, 1981.
- DHSS: "Resources Allocation Working Party" 1976. London.
"Black Report: Inequality in Health" 1980. London.
- DENZAU A.T.; MACJAY R.J.: "Benefit shares and majority voting" *American Economic Review* (AER), March 1976.
- DAHLBER L.; JAKOBSON V.: "On the effects of different patterns of Public Consumption Expenditures". *Review of Income and Wealth*, 1977.

- FAN L-S: "On the reward system", *AER* 1975.
- LEVY FERDINAND K.: "Economic analysis of the non-profit institution: The case of the private University". *Public Choice* Spring 1968.
- FLOWERS M.R.: "Costs of collective decisions, choice of tax base and median voter equilibrium" *Public Finance Quarterly*, July 1978.
- FOX W.F.: "The public good demand function: A comment". *Public Finance Quarterly*, April 1980.
- FUCHS V.R.: "*The Service Economy*". National Bureau of Economic Research. New York 1968.
- GEORGESCU-ROEGEN N.: "The economics of production". *AER* 1970 Papers and Proceedings.
- GRAMLICH E.M., RUBINFELD D.L., SWIFT D.A.: "Why voters turn for tax limitation votes". *National Tax Journal*, vol XXXIV 1980.
- HELLER P.S.: "Diverging trends in the shares of nominal and real Government Expenditure in GDP: Implications for policy" *National Tax Journal* vol XXXIV 1980.
- HIRSCH W.Z.: "*Urban Economic Analysis*". Mc Graw Hill. New York, 1973.
- HOLMES R.G.: "Control of Government Expenditure: Some institutional considerations 1/" *International Monetary Fund*, Departmental Memoranda, Fiscal Affairs Department 1982.
- HJERPPE R.T.: "The measurement of real output of public sector services". *Review of Income and Wealth*, 1980.
- INMAN R.P.: "Testing political economy's "as if" proposition: Is the median voter really decisive?". *Public Choice* n° 33, 1978.
- JACKSON P.M.: "*The Public Expenditure Cuts: Rationale and Consequences*" *Institute of Fiscal Studies*, 1978.
- JACKSON P.M., ULPH D.T.: "The relative prices of public sector and private sector goods". *Discussion Paper* n° 15. University of Stirling, March 1973.
- JHUN U-J., YOO J.H.: "The public good demand function: Tax share as the dependent variable". *Public Finance Quarterly* 1978.
- LANCASTER K.: "The measurement of changes in quality". *Review of Income and Wealth* 1977.
- LEIBSTEIN H.: "Allocative Efficiency versus X-Efficiency" *AER* 1966.
- LAVE J.R., LAVE L.B., SILVERMAN L.P.: "A proposal for incentive re-imburement for hospitals" *Medical Care*, April 1973.
- MARGOLIS J. (ed): "*The analysis of Public output*". National Bureau of Economic Research, 1970.
- MAYNARD A., LUDBROOK A.: "Budget Allocation in the National

- Health Service" *York Reprinted Series*. University of York 1979.
- MIGUE J.L., BELANGER G.: "Towards a General Theory of Managerial Discretion" *Public Choice* 1974.
- NADIRI M.I.: "Some approaches to the theory and measurement of the total factor productivity: A Survey". *Journal of Economic Literature*, vol VIII.
- NEWHOUSE J.: "Toward a theory of non-profit institutions: An economic model of a Hospital" *AER* n° 60, 1970.
- OCDE: "The rise in Public Expenditure" *OCDE Observer*, 1979.
"Direct job creation in the Public Sector". Paris 1980.
- PAULY M.V.: "Efficiency, Incentive and Reimbursements for Healths Care". *Inquiry* vol VII, 1.
- PEACOCK A., RICKETS M.: "The growth of the Public Sector and Inflation" a Hirsch F Goldthorpe J.H. "*the political economy of inflation*" Martin Robertson, 1978.
- PEACOCK A., WISEMAN J.: "Approaches to the analysis of Government Growth" *Public Finance Quaterly*, 1979.
- PESKING H.M., PESKIN J.: "The valuation of non-market activities in income accounting". *Review of income and Wealth*, 1978.
- PLUTA J.E.: "Real Public Sector Growth and decline in developing countries". *Public Finance* n° 3, 1981.
- POMMEREHNE W.W.: Institutional approaches to Public Expenditure: Empirical evidence from Swiss municipalities". *Journal of Public Economics*, 9, 1978.
- PRICE R.W.: "Public expenditures: Policy and control" *National Institute Economic Review*, 1978.
- RO K-K, AUSTER R.: "An output approach to incentive reimbursement for hospitals". *Health Services Research*, fall 1969.
- ROMER T., ROSENTHAL H.: "The elusive median voter". *Journal of Public Economics*, 12, 1979.
"Political resource allocation, controlled agendas and the status quo". *Public Choice* n° 33, 1978.
- ROSS H., BURKHEAD R.: citat a "*La calidad de vida en España*" J. García Durán i A. Puig Bastard. Ed. Moneda y Crédito, 1976.
- SCHULTZE C.L.: "The role of incentives, penalties and rewards in attaining effective policy" a "*The analysis and evaluation of Public Expenditures: the PPBS*". Joint Committee. Congress of USA, 1969.
- SKOLKA J.V.: "The substitution of self service activities for marketed services". *Review of Income and Wealth*, 1976.
"Unbalanced Productivity Growth and the Growth of Public Services". *Journal of Public Economics* n° 7, 1977.
- SMITH V.K.: "Unbalanced productivity growth and the growth of public services: A comment" *Journal of Public Economics* 1978.

- SPANN R.M.: "Rates of productivity change and the growth of State and Local Government expenditures" a T E Borcharding "*Bud gets and Bureaucrats*" NBER, 1975.
- "The macroeconomics of unbalanced growth and the expanding Public Sector". *Journal of Public Economics* n° 8, 1977.
- STIGLER G.: "Director's Law and Public Income Distribution". *Journal of Law and Economics*, April, 1970.
- TAYLOR C.T., GODLEY W.A.H.: "Principles and problems in the measurement of Public Expenditure" University of *Cambridge Discussion Paper*, 1976.
- VAN DEN BELD C.A.: "The growth of employment in the Public Sector and in the private sector", paper presentat a la "*Expert Conference on the Structural Determinants of Employment and Unemployment*" OCDE, 1977.
- WEEDEN R.: "Geographic variations in the cost of Health service inputs" *Government Economic Service Working Paper* n° 35, 1980.
- WEISBROD B.A.: "Toward a theory of the voluntary non-profit sector in a three sector economy" a E. Phelps (ed) "*Altruism, morality and economic theory*". New York Russell Sage Foundation, 1975.
- WEITZMAN M.L.: "The new Soviet incentive model". *The Bell Journal of economics*, 1976.
- WEST P.A.: "Allocation and equity in the Public Sector: The hospital revenue allocation formula". *Applied Economics*, n° 5, 1973.

PRINCIPIO DE GENERALIDAD Y PODER TRIBUTARIO DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS (*)

ALEJANDRO MENENDEZ MORENO

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Una aproximación inicial al tema planteado en la presente comunicación puede hacerse recordando lo preceptuado en el art. 157.1 de la vigente Constitución española, según el cual, entre los recursos de las Comunidades Autónomas están: a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargo sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado. b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales...” (1) y teniendo presente, a la vez que este precepto, el reconocimiento del principio de generalidad tributaria, manifestado en dicho texto constitucional en el art. 31.1, en el que se dispone que “*todos* contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de *igualdad* y *progresividad*...”.

Efectivamente, el reconocimiento de la posibilidad de establecer libremente sus principios tributos o recargos sobre impuestos del Estado, por cada una de las Comunidades Autónomas, y la necesidad, por otra

(*) El presente trabajo fue presentado como Comunicación a las Jornadas de estudio sobre “Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)”, organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

(1) Es conveniente también, recordar lo establecido en el art. 4º 1. b) y d) de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas —en adelante LOFCA—, de 22 de septiembre de 1980, según el cual: “De conformidad con el apartado uno del artículo ciento cincuenta y siete de la Constitución, y sin perjuicio de lo establecido en el resto del articulado, los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:... b) sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales... d) Los recargos que pudieran establecerse sobre los impuestos del Estado...”.

parte, de la tributación "igual para todos", parecen objetivos difíciles de compatibilizar, al menos en una primera impresión derivada del significado original y más sencillo de las ideas expresadas en estos preceptos constitucionales. El problema que aquí se plantea, suscitado también por Tejerizo Lopez (2), requiere, sin embargo, una reflexión por encima de esta inicial apariencia, reflexión que pretendemos llevar a cabo, si quiera sea a grandes rasgos, en el presente trabajo.

La potestad tributaria de las Comunidades Autónomas es una manifestación concreta de su potestad normativa, y más específicamente de su potestad legislativa (3). Con respecto de ésta, cabe decir que no está expresamente recogida en la Constitución, que en ningún momento utiliza la expresión "leyes regionales", aun cuando no parece aventurado afirmar que las Comunidades Autónomas pueden dictar normas legales, a la vista de la previsión del artículo 152.1º de la Constitución, en el sentido de que uno de los órganos de dichas Comunidades es la Asamblea Legislativa; y a la vista también, de las referencias de los artículos 150.1 y 153 a) del mismo texto constitucional, en el sentido de que las Comunidades Autónomas pueden, con referencia a supuestos determinados, dictar "normas legislativas" o "disposiciones normativas con fuerza de Ley". Como ha señalado Ramallo Massanet, el Estatuto de Autonomía "se comporta como Ley de habilitación que permite al Parlamento autónomo legislar en las materias en él contenidas. En este sentido el Estatuto es una condición necesaria, pero también suficiente para la actividad

(2) Esta es su opinión al respecto: "La existencia de un sistema propio de las Comunidades está previsto en el art. 157:1.b), pero no se dice en ningún precepto que este sistema deba ser homogéneo, sino que parece existir, al menos en línea de principio, la posibilidad de que cada Comunidad tenga un sistema tributario que no sea igual, en todo o en parte, con el de otras Comunidades. Es más, esto es lo que ocurre en los Estatutos que han sido presentados para su aprobación por las Cortes generales. Esta situación puede suponer, y aquí no hacemos otra cosa que apuntar la idea, una conculcación del principio de generalidad al que nos estamos refiriendo". Ver José Manuel TEJERIZO LOPEZ: "Las fuentes del Derecho financiero a la luz de la Constitución", en "La Constitución Española y las fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Volumen III, pág. 2007.

(3) PALAO TABOADA considera restringida la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas, de forma que en su opinión "tributos propios son aquellos que las regiones establecen de conformidad con las autorizaciones que otorguen las leyes del Estado y dentro de los límites que éstas señalen. Esto es a lo que queda reducida en la realidad, al menos por lo que respecto a los tributos, la autonomía financiera tan solemnemente proclamada... La concesión de poder financiero solamente derivado veda a las regiones la creación de impuestos no autorizados por la Ley estatal, es decir, niega a dichos entes el que la doctrina alemana denomina derecho a inventar impuestos". Véase "La Hacienda Regional y la Constitución Española", en Revista de Estudios Regionales, nº 2, julio-diciembre 1978, pág. 159.

legislativa de la Comunidad Autónoma" (4).

De acuerdo, pues, con el reconocimiento de esta potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, cabe señalar que el establecimiento de sus propios tributos habrá de hacerse ejercitando dicha potestad, a la luz de la reserva de Ley recogida para esta materia, contemplada en el art. 31.3 de la Constitución (5), según interpretación mayoritaria de los autores (6). Y otro tanto habrá que predicar del establecimiento de posibles recargos sobre los impuestos del Estado. Justamente, el aspecto que presenta interés para nosotros —cual es el de la incidencia de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas en el respeto del principio de generalidad—, en realidad incide particularmente en estas dos situaciones: el establecimiento de tributos propios (7) y de los recargos sobre impuestos del Estado (8), cuya verificación por el ordenamiento

(5) Ver Juan RAMALLO MASSANET: "Incidencia de la Constitución española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas", en "Hacienda y Constitución", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág. 87.

(5) Como se recordará, este artículo dispone que "sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley".

(6) El propio RAMALLO MASSANET señala que "el principio de reserva de Ley del artículo 31.3, hace referencia tanto a la ley estatal como a la territorial". En contra PALAO TABOADA, en la cita anterior referente a este autor.

(7) El art. 6º de la LOFCA, dispone al respecto: "1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y exigir sus propios tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes. 2. Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado. 3. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro. 4. Cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponible gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas". RO-VIRA MOLA, en fecha anterior a la aparición de la LOFCA, consideraba como tributos propios de los entes inferiores —y entiendo que en la actualidad puede seguirse manteniendo básicamente la misma noción— los que estuvieran en alguna de estas dos situaciones: a) recaer sobre una materia imponible no gravada por el Estado; b) recaer sobre una materia ya gravada por el Estado, pero bajo otro concepto. Véase: "Los fondos fiscales con finalidad redistributiva", Instituto de Estudios de Administración Local Madrid, 1976, pág. 155 y ss.

(8) El art. 12 de la LOFCA, establece sobre este punto: "1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer recargos sobre los impuestos estatales cedidos, así como sobre los no cedidos que graven la renta o el patrimonio de las personas físicas con domicilio fiscal en su territorio. 2. Los recargos previstos en el apartado anterior no podrán configurarse de forma que puedan suponer una minorización en los ingresos del Estado por dichos impuestos, ni desvirtuar la naturaleza o estructura de los mismos".

jurídico de las Comunidades Autónomas, puede conllevar una diferente presión fiscal entre los residentes de las distintas Comunidades.

Dando un paso más en la delimitación del problema que se suscita en el presente trabajo, cabe indicar, asimismo, que, concretamente, las dudas en torno a la posibilidad de vulnerar el principio de generalidad tributaria, se han suscitado exclusivamente respecto de una clase de tributos, los impuestos, y no así sobre las tasas y las contribuciones especiales. Como ha escrito a este respecto Simón Acosta “en esta línea el mayor interés lo ofrecen los impuestos regionales porque constituyen el punto álgido donde las opiniones se encuentran y chocan con más dureza, tanto en el terreno científico como en el campo de las opciones políticas” (9). La razón de ello puede explicarse, porque para las tasas y las contribuciones especiales, el gravamen recae solamente sobre aquellos en quienes incide expresamente una actividad administrativa —en este supuesto una actividad de la Comunidad Autónoma— que obtiene, de este modo, una compensación económica de quienes en concreto se ven afectados por dicha actividad (10). En el caso de los impuestos, sin embargo, esa actividad administrativa no tiene una incidencia particularizable, como es sabido, sino que su exacción se establece prescindiendo de que afecte a sujetos concretos, y en función de una manifestación de capacidad económica gravable por parte de éstos.

(9) Véase Eugenio SIMON ACOSTA “*La autonomía financiera de las regiones*”, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cáceres, Cáceres, 1978, pág. 30.

(10) La regulación de las tasas y contribuciones especiales de las Comunidades Autónomas está contemplada en los arts. 7º y 8º de la LOFCA, que por su interés reproducimos.

Art. 7º: “Las Comunidades Autónomas podrán establecer tasas sobre la utilización de su dominio público, la prestación por ellas de un servicio público o la realización por las mismas de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo. 2. Cuando el Estado o las Corporaciones Locales transfieran a las Comunidades Autónomas bienes de dominio público para cuya utilización estuvieran establecidas tasas o competencias en cuya ejecución o desarrollo presten servicios o realicen actividades igualmente gravadas con tasas, aquéllas y éstas se considerarán como tributos propios de las respectivas Comunidades. 3. El rendimiento previsto para cada tasa por la prestación de servicios o realización de actividades no podrá sobrepasar el coste de dichos servicios o actividades. 4. Para la fijación de las tarifas de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica, siempre que la naturaleza de aquélla se lo permita”.

Art. 8º: “1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer contribuciones especiales por la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización por las mismas de obras públicas o del establecimiento o ampliación a su costa de servicios públicos. 2. La recaudación por la contribución especial no podrá superar el coste de la obra o del establecimiento o ampliación del servicio soportado por la Comunidad Autónoma”.

En esta última hipótesis, la postura que considera irreconciliable el respeto al principio constitucional de generalidad con la potestad de las Comunidades Autónomas de establecer sus propios impuestos y recargos sobre impuestos del Estado, se fundamenta, básicamente, en el hecho de que el tratamiento de las capacidades económicas gravables será distinto en el marco de las diferentes Comunidades Autónomas que integran el territorio del Estado. El establecimiento de impuestos propios y de recargos por las Comunidades Autónomas supondría de este modo una sobretributación, no relacionada, como ocurre en el caso de las tasas y contribuciones especiales, con una actividad administrativa que incida en quien soporta la carga del tributo, y, en consecuencia, concluyen los sostenedores de esta postura, improcedente e irrespetuoso con el principio de generalidad.

La posición que acaba de exponerse la mantiene Simón Acosta, quien, tomando como criterio de medición de la igualdad de los contribuyentes su respectiva capacidad económica, considera que la realización del hecho imponible en el ámbito territorial de una región o de otra no es un elemento relevante que haga variar el mencionado criterio de igualdad, y concluye, por ello, negando la posibilidad de establecer desigualdades impositivas basadas en el lugar de realización del hecho imponible (11). Esta afirmación la refiere el citado autor exclusivamente a los impuestos, admitiendo, en cambio, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas tengan sus propias tasas y contribuciones especiales, porque "son tributos que no se basan en la riqueza sino en el gasto que realiza la región" (12).

Un criterio parecido, aun cuando su opinión no esté formulada en términos tan tajantes, parece desprenderse de estas palabras de Lasarte: "La coincidencia dentro de una frontera nacional de varias esferas impositivas exige su coordinación. Por tanto, un mismo hecho imponible no debe ser objeto de tributación múltiple. Se opone a ello el criterio de

(11) En efecto, dice SIMÓN ACOSTA: "Cabe preguntarse si, junto a la capacidad contributiva, la realización del hecho imponible en el ámbito territorial de una región o de otra puede ser un elemento relevante para determinar si existe, a efectos jurídicos, igualdad o no entre un presupuesto de hecho y otro. Parece que la respuesta ha de ser claramente negativa mientras no exista una disposición constitucional que así lo autorice, exceptuando de este modo al principio de capacidad económica. De lege ferenda y sobre la oportunidad o conveniencia de introducir este nuevo elemento de discriminación, ha de tenerse en cuenta entre otras razones positivas o negativas, que uno de los corrosivos más potentes que afectan a los tributos es la desigualdad entre situaciones económicamente iguales..." Ver, ob. cit., pág. 52.

(12) Véase, ob. cit., pág. 60.

racionalidad que implica todo sistema tributario y la necesidad de un equitativo reparto de la carga fiscal, de modo que queden gravadas todas las manifestaciones de capacidad económica y todas ellas soporten una equivalente detracción fiscal" (13). También Albiñana se muestra receloso a la admisión del impuesto como instrumento idóneo para la financiación de las Comunidades Autónomas, aunque considera legítima la utilización de esta modalidad tributaria, cuando, por las circunstancias económicas regionales, el impuesto actúa como un "precio" y se configura en base no al principio de "capacidad de pago" sino al de "beneficio" (14). En línea parecida de pensamiento se manifiesta Martínez Genique respecto a los recargos sobre impuestos estatales, considerando admisible un recargo autónomo en el impuesto personal sobre la renta a pagar por los residentes en el respectivo territorio de la Comunidad regional, e improcedente el que recayera sobre los impuestos que más directamente afectan a la vida de las empresas, esto es, los que gravan sus beneficios y ventas (15). Por su parte, para la Comisión Layfield "la cuestión de la similitud y de la justicia —en este punto que estamos abordando— es más cuestión de opinión que de una simple aplicación automática de un principio" (16).

Si los autores que hemos citado encuentran —desde luego con matices diversos entre ellos— difícil compatibilizar la desigual presión impositiva y el principio de generalidad, hay otros que no observan mayores dificultades en la posibilidad de que las Comunidades Autónomas tengan sus propios impuestos o establezcan recargos sobre impuestos esta-

(13) Ver Javier LASARTE: "*La financiación de las Comunidades Autónomas*", en *Revista de Estudios Regionales*, Vol. I, 1979, (Extraordinario), pág. 489.

(14) Dice ALBIÑANA: "Por otro lado, también son aleccionadoras las propuestas de descentralización que en la vertiente de los ingresos se formulan. Propuestas que vienen a ser coetáneas con la resurrección del principio de "beneficio" frente al de "capacidad de pago", incluso en la rama de los impuestos, y a pesar de que este último venía abriéndose paso, aunque trabajosamente, en el campo de las tasas", que son el prototipo del principio de "equivalencia" económica. Es obvio que en las regiones con altas y cualificadas provisiones de bienes públicos, de un lado, y con alto nivel de renta personal media, de otro, pueden costearse los bienes y servicios públicos según el principio de "beneficio", pues el impuesto actúa como un "precio". Pero este circuito cerrado en el plano regional, implica negar a las demás Haciendas Regionales las subvenciones y demás transferencias que la solidaridad exige siquiera sea a escala nacional". Ver César ALBIÑANA: "*Las Haciendas Regionales: Condiciones y objetivos*", en *Revista de Estudios Regionales*, nº 4, julio-diciembre, 1979, págs. 156 y s.

(15) Véase Alberto MARTÍNEZ GENIQUE: "*Financiación de los entes territoriales autónomos*" en "*Estudios sobre el proyecto de Constitución*" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 650.

(16) Ver Comisión LAYFIELD: "*La reforma de las Haciendas Locales*", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pág. 133.

tales. Así, García Añoveros señala que en el marco de cada Comunidad Autónoma "la presión fiscal no es sino la respuesta a la demanda social de servicios públicos y nada impide, por tanto, la diferente intensidad en los distintos ámbitos territoriales en la prestación de este tipo de servicios" (17). Y, prácticamente en el mismo sentido, se han manifestado Casado Ollero (18), Linares Martín de Rosales (19), Pedros Abelló (20) y Fernández Ordoñez (21), entre otros autores (22). En todo caso, habría que matizar únicamente, en el seno de esta corriente de opinión, en el sentido manifestado por Palao Taboada, que "el principio de igualdad solamente es incompatible con las discriminaciones manifestamente arbitrarias y, por tanto, deja un amplio campo al juego de decisiones políticas basadas en consideraciones y valoraciones muy diversas" (23).

A la vista de las opiniones doctrinales contrastadas, puede decirse, sintéticamente, que frente a las posiciones inicialmente recogidas, cabe advertir la presencia de autores que sostienen la posibilidad de diferente presión fiscal entre los distintos territorios de las Comunidades Autónomas, procedente de sus respectivos recargos e impuestos propios, sin que ello implique vulnerar el principio de generalidad tributaria. El fundamento básico en que se apoya esta tesis consiste en reconocer que esta desigual presión fiscal soportada, tiene justificación cuando se perciben mejores y/o mayor número de servicios públicos, en el marco de la Comunidad Autónoma. Pero esta postura, que consideramos acertada, de-

(17) "Discurso de clausura de las Jornadas de Estudio sobre la Constitución y las Fuentes del Derecho", en "La Constitución y las Fuentes del Derecho", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág. 2125.

(18) Ver su obra: "El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas", Publicaciones del Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981, págs. 133 y s.

(19) Véase: "La Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas: comentarios", Hacienda Pública Española, nº 65, 1980, pág. 142. Y del mismo autor: "Régimen Financiero de las Comunidades Autónomas Españolas", Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1981, págs. 45, 46 y 75.

(20) Ver Alejandro PEDROS ABELLO: "Principios de la Hacienda Regional", en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 577.

(21) Véase "Las Haciendas Regionales", en Crónica Tributaria, nº 26, pág. 147.

(22) Desde la óptica fundamentalmente de la Ciencia Económica, E. ALBI IBAÑEZ, J.A. BLANCO-MAGADA y F. FERNANDEZ MARUGAN, escriben: "Desde el punto de vista de la equidad es admisible una presión fiscal diferente en la prestación de los servicios públicos. El respeto al principio de autonomía financiera implica la aceptación de diferentes grados de presión fiscal a nivel territorial". Ver su artículo "La problemática financiera de las autonomías regionales: una aproximación", en Revista de Economía y Hacienda Local, nº 22, 1978, pág. 53.

(23) Ver Carlos PALAO TABOADA: "La Hacienda Regional y la Constitución Española", ob. cit. págs. 162 y 163.

be, sin embargo, contrastarse en relación con este fundamento básico que acaba de ser utilizado.

En efecto, lo argumentado arranca de la consideración de la validez del comúnmente denominado principio del "beneficio" para justificar el establecimiento de los tributos, según el cual, éstos se justifican en función de ese "beneficio" que a los sujetos pasivos les reportan los gastos públicos. Ahora bien, este principio ha inspirado tradicionalmente el establecimiento de tasas y contribuciones especiales (como ya se ha dicho), pero no el establecimiento de impuestos y recargos impositivos —figuras tributarias a las que nos estamos refiriendo—, que se han fundamentado tradicionalmente en el principio de "capacidad económica" y no en el principio del "beneficio". En este sentido, pues, la justificación que se ha dado para considerar compatibles las desigualdades impositivas interregionales con el respeto al principio de generalidad (24), resulta, al menos de una primera impresión, anómala.

Es, justamente, esta reflexión que se acaba de hacer, la que nos sugiere la conveniencia de profundizar en el significado de los principios del "beneficio", "capacidad" y "generalidad" que se están utilizando, para poder ofrecer nuestra visión personal de la cuestión suscitada.

En este punto partimos de la consideración de que el principio que debe operar básicamente en la conformación de las normas del ordenamiento jurídico-tributario es el de la capacidad contributiva. Esta idea nos lleva a la convicción de que la ordenación más justa de todos los tributos, esto es, tanto de las tasas como de las contribuciones especiales y de los impuestos; ha de hacerse —aún cuando ello no sea siempre positivamente así— contando con la capacidad contributiva de los sujetos pasivos (25). Esta afirmación implica, consecuentemente, considerar

(24) Comentando las posibles peculiaridades del principio de generalidad tributaria referido al ámbito territorial de las regiones, J. M. TEJERIZO LOPEZ ha señalado: "La generalidad tributaria puede tener varias acepciones y sobre todo puede hacer referencia a diferentes ámbitos territoriales. En efecto, es posible entender que en el sistema tributario estatal la generalidad afecta a la situación de todas las personas sometidas a los tributos que lo constituyen; mientras que la generalidad aplicada a un sistema tributario regional hace referencia exclusiva a las personas que se encuentren sometidas al mismo. En este caso, atentaría contra el principio expresado cualquier discriminación realizada entre las personas que deben soportar los tributos establecidos por una Comunidad autónoma". Ver "*Competencias del Tribunal Constitucional en materia tributaria*", en "*El Tribunal Constitucional*", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 2643.

(25) Téngase en cuenta que el propio texto constitucional da pie a esta interpretación cuando, en el art. 31.1, se indica que "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos

que el principio del beneficio debe subordinarse al de capacidad de manera tal, que las tasas y contribuciones especiales, que se fundamentaban tradicionalmente en el beneficio obtenido por el sujeto pasivo, sólo deberían establecerse cuando la índole de la actividad administrativa que constituya su hecho imponible, pusiera de manifiesto implícitamente, pero de forma inequívoca la capacidad contributiva de los sujetos pasivos de las mismas, beneficiarios de la actividad o servicios públicos. De esta forma, el "beneficio" sería el criterio utilizado para medir la "capacidad" de los contribuyentes, en aquellos tributos destinados a financiar los gastos públicos divisibles, pero no podría utilizarse como criterio independiente del de capacidad (26).

En este marco argumental teórico, pues, la capacidad contributiva funcionaría como criterio ordenador básico de los tributos y, desde luego, de los impuestos. Ahora bien, la relación entre los gastos públicos y los ingresos impositivos ordenados siguiendo este criterio de "capacidad", al no poderse evaluar el "beneficio" percibido por los sujetos pasivos, se articula exigiendo más de quien más tiene, puesto que el principio de generalidad tributaria, de equidad tributaria (27), en su formula-

públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo...". Esta referencia global al "sistema tributario" nos mueve a creer que, en efecto, el principio de capacidad económica debe condicionar la regulación de todos los elementos integrantes de dicho sistema tributario, esto es, de las tasas, contribuciones especiales e impuestos.

Menor nitidez refleja en este punto el art. 7.º 4 de la LOFCA, según el cual "para la fijación de las tarifas de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica, siempre que la naturaleza de aquella se lo permita". Con todo, a la vista del texto constitucional precedente, no parece ilógico interpretar este precepto de la LOFCA en el sentido de que la utilización de "criterios genéricos de capacidad económica", serían complementarios de los criterios concretos de capacidad económica necesariamente presentes en los hechos imponibles de las tasas.

(26) Consecuentemente con lo que se acaba de indicar, considero improcedente el establecimiento de tasas y contribuciones especiales para financiar actuaciones administrativas destinadas a satisfacer necesidades básicas de los ciudadanos, aun cuando el "beneficio" obtenido por ellos fuera evidente y medible. Esta subordinación del principio del "beneficio" al de "capacidad" es conveniente, en cuanto criterio general válido para establecer la clase de tributo (impuesto o tasa, o impuesto o contribución especial) con que financiar un determinado gasto público: sólo en cuanto la actuación administrativa ponga de manifiesto un adecuado nivel de "capacidad" de los contribuyentes, podrá financiarse tomando en cuenta el "beneficio" que a éstos le reporte. Entiendo, además, que este criterio es más conforme con el mandato constitucional que el criterio de la naturaleza del gasto, según el cual los gastos indivisibles se financiarían mediante impuestos y los divisibles mediante tasas y contribuciones especiales.

(27) A propósito de la relación entre los denominados principios de igualdad y generalidad, M. CORTES DOMINGUEZ y J. M. MARTIN DELGADO, señalan esclarecedoramente que "si la equitativa distribución de las cargas fiscales es la expresión tributaria

ción correcta, exige el tratamiento igual de los iguales, y su consecuente de trato desigual de los desiguales (28).

Desde la perspectiva que se viene exponiendo, el tratamiento desigual, en materia de impuestos, entre los sujetos de una Comunidad Autónoma respecto a los de las demás, sólo podrá evaluarse, positiva o negativamente, en función de los gastos públicos globales de cada Comunidad y de los criterios adoptados para la medición de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos; pero no en función de los "beneficios" obtenidos particularmente por dichos sujetos pasivos sometidos a su poder de imposición. Y esta conclusión entiendo debe ser particularmente resaltada, porque pone de manifiesto la trascendental importancia —no siempre debidamente tomada en consideración— del gasto público en toda la ordenación jurídica de la materia financiera, incluso en un ámbito aparentemente restringido al campo de los ingresos públicos; y, además, expresa la conexión, tantas veces inescindible, existente ente dichos ingresos y los gastos públicos (29).

La postura que hemos adoptado está, pues, a favor de la compatibilidad teórica entre el sistema de recargos e impuestos propios de las Comunidades Autónomas y el respeto al principio de generalidad tributaria. Ello no obsta, sin embargo, para reconocer las dificultades que la comprobación y verificación de esa compatibilidad plantea: la medición de los gastos públicos; la oportunidad en su distribución; la ade-

de la igualdad ante la Ley, ésta implica la generalidad, que no es más que un reflejo de la propia igualdad". Ver su *"Ordenamiento tributario español"*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 89.

(28) Analizando el significado del principio de capacidad, J. M. MARTIN DELGADO, hace estas interesantes observaciones que resultan oportunas respecto de lo que acabamos de indicar: "Junto a esta primera conclusión de que la capacidad económica aparece siempre identificada con la titularidad de una riqueza, podemos obtener otras tres, fruto del mismo análisis: 1. Que no toda titularidad de riqueza, justifica y legítima la imposición tributaria. 2. Que a distintos niveles de titularidad de riqueza corresponde una tributación distinta. 3. Y que, a niveles de riqueza iguales pero cualitativamente diferenciados, corresponde también una diversa tributación". Véase *"El control constitucional del principio de capacidad económica"*, en *"El Tribunal Constitucional"*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, Volumen II, pág. 1587.

(29) Pueden recordarse al respecto estas palabras de RAMALLO MASSANET, suficientemente significativas: "... ingresos y gastos se encuentran hasta tal punto vinculados que, de momento, no es posible determinar la primacía de unos sobre otros. Normalmente, se tratará de un equilibrio razonable entre ambos, que, en el terreno de lo práctico, nos conducirá a las concepciones políticas de actividad financiera y, en el de los conceptos jurídicos, a buscar su fundamento más allá de la pura dialéctica gastos-ingresos". Ver *"El sistema financiero de las corporaciones locales en el derecho alemán"*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, pág. 163.

cuación a los ingresos obtenidos; las formas de medición de la capacidad contributiva; la dificultad de precisar los verdaderos sujetos pasivos tributarios (30); etc. (31), son algunas de las manifestaciones de esas dificultades que habrán de tenerse en cuenta a la hora de articular realmente los sistemas impositivos y recargos propios de las Comunidades Autónomas (32). Ahora bien, si estas dificultades se saben y pueden superar, el que entre los ciudadanos españoles paguen más aquellos que estén en la órbita del poder tributario de las Comunidades Autónomas

(30) A este respecto han escrito J.V. SEVILLA SEGURA y F. M. FERNANDEZ MARRUGAN, que "así como en el caso de los impuestos cedidos su selección puede responder a criterios distintos ya que, en gran medida, sólo constituyen una cifra de referencia a efectos de determinar la participación de la Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado, en el caso de la imposición propia —tanto si son impuestos como si son recargos— la selección resulta crucial, debiendo recaer exclusivamente en aquellas figuras tributarias que sean efectivamente soportadas por los habitantes de la Comunidad Autónoma que las establezca, para lo cual es preciso disponer de ciertas hipótesis sobre el fenómeno de la traslación impositiva". Véase *"La financiación de la autonomía en España: situación y perspectiva"*, en Revista de Estudios Regionales, nº 6, julio-diciembre, 1980, pág. 133.

(31) Deben recordarse a este respecto, los límites establecidos a la imposición propia de las Comunidades Autónomas en el art. 6º de la LOFCA, reproducido anteriormente, así como en su art. 9º, según el cual: "Las Comunidades Autónomas podrán establecer sus propios impuestos, respetando, además de lo establecido en el artículo sexto de esta Ley, los siguientes principios: a) No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. b) No podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo. c) No podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías, y servicios capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de Empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º 1.a), ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades". A la vista de este precepto y de los ya reproducidos, del entonces proyecto de la LOFCA, B. MEDEL CAMARA comentaba que "la amplitud de la capacidad tributaria propia de las regiones viene fuertemente limitada por el principio de coordinación de la actividad financiera de las Comunidades autónomas con la hacienda del Estado"; ver su artículo *"El sistema de ingresos tributarios de las comunidades autónomas: El proyecto de LOFCA y los Estatutos de Autonomía"*, en Revista de Estudios Regionales, extraordinario, Vol. II, 1980, pág. 527.

(32) Téngase en cuenta, además, que estos gastos irán normalmente destinados a cubrir necesidades públicas situadas por encima de los denominados servicios mínimos. A este respecto, debe recordarse lo establecido en los apartados 1 y 3 del art. 15 de la LOFCA, según los cuales: "1. El Estado garantizará en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios fundamentales de su competencia... 3. Se considerará nivel mínimo de prestación de los servicios públicos, a los que hacen referencia los apartados anteriores, el nivel medio de los mismos en el territorio nacional".

que asuman mayores niveles de gastos (33), habrá de considerarse necesariamente positivo, en cuanto ello sería manifestación del cumplimiento del principio de capacidad económica reconocido en la Constitución.

(33) Juan MARTIN QUERALT advierte las posibles dificultades cuando escribe: "Es este, sin duda, un terreno abonado a la problemática, aún cuando, racionalizándola, no es difícil caer en la cuenta de que nos encontramos ante un problema con un contenido mucho más emocional, visceral si se quiere, que real. A este respecto deben tenerse en cuenta varios factores, de una parte, que jurídicamente —y ello ya ha sido señalado repetidamente por cuantos autores han estudiado el tema— es difícil encontrar un hueco en el repertorio de hechos imponibles susceptibles de ser asumidos ex novo como fuente de ingresos. De otra parte, que políticamente el establecimiento de nuevos tributos —especialmente en momentos en que la reforma fiscal recibe crítica por todos los flancos— debería de realizarse arrastrando la creciente carga de impopularidad que ello conlleva". Ver "*Fiscalidad y conflictos constitucionales positivos de competencia entre Comunidades Autónomas*", en "*El Tribunal Constitucional*", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. II, pág. 1653.

IVAN C. IBAN, *Derecho canónico y ciencia jurídica*, Sección de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1984, 485 págs.

En el prólogo, Alberto de la Hera realiza una elogiosa presentación del autor y de la obra al asegurar que es el resultado de la intensa entrega del Prof. Ibán a su vocación investigadora. De este modo, el Prof. Ibán continúa el trabajo de su maestro, "Introducción a la ciencia del Derecho económico", publicado a las puertas de la época conciliar.

Son cinco los capítulos que conforman el presente estudio, trabajado en profundidad, con gran rigor crítico y con aportación abundantísima de citas y datos de interés, sobre lo que es la ciencia jurídico-canónica, tema preferente de la canonística moderna. Pensamos, no obstante, que los títulos no dan la medida exacta de su contenido, que quizá de entrada puedan parecer las partes de una Memoria sobre concepto, método y fuentes del Derecho canónico. No es así. El Prof. Ibán va más lejos en el tratamiento de las cuestiones, ya que busca afanosamente soluciones jurídicas aptas que, traspasando los límites de lo puramente técnico, den respuestas válidas a las exigencias pastorales y prácticas del pueblo de Dios, que vive en y de la realidad de lo divino y lo humano, lo carismático y lo jurídico, en el tiempo y con una finalidad trascendente, a través del sacramento de salvación que es la Iglesia.

Consecuente con tales planteamientos, al ocuparse de la juridicidad como elemento esencial de la Iglesia, se muestra conciliador y partidario de aunar las posiciones de la Escuela sacramental y de la de Navarra; y al referirse a la polémica en torno al método aplicable al Derecho canónico es realista al sostener que la cuestión no es si se debe o no aplicar el método jurídico-secular, sino que, si se considera que al Derecho canónico, que es derecho, le conviene una metodología jurídica, ésta no ha de ser únicamente jurídico-secular, sino la que sea aplicable a todas las realidades jurídicas; concluyendo con que no se le pida que enuncie el autor aquí cuál es el método jurídico omnicompreensivo de la ficticia escisión metodológica, pues la búsqueda del método —el método del método— es tarea en la que está empeñada toda la ciencia jurídica como única meta.

A nuestro juicio este libro reúne, además de las cualidades de fondo apuntadas, un buen estilo y una cuidada impresión. Le auguramos la difusión y éxito que se merece sobre todo entre los juristas.

ANTONIO MOLINA MELIA, *Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Edicep, Valencia, 1983, 398 págs.

El libro refleja en su subtítulo, "Fuentes, textos, casos prácticos", la intención de su autor, profesor universitario y con largos años de docencia, de ofrecer a sus colegas y a los alumnos de Derecho un manual —hasta ahora único en su género, que sepamos— que sirva de auxiliar y complemento del libro de texto y de los apuntes de clase.

Fiel a tal propósito, de completar los conocimientos teóricos con la aplicación práctica, lo que es propio de las ciencias positivas como la del Derecho, el Prof. Molina pone al alcance del lector una amplia selección de fuentes, textos jurídicos y casos prácticos, relacionados con las principales materias que conforman esta asignatura, en su doble vertiente de Derecho canónico y Derecho eclesiástico. Lo que se evidencia con sólo contemplar la estructura de la obra: Cuestiones fundamentales de Derecho canónico, derecho matrimonial, relaciones Iglesia-Estado, la cuestión religiosa en las Constituciones y en los textos internacionales de derechos humanos, y fuentes del Derecho eclesiástico español.

Recomendamos esta antología jurídica como elemento valioso de trabajo en clases prácticas y seminarios y como ayuda indispensable a cuantos se inician en la investigación. Por su medio futuros profesionales e investigadores tendrán acceso a la genuinidad de las fuentes, convenientemente traducidas al castellano, y se beneficiarán de la riqueza de los textos, así históricos como vigentes.

Antonio Pérez Ramos

JORGE DE ESTEBAN y LUIS LOPEZ GUERRA: *Los partidos políticos en la España actual*, Planeta-Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1982, 230 págs.

Los partidos políticos son una pieza imprescindible en las democracias pluralistas de tipo occidental. Todo sistema político que prohíbe, por una u otra razón, las organizaciones partidistas puede ser justamente tildado de "autocrático". Los profesores De Estaban y López Guerra, catedráticos de Derecho Político de la Universidad Complutense de Madrid y la de Extremadura, respectivamente, parten de esta indiscutible realidad, afirmando que "la historia de los partidos políticos no es, en definitiva, sino la historia de la democracia".

Después de una breve pero muy estimable aproximación al fenómeno de los partidos, los autores analizan la evolución de éstos en el devenir histórico español, distinguiendo seis fases: el nacimiento y los comienzos de los partidos

ANTONIO MOLINA MELIA, *Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Edicep, Valencia, 1983, 398 págs.

El libro refleja en su subtítulo, "Fuentes, textos, casos prácticos", la intención de su autor, profesor universitario y con largos años de docencia, de ofrecer a sus colegas y a los alumnos de Derecho un manual —hasta ahora unico en su género, que sepamos— que sirva de auxiliar y complemento del libro de texto y de los apuntes de clase.

Fiel a tal propósito, de completar los conocimientos teóricos con la aplicación práctica, lo que es propio de las ciencias positivas como la del Derecho, el Prof. Molina pone al alcance del lector una amplia selección de fuentes, textos jurídicos y casos prácticos, relacionados con las principales materias que conforman esta asignatura, en su doble vertiente de Derecho canónico y Derecho eclesiástico. Lo que se evidencia con sólo contemplar la estructura de la obra: Cuestiones fundamentales de Derecho canónico, derecho matrimonial, relaciones Iglesia-Estado, la cuestión religiosa en las Constituciones y en los textos internacionales de derechos humanos, y fuentes del Derecho eclesiástico español.

Recomendamos esta antología jurídica como elemento valioso de trabajo en clases prácticas y seminarios y como ayuda indispensable a cuantos se inician en la investigación. Por su medio futuros profesionales e investigadores tendrán acceso a la genuinidad de las fuentes, convenientemente traducidas al castellano, y se beneficiarán de la riqueza de los textos, así históricos como vigentes.

Antonio Pérez Ramos

JORGE DE ESTEBAN y LUIS LOPEZ GUERRA: *Los partidos políticos en la España actual*, Planeta-Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1982, 230 págs.

Los partidos políticos son una pieza imprescindible en las democracias pluralistas de tipo occidental. Todo sistema político que prohíbe, por una u otra razón, las organizaciones partidistas puede ser justamente tildado de "autocrático". Los profesores De Estaban y López Guerra, catedráticos de Derecho Político de la Universidad Complutense de Madrid y la de Extremadura, respectivamente, parten de esta indiscutible realidad, afirmando que "la historia de los partidos políticos no es, en definitiva, sino la historia de la democracia".

Después de una breve pero muy estimable aproximación al fenómeno de los partidos, los autores analizan la evolución de éstos en el devenir histórico español, distinguiendo seis fases: el nacimiento y los comienzos de los partidos

políticos (1810-1876); su desarrollo organizativo (1874-1923); el intento de profundización de las organizaciones partidistas (la Segunda República); los partidos al final del período republicano; su situación durante el régimen del general Franco; y, finalmente, su intervención en la transición política. A continuación, la obra muestra, con rigor e insólita objetividad, la influencia que sobre nuestro actual sistema de partidos han ejercido factores tales como la herencia histórica, la peculiar transición a la democracia y las especialidades del contexto político español.

En la joven democracia española, tanto la práctica política como los preceptos constitucionales han dado a los partidos un papel protagonista en la vida política, convirtiéndolos —empleando palabras del Tribunal Constitucional— en asociaciones con “relevancia constitucional” (Sentencia 3/1981, de 2 de febrero). Precisamente por ello, la parte central de este meritorio trabajo está dedicada al estudio de las principales formaciones políticas del país, analizando sus orígenes, sus características organizativas, su evolución interna y sus perspectivas de futuro. Los autores pretenden además ofrecer una visión de conjunto *dinámica*, que permita a los lectores comprender “los cambios y mutaciones ocurridos en el seno de las organizaciones partidistas” e intuir “las líneas maestras en que éstas parecen moverse”.

De su capítulo conclusivo nos parecen especialmente destacables las siguientes consideraciones: 1ª) el sistema de partidos de un país está directamente condicionado por el marco constitucional, electoral, socio-económico e internacional; 2ª) el arraigo social de los partidos políticos españoles, y en consecuencia su número de militantes, es muy inferior al de sus homónimos europeos; 3ª) el carácter provisional del sistema de partidos durante la transición (1977-1982) ha tenido motivaciones estrictamente políticas, vinculadas al comportamiento de los principales actores políticos; y 4ª) la “personalización del poder”, en el terreno de la psicología social, ha determinado que el electorado tienda a votar más que a ideologías abstractas, a los líderes que circunstancialmente las encarnan.

Terminan sus conclusiones, con la expresión de una doble obligación moral. Por parte de todos los ciudadanos, la de “contribuir a arraigar los partidos políticos en la sociedad española, a hacerlos más democráticos en su funcionamiento y más eficaces en su gestión”. Y por parte de los propios partidos, la de “luchar por la consolidación de la democracia, por la superación de la crisis económica, por la reducción de la distancia entre clases sociales y por situar a este viejo país en el puesto que internacionalmente debe tener”.

Se trata, en definitiva, de una magnífica obra, escrita con especial rigor y elegancia, imprescindible para poder interpretar el sistema de partidos surgido en la transición política y el que —profundamente distinto a aquél— se ha configurado tras el 28 de octubre de 1982.

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

31. **Licencia apertura de caminos rurales.** Denegación por posible utilización de estos caminos con otros fines no agrarios. **Silencio positivo.** Estimación del recurso. *Sentencia de 3 de mayo de 1983.*
32. **Obras sin licencia.** La cuantía del recurso es el valor de las obras realizadas. Plazo de prescripción del año: interrupción por la incoación del expediente. Código penal texto supletorio en materia sancionadora. *Sentencia de 4 de mayo de 1983.*
33. **Licencia de obras para proceder a la apertura de caminos rurales.** Requisitos para que se dé el silencio positivo. No cabe ganar por silencio lo que no se hubiera otorgado a través de acto expreso. Zona forestal y de interés pasajístico en el Plan General. No se solicita parcelación. Parcelaciones urbanas y agrarias. Estimación del recurso. *Sentencia de 5 de mayo de 1983.*
34. **Licencia urbanística.** Apertura de camino rural. Naturaleza del silencio administrativo positivo. Denegación en base a la mera posibilidad de formación de núcleo urbano. Armonía del paisaje. Estimación del recurso. *Sentencia de 6 de mayo de 1983.*
35. **Expropiación forzosa.** Intereses de demora. **Incompetencia de la sala.** Notificación defectuosa al no indicar como órgano jurisdiccional competente a la Audiencia Nacional. La Administración debe volver a notificar. *Sentencia de 10 de mayo de 1983.*

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

36. **Sanción administrativa.** Juego de Bingo. **Principio de legalidad constitucional.** Aplicación de la Disposición Derogatoria 3ª de la Constitución respecto al Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 por afectar a derechos y libertades fundamentales. **Potestad reglamentaria del Gobierno.** Inconstitucionalidad del Reglamento del Bingo. *Sentencia de 11 de mayo de 1983*.*
37. **Actas de infracción.** Nulidad. Aplicación de las Ordenanzas Laborables como Derecho Dispositivo. Licitud de pacto individual derogatorio. Clasificación profesional errónea: atribuye derechos económicos al trabajador pero no puede ser objeto de sanción administrativa. *Sentencia de 13 de mayo de 1983*.*
38. **Sanción administrativa.** Juego de Bingo. **Principio de legalidad constitucional.** Inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977. **Potestad reglamentaria del Gobierno.** *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*
39. **Licencia de obras.** **Desviación de poder.** Denegación de licencia urbanísticamente otorgable al objeto de coaccionar al promotor de la urbanización. *Sentencia de 19 de mayo de 1983.*
40. **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.** Concepto positivo de rendimiento puro del trabajo; concepto doctrinal y positivo de rentas irregulares: no lo son los rendimientos obtenidos por un piloto de aviación. *Sentencia de 20 de mayo de 1983*.*
41. **Extranjeros.** **Libertad de residencia y circulación.** Expulsión de una súbdita chilena. **Principio de legalidad constitucional.** No tienen valor probatorio las meras afirmaciones policiales. *Sentencia de 26 de mayo de 1983.*
42. **Transportes.** Prolongación línea de autobuses hasta los límites del término municipal. Competencia municipal. No hay lugar a responsabilidad en favor de otra compañía. *Sentencia de 27 de mayo de 1983.*
43. **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.** Concepto positivo de rendimiento puro del trabajo. Concepto doctrinal y positivo de rentas irregulares: no lo son los rendimientos obtenidos por un piloto de aviación. *Sentencia de 30 de mayo de 1983.*
44. **Elecciones locales.** Proclamación de candidatos. Anulación de vo-

tos. Presunción de legalidad de la actuación de la Mesa electoral. Naturaleza del recurso contencioso electoral. *Sentencia de 13 de junio de 1983.*

45. **Contencioso electoral.** No se computan los votos emitidos por correo. Estimación del recurso. Validez de los votos emitidos por correo. Nulidad de las elecciones. Nueva convocatoria. *Sentencia de 14 de junio de 1983.*
46. **Contencioso electoral.** Proclamación de candidatos. Anulación de votos. La falta de protesta o ausencia de interventores no impide la reclamación posterior ante la Junta o la Jurisdicción Contenciosa. Votos declarados válidos. Modificación del número de concejales pertenecientes a los distintos partidos. *Sentencia de 16 Junio de 1983.*
47. **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.** Concepto positivo de rendimiento puro del trabajo. Concepto doctrinal y positivo de rentas irregulares: no lo son los rendimientos obtenidos por un piloto de avión. *Sentencia de 17 de junio de 1983.*
48. **Urbanismo.** Licencia de obras. Denegación por no adaptarse al Plan Parcial vigente. Plan Parcial nuevo, aprobado inicialmente. Se adapta al Plan aprobado inicialmente pero no al vigente. No procede otorgar la licencia. Desestimación del recurso. *Sentencia de 7 de julio de 1983.*
49. **Urbanismo.** Licencia de obras. Novación extintiva y nueva Licencia. **Tasas.** Exacción de tasas de la última Licencia concedida que se otorga en sustitución de la anterior, que queda anulada. Desestimación del recurso interpuesto por el Ayuntamiento. Condena en costas. *Sentencia de 11 de Julio de 1983.*
50. **Funcionarios.** Reclamación abono de retribuciones inherentes al cargo que se desempeña interinamente. Desestimación del recurso. *Sentencia de 12 de julio de 1983.*
51. **Urbanismo.** Liquidación solares sin cercar. Prevalencia Ordenanza Municipal sobre la ordenación parcial urbanística de la finca. Congruencia fin del Arbitrio y su aplicación a los solares de la Urbanización. Desestimación del recurso. *Sentencia de 12 de julio de 1983.*
52. **Urbanismo.** Licencia de obras. Impugnación Arts. 2º y 3º Decretro de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 6 de Noviembre de 1981,

por los que deniega Licencia de obra menor en edificación realizada en terreno de Reserva Urbana. **Principio de congruencia.** Adquisición de Licencia por **silencio positivo.** Estimación del recurso. *Sentencia de 12 de julio de 1983*.*

53. **Contencioso electoral.** Acumulación de recursos. Impugnación de la validez de los actos del procedimiento de elección de Alcalde-Presidente y su proclamación. El juramento del cargo no constituye un requisito para su nominación. Impugnación de las actuaciones llevadas a cabo por el Alcalde-Presidente después de su proclamación. Querrela criminal. Suspensión de pronunciamiento hasta la sentencia firme. Validez de los actos de elección y proclamación del Alcalde-Presidente. *Sentencia de 14 de julio de 1983.*
55. **Licencia de obras.** Denegación por no disponer la vía a que la parcela da frente de calzada pavimentada ni encintadas las aceras. No puede acogerse a los beneficios que prevé el art. 83 de la Ley del Suelo ya que antes ha de procederse a la reparcelación. No procede declarar la inadmisibilidad del Recurso ya que ni el acto administrativo anterior ni la Sentencia dictada por la Sala se refieren a la misma petición de licencia. **La cuantía que se tienen que fijar es el valor de las obras.** *Sentencia de 19 de julio de 1983.*
56. **Normas subsidiarias de planeamiento.** El desistimiento no constituye infracción de las Leyes. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por falta de representación y nombramiento de letrado. Las Corporaciones locales pueden litigar por sí mismas. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no haber presentado documento que acredite el cumplimiento de las formalidades para entablar demandas ya que el Consejo Ejecutivo había hecho delegación expresa para el ejercicio de acciones jurisdiccionales a favor del Consejero que firma el escrito. *Sentencia de 19 de julio de 1983*.*
57. **Edificación forzosa.** Fincas con construcciones inadecuadas. Edificaciones cuyo volumen sea inferior al 50 por 100 del mínimo autorizado por las ordenanzas de edificación en relación con la superficie aprovechable. Preferencia de los informes oficiales sobre los de los demás peritos. En cuestiones técnicas en las que las opiniones de los peritos son dispares es jurídicamente correcto atenerse a la opinión de la mayoría. *Sentencia de 20 de julio de 1983.*
58. **Funcionarios de la administración local.** Para formular reclamaciones en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación

mediante documento público, documento privado con firma notarialmente legitimada, o por apud acta. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 22 de julio de 1983.*

59. **Denegación de permiso de trabajo a extranjero.** No procede la Inadmisibilidad del recurso aunque no se hubiese interpuesto el pertinente recurso de reposición ya que la resolución notificada no hacía expresión de este recurso. Al no existir trabajadores nacionales aspirantes al puesto debe serle concedido el permiso. *Sentencia de 23 de julio de 1983.*
60. **Sanciones administrativas en materia laboral.** El poder sancionador tiene que regirse por los principios de orden penal clásico. Infracción continuada. Las disposiciones laborales son normas de derecho necesario: "Gravedad de la infracción", "malicia o falsedad del empresario", "número de los trabajadores afectados", "cifra de negocios de la empresa" y "reincidencia" son conceptos jurídicos indeterminados. *Sentencia de 28 de julio de 1983.*
61. **Proyecto de urbanización.** Firmado por arquitecto e ingenieros de Caminos Canales y Puertos. Impugnación por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Baleares al no haber firmado la Memoria de la parte eléctrica, planos, montaje y presupuesto un ingeniero industrial. Los Arquitectos son competentes para redactar los proyectos de Urbanización incluso aquellos aspectos que se refieren a la parte eléctrica. *Sentencia de 28 de julio de 1983.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

36

36. SANCION ADMINISTRATIVA. Juego de Bingo. PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSTITUCIONAL. Aplicación de la Disposición Derogatoria 3ª de la Constitución respecto al Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 por afectar a derechos y libertades fundamentales. **POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.** Inconstitucionalidad del Reglamento del Bingo. *Sentencia de 11 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que al establecer el artículo 25.1 de la Constitución Española que "nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento", es evidente que extiende a la potestad sancionadora de la Administración el principio de legalidad que, tradicionalmente, ha regido el orden penal y si bien esta extensión había sido admitida anteriormente por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa a partir de las sentencias de 27 de Junio de 1950 y 12 de febrero de 1959, seguidas por las magistrales de 25 de Marzo de 1972 y 21 de Junio de 1975, hasta las posteriores a la Constitución, como las de 29 de Septiembre y 10 de Noviembre de 1980, la consagración constitucional de este principio en su relación con otros del mismo texto fundamental, como el 53.1 sobre garantías de las libertades y derechos fundamentales, los 81.1 y 86 sobre elaboración de las leyes y el que del examen del artículo 163 y de su Disposición Derogatoria 3 aparezca nitidamente 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 interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan a inconstitucionales las posteriores de rango infraregal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, hacen indispensable buscar la cobertura legal que ampara las disposiciones que declara infringidas y las que sustentan las sanciones impuestas por el acto administrativo impugnado, puesto que el principio de legalidad constitucional, tal como debe ser entendido en virtud de los preceptos citados anteriormente, 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 —legalidad de la sanción— sino que exige también que tanto uno como otro aspecto del principio sean determinados por norma con rango de Ley formal, sin que en garantía de los derechos fundamentales de libertad y seguridad, pueda quedar en manos del Ejecutivo, como no queda en las del Judicial, 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 nº 220/80), el principio de legalidad constitu-

cional "prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión, esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas"; doctrina ésta que en todo lo que contiene de exigencia formalista, ha sido asumida, no sólo por esta Sala en numerosas sentencias, sino también por el Tribunal Supremo en otras muchas entre las que se pueden citar, por más recientes, las de 11, 15 y 16 de Junio de 1982.

CONSIDERANDO: Que por consiguiente, en aplicación de esta doctrina, han de declararse contrarios al ordenamiento Jurídico los actos impugnados en el presente recurso, en cuanto sancionan conductas tipificadas y castigadas en un Reglamento Ministerial, cual es el de 9 de Enero de 1979 sobre el Juego del Bingo (Capítulo VI artículo 38 al 44), y ello a pesar de la existencia del Real Decreto Ley de 25 de Febrero de 1977 que regula aspectos penales, administrativos y fiscales del juego y que en su artículo 4º, 1. a) autoriza al Gobierno para dictar, a propuesta del Ministro de la Gobernación, las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por aquel Decreto-Ley, pues aunque 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, de cuya delegación usan incluso Leyes propiamente penales, tal conclusión en lo que respecta a que esta facultad pueda utilizarse en Decretos-Leyes, como el que nos ocupa, supondría conculcar la reserva de Ley formal contenida en los artículos 53.1 y 81.1 de la propia Constitución, antes citados y la consecuencia de esta reserva de Ley formal que impone limitaciones a la regulación de la materia punitiva o sancionadora por Decreto-Ley (artículo 86), pues, en efecto, siendo el establecimiento de delitos e infracciones y la determinación de sus penas y sanciones, parte esencial de la regulación de los derechos y libertades, en cuanto son delimitaciones de aquellos derechos —la definición del delito o infracción— y limitaciones o privaciones de otros derechos y libertades —las sanciones o penas— la expresión constitucional "según la legislación vigente" del artículo 25.1, no puede extenderse a los Decretos-Leyes, porque les está vedado regular aspectos relativos a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos; sin que, por otra parte, este Tribunal pueda hacer uso del artículo 163 de la Constitución en relación con los artículos 35 al 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dada la fecha del Decreto-Ley que nos ocupa, que lo somete a la Disposición Derogatoria 3 de la propia Constitución.

CONSIDERANDO: Que aún admitiendo lo contrario a efectos dialécticos, aparece que el Decreto-Ley en cuestión no autoriza al Ministro del Interior para dictar las normas que lo desarrollen o complementen, sino al Gobierno, cumpliendo así estrictamente con el artículo 97 de la misma Constitución que consagra el principio de legalidad de los Reglamentos otorgando al Gobierno y sólo al Gobierno la potestad reglamentaria originaria, de lo que resulta que los Ministros únicamente pueden dictar disposiciones reglamentarias por expresa delegación de Ley formal o de Decreto del Gobierno, que al no haber existido en el presente caso, determina también la inconstitucionalidad del Reglamento de Bingo citado, en su parte sancionadora, al haberse dictado sin delegación expresa del Gobierno.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por P., S.A. contra resolución del Gobierno Civil de esta Provincia de 10 de Junio de 1981, que le impuso sanción por infracción administrativa en materia de juego de Bingo y contra la resolución del Ministerio del Interior de 5 de Julio siguiente que la confirmó en alzada, debemos declarar y declaramos tales actos administrativos disconformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia, los anulamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

37. ACTAS DE INFRACCION. Nulidad. Aplicación de las Ordenanzas Laborables como Derecho Dispositivo. Licitud de pacto individual derogatorio. Clasificación profesional errónea: atribuye derechos económicos al trabajador pero no puede ser objeto de sanción administrativa. *Sentencia de 13 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar la resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de Junio de 1982, que desestima el recurso de alzada interpuesto por I. M. C. S. A., contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Baleares de 18 de Marzo del mismo año, que impone a aquella entidad la multa de 65.000.- pesetas a propuesta de la Inspección Provincial en virtud de acta de infracción levantada el 5 de Junio de 1981.

CONSIDERANDO: Que en dicha acta se hace constar literalmente: "Que en virtud de comunicaciones de 26 y 27 de Mayo de 1981 de la Gerencia Local del Puerto de Mahón (O.T.P.) y posteriores actuaciones se ha comprobado que la empresa ha infringido los artículos: a) 106 de la O.M. 29-3-74 y 35.4 de la Ley 10-3-80, al haber, en la jornada del 26-5-81 y en el Puerto de Mahón, realizando el personal contratado del Censo una hora extraordinaria, no concurriendo las circunstancias presupuestales que señala el artículo 106 citado, ni habiendo sido autorizada tal actividad extraordinaria, y habiendo efectuado tales servicios por presión inductora hacia los afectados, exteriorizada en forma de coacción y amenazas. b) 29, 31 y 36 en relación con el artículo 18.G.1º. b) y G.2º.b), todo ello en relación con el artículo 14 de la O.M. 29-3-74 y Acuerdo 3º y Anexo I de la sección 3/1981 de 28-4-81 del Consejo Local del Puerto de Mahón, por haber, en fechas 27 y 28-5-81, la empresa, realizando las funciones de recepción, clasificación y entregas de mercancías transportadas en contenedores, no mediante un clasificador "ad hoc", contratado a tal efecto del Censo portuario, sino por su capataz fijo de empresa".

CONSIDERANDO: Que, según el artículo 24 del Reglamento de 23 de Julio de 1971, las actas y requerimientos practicados por la Inspección de trabajo se consideran como documentos con valor y fuerza probatorios, salvo demostración en contrario; pero el acta citada, ni por su naturaleza ni contenido tiene fuerza bastante para demostrar las afirmaciones de hecho pretendidas, careciendo de fuerza probatoria alguna, por sí solo, aunque no se produzca demostración en contrario; en efecto, como se deduce del último inciso del precepto citado —la formalización del acta no es obligada en el momento de la *visita*— y del 16 del mismo Reglamento —la Inspección de trabajo podrá igualmente desempeñar su función fiscalizadora sin necesidad de *visitas*, pero requiriendo de las Empresas la aportación de los datos preciso o por comprobación o expediente administrativo que acredite la existencia de los hechos que motiven su actuación—, es requisito indispensable, so pena de extender la presunción probatoria a límites que convertirían al Inspector en árbitro incontrolado de todas las situaciones imaginables, otorgando valor acreditativo a sus simples manifestaciones, salvo esa demostración en contrario, en muchos casos difícil o imposible, que se constaten directamente, se señalen y detallen comportamientos o hechos —no conceptos o juicios de valor— que puedan ser enjuiciados por el Organismo competente a fin de determinar si constituyen o no la infracción laboral legalmente tipificada, es decir, las premisas fácticas objetivamente determinables por la observación directa del actuante a efectos operativos de la presunción, pues en otro caso, de acuerdo con el referido artículo 16, se requieren otros medios de investigación, no cubiertos, naturalmente, por esa ex-

traordinaria presunción; y en el caso que nos ocupa, se fijan en la que, en sentido estricto, no es una acta, unas conductas —alguna de ellas constitutiva de delito— sobre las bases de una inoperancia y desconocida comunicación del organismo interesado (la Organización de Trabajos Portuarios) y la simple afirmación de posteriores comprobaciones, sin más, lo que carece de la más mínima virtualidad probatoria.

CONSIDERANDO: Que aún partiendo de esta interpretación restrictiva, ha de entenderse que la presunción referida, con la lógica consecuencia de desplazar hacia el sancionado la carga de probar lo contrario, es decir, su inocencia, no puede admitirse; porque la doctrina jurisprudencial ha establecido que la ausencia en la legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de llenarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario; así, la sentencia de 2 de Marzo de 1972 advierte que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la Ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva o análoga y exigiéndose siempre *prueba concluyente e inequívoca de la comisión de los hechos* (sentencias de 9 de Enero y 13 de Marzo de 1961); y la presunción de inocencia es una regla básica del derecho punitivo, consagrada por el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Estado Español en 13 de Abril de 1977, por el 24.2 de la Constitución e, incluso, por el artículo 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que el instructor *ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción*; lo que no excluye que haya de partirse de la presunción de validez y legalidad de los actos administrativos, que desplaza la carga de impugnar la decisión para destruirla, pero que, precisamente, podrá basarse en la ausencia de prueba, sin gravar al sancionado con la obligación de producirla, de acreditar su inocencia, que supondría condenarle en la mayoría de los casos a una indefensión casi total.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, consta en el expediente administrativo, a través de un informe de la Gerencia Local de la Organización de Trabajos Portuarios de Mahón, que los trabajadores de la empresa sancionada no realizaron en la jornada del 26 de mayo de 1981 horas extraordinarias, salvo E. B. P., que trabajó una, lo que contradice lo expresado en la sedicente acta, que precisamente se inicia a instancia de aquel organismo; y para decidir las consecuencias de ese exceso de tiempo trabajado y como problema previo, surge el de determinar 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 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 estibado-

res al ámbito de aplicación del Estatuto, según sus 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 la 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 dos al día, 15 al mes y 100 al año, salvo circunstancias excepcionales, y fija el límite de 9 horas ordinarias de trabajo efectivo, por lo que la prolongación del horario para el operario citado, no puede, según lo expuesto, estimarse constitutivo de contravención.

CONSIDERANDO: Que en el terreno de la hipótesis, dada la falta de prueba al respecto, de que un capataz fijo de empresa realizase funciones propias de un clasificador, ha de hacerse constar que de acuerdo con el artículo 23 del Estatuto, aplicable según lo expuesto anteriormente, esa conducta no constituye una infracción, sino que atribuye al trabajador ciertos derechos económicos; así, si se realizan funciones de categoría superior durante 6 meses durante un año u 8 durante dos 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 asignada y la función que efectivamente realice.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña C. R. C., en nombre de I. M. C. S.A., contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de Junio de 1982, que desestima el recurso de alzada formulado contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de 18 de Marzo del mismo año, que le impuso la multa de 65.000.- pesetas por infracciones de la Ordenanza de Trabajo de Estibadores Portuarios, debemos declarar y declaramos que tales resoluciones no son conformes a Derecho y, en consecuencia, las anulamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

40

40. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Concepto positivo de rendimiento puro del trabajo; concepto doctrinal y positivo de rentas irregulares: no lo son los rendimientos obtenidos por un piloto de aviación. *Sentencia de 20 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que contra esta liquidación se formuló reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares, que la desestimó por acuerdo de 27 de Mayo de 1982, interponiéndose contra éste el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que el recurso se basa en que los ingresos de un Piloto de Aviación no pueden ser sometidos al mismo tratamiento fiscal que los de un contribuyente usual, por cuanto se dividen en una parte fija o sueldo y en otra por vuelo y, además, su vida profesional es más corta y está sometido a constantes revisiones médicas, que pueden excluirle del servicio, y a cursos y exámenes periódicos para la renovación de las licencias.

CONSIDERANDO: Que cualesquiera que sean los procedimientos doctrinales ideados para corregir los inconvenientes derivados de aplicar las normas generales tributarias a las rentas que se obtienen durante un plazo inferior al normal por exigirse a sus preceptores condiciones físicas o síquicas particulares, lo cierto es que con arreglo a las disposiciones legales imperantes en manera alguna pueden ser consideradas las de autos con el carácter de irregulares, pues éste queda excluido del contenido del artículo 27 de la Ley de 8 de Septiembre de 1978, que establece las normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y de los 117 y 118 del Reglamento de 2 de Noviembre de 1979; en efecto, el artículo 41 de este último incluye como Rendimiento de Trabajo no sólo los sueldos y sobresueldos, sino también las gratificaciones, los incentivos, las pagas extraordinarias voluntarias o no, los premios e indemnizaciones derivados del trabajo, las dietas y asignaciones para gastos de viaje, excepto los de locomoción y los normales de manutención y estancia en hoteles, restaurantes y demás establecimientos de hostelería devengados en lugar distinto al de su residencia habitual, si bien la totalidad de los devengados en el lugar de ésta, y las ayudas o subsidios familiares; y, por otra parte, rentas irregulares son, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 27 de la Ley, los rendimientos que se obtienen por el sujeto pasivo de forma notoriamente irregular en el tiempo o que, siendo regular, el ciclo de producción sea superior a un año, aparte de los casos de incremento o disminución de patrimonio, que escapan a la problemática del presente litigio; es decir, y como concreta el artículo 118 del Reglamento, cuando se aprecie una notoria irregularidad en su obtención en el tiempo; así, en un plano meramente teórico, pueden citarse, siguiendo a la doctrina: las rentas variables (agrícolas, mineras, pesqueras, industriales o comerciales); las no periódicas (reparto de reservas, gratificaciones extraordinarias, indemnizaciones por despido, premios); rentas temporales especiales (deportistas, artistas); rentas de ingresos anticipados o gastos irregulares (promotores, constructores); rentas o simultáneas o diferidas (derivadas del trabajo: novelistas, compositores; del capital: clases pasivas; del trabajo y del capital: rentas con pago aplazado); rentas fiscalmente peculiares (rentas forestales, plus valías, derechos capitalizados, rescate de cédula de fundación) y rentas controvertidas; todas ellas, pues, con la característica común de constituir un rendimiento en el que no han podido imputarse en el tiempo los ingresos y los gastos, lo que no sucede en el caso de autos, como evidencia la propia declaración del recurrente y la certificación de la compañía en que presta sus servicios, en la que figuran perfectamente especificados, en relación con el año 1979 —y figuran en años sucesivos con las posibles variaciones, que, naturalmente, en nada afectan a la naturaleza regular de los rendimientos—, los ingresos (sueldo base y antigüedad, primas por razón de viaje y horas de vuelo y las prestaciones de la seguridad social por plus familiar) y las de deducciones (por el propio impuesto, por las cuotas de seguros y por cuotas a la seguridad social); pero es más, ya desde un punto de vista positivo, en lo que afecta al caso que se contempla y prescindiendo, en consecuencia, de los supuestos de los tres primeros apartados del repetido artículo 118, no basta que concurren aquellas condiciones teóricas para poder definir, sin más, una renta irregular y aplicarle el tratamiento impositivo del artículo 117 del Reglamento, pues nuestro sistema de imposición personal trata de ser de aplicación general más que un complejo tratamiento de situaciones personales, y requiere (apartado d) una expresa declaración (inexistente) del Ministerio de Hacienda concretando qué rendimiento tienen tal carácter “en atención a que, por las circunstancias especiales que en ellos concurren, se aprecie una notoria irregularidad en su obtención en el tiempo”; por todo lo que, insistimos, cualquiera que sea el sistema operativo que de lege ferenda fuese necesario es-

tablecer para corregir la progresividad del impuesto en atención a las condiciones de trabajo de ciertos profesionales, entre ellos los pilotos civiles, de lege data un tratamiento impositivo especial respecto a sus rendimientos resulta imposable.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acto impugnado por ajustarse a Derecho; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don J. L. N. R., en nombre y representación de Don J. V. A., contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 27 de Mayo de 1982, que desestimó la reclamación formulada contra la liquidación provincial practicada por la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes por el concepto de Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas, debemos declarar y declaramos que el acto administrativo impugnado se ajusta a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

52

52. URBANISMO. Licencia de Obras. Impugnación Arts. 2º y 3º Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca, 6 de Noviembre de 1981 por los que se deniega la licencia de obra menor en edificación realizada en terrenos de Reserva Urbana. **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.** Adquisición de la licencia por **SILENCIO POSITIVO.** Estimación del recurso. *Sentencia de 12 de julio de 1983.*

CONSIDERANDP: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar los puntos 2º y 3º del Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 6 de Noviembre de 1981, por el que se deniega la solicitud de licencia formulada por Don F. B. G. para proceder a retajar de uralita, sustituir puerta metálica, arreglar suelo y repintar fachada en su propiedad sita en la calle P. E. nº 5, angular a la calle T. (El Molinar), de esta ciudad, por cuanto dichos terrenos están clasificados como suelo de reserva urbana en el vigente Plan General de Ordenación Urbanística de Palma, por lo que dichos terrenos no son edificables mientras previamente no hayan sido redactados y aprobados los correspondientes proyectos del Plan Parcial y de Urbanización, debiéndose, en consecuencia, dar cuenta del acuerdo al Gabinete de Infracciones Urbanísticas a los efectos de que se prosiga el expediente de infracción incoado por la ejecución de obras sin licencia municipal.

CONSIDERANDO: Que las vicisitudes que culminaron en el acuerdo referido, fueron las siguientes: 1ª) El hoy recurrente formuló petición de licencia de obras que tuvo entrada en las oficinas municipales el día 8 de Mayo de 1981, la cual se refería claramente

a las pertinentes para proceder a retejar de uralita, sustituir puerta metálica, arreglar suelo y repintar fachada (folio 1 del expediente administrativo); 2ª) Por Decreto de la Alcaldía de 28 de Julio siguiente se deniega "la solicitud formulada por D. Francisco Bauzá Giménez para proceder a la construcción de muros laterales, cubierta de fibro-cemento y tabiques interiores, abarcando una superficie aproximada de 280 metros cuadrados", denegación que se basa en la calificación de los terrenos como suelo de reserva urbana; 3ª) Contra este Decreto de 28 de Julio de 1981 se interpuso recurso de reposición, que se funda en que se deniega la licencia de obras cuya realización no se había solicitado; 4ª) Este recurso dio lugar al Decreto de 6 de Noviembre, cuyos puntos 2º y 3º se impugnan ahora, como queda expresado.

CONSIDERANDO: Que la evidente confusión en que incurrió el Decreto de 28 de Julio fue, sin duda, debido a que por un Celador de Obras se levantó acta el 11 de Marzo de 1981 denunciando la construcción de los aludidos muros laterales, cubierta de fibrocemento y tabiques interiores; pero, saliendo al paso de cualquier duda que pueda suscitarse a la vista de las pruebas propuestas y practicadas, y teniendo en cuenta que, por imperativo del artículo 43 de la Ley Jurisdiccional, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición, el tema litigioso debe necesariamente centrarse en determinar si los extremos 2º y 3º del Decreto de la Alcaldía de 6 de Noviembre de 1981 se ajustan o no a Derecho.

CONSIDERANDO: Que el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955 no facilita definición alguna de lo que entienda por obras menores ni tampoco señala límite diferenciador entre éstas y las restantes; lo que hace el artículo 16 de las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones en Palma de Mallorca, que considera obras mayores las de urbanización, levantar toda clase de construcciones, edificios e industrias, sea cualquiera el destino de los primeros, los de reforma de su estructura, las que aumenten o disminuyan el volumen edificado o modifiquen el aspecto exterior de los edificios y construcciones, los movimientos de tierras, demolición de edificios y todas las que exijan la dirección de facultativo Titulado; y considere obras menores las sencillas de reparación y todas las no incluidas en la categoría de mayores; por lo que resulta obligado examinar tales conceptos en cada caso concreto, con especial atención a la naturaleza objetiva de la obra y a las características que ésta presenta; y desde esta perspectiva es inevitable la conclusión de que las de autos —repetimos: retejar de uralita, sustituir puerta metálica, arreglar suelo y repintar fachada, todo ello con un presupuesto de 300.000.- pesetas— son obras menores por su propia naturaleza y características y, ya en un plano legal, por no hallarse incluidas en la estimadas mayores por la Ordenanza; y así, implícitamente, vino a reconocerlo el propio Ayuntamiento al no exigir el correspondiente proyecto técnico, obligado si se tratase de aquellas, y, expresamente, el Arquitecto Don E. C. S. en el dictamen emitido, afirmando que no es necesario titulado superior para las mismas y que tienen por objeto la reparación y conservación de las obras ya existentes (folio 169).

CONSIDERANDO: Que procede abordar el problema de la validez de la tesis defendida por el recurrente en el sentido de que la licencia solicitada debe entenderse otorgada por silencio administrativo positivo; cuestión ésta para cuya solución el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales distingue entre las obras de construcción de edificios o modificaciones de su estructura (párrafo 7º a) y las obras o instalaciones menores y, en general, cuando la petición de licencia se refiera a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes (párrafo 7º c), porque mientras que el primer caso transcurridos dos meses sin que se hubiera notificado por la Administración municipal el acuerdo recaído debe acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo, operando sólo la aprobación, por silencio positivo, si este órgano no notifica el acuerdo expreso en el término de un mes (párrafos 5º y 7º a), en el segundo caso, residual, no es preciso acudir a dicho órgano, sino que transcurrido un mes se entiende otorgada la licencia por silencio administrativo (párrafos 5º y 7º c); y como, según queda expresado, estamos en presencia de obras o instalaciones menores, la solicitud tuvo entrada en el Ayuntamiento el 8 de Mayo de 1981 y la resolución municipal se adoptó el 28 de Julio del mismo

año, el supuesto es subsumible en el referido apartado c) del párrafo 7º y, consiguientemente, ha de entenderse otorgada ex lege la licencia solicitada.

CONSIDERANDO: Que contra ello no cabe decir, como se hace en la contestación a la demanda, que no es de aplicación el silencio positivo ya que al no ser legalizables las obras no puede entenderse concedida la licencia; por que si bien es cierto que contra lo propugnado por una primera Jurisprudencia afirmando que el silencio administrativo sustituye al acto expreso a todos los efectos, pues opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, una segunda corriente jurisprudencial (sentencias de 9 de Diciembre de 1964 y 18 de Marzo de 1970) afirma que el silencio positivo suplente el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, pues así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que prospere cuando lo que resulte concedido no puede autorizarse con arreglo a la Ley, y aún otras sentencias (2 de Abril de 1975 y 22 de Diciembre de 1978) siguen la línea de que con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitada en los términos del proyecto presentado a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, porque no cabe lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no habría podido otorgar o sería radicalmente nulo si lo hubiera concedido; y el artículo 178 de la Ley del Suelo, al decir que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, ha optado por la segunda de las soluciones, dando, pues, prioridad a la defensa de la legalidad sobre las conveniencias del tráfico; y en el caso que nos ocupa, si bien tal argumentación pudiera esgrimirse, con base en lo expuesto en el Decreto de 28 de Julio de 1981 —realizarse las obras en terrenos clasificados como Suelo de Reserva Urbana—, respecto a las denunciadas obras de construcción de muros laterales, cubierta de fibro-cemento y tabiques interiores, en manera alguna puede admitirse en relación a las solicitadas, con transcripción del mismo fundamento jurídico, pues las mismas —una vez más debe expresarse que se refieren a retejar, sustituir una puerta, arreglar el suelo y pintar la fachada— son evidentemente menores y, por ende, en nada se ven afectadas por la calificación urbanística del suelo, hasta el punto de que las citadas Ordenanzas (artículo 8) las autorizan incluso en los edificios calificados fuera de ordenación o incluidos en sectores urbanos que tengan esta calificación conforme a los planes definitivamente aprobados.

CONSIDERANDO: Que, por lo tanto, resulta procedente la estimación del recurso, dejando imprejuzgada la ilegalidad o no de cualesquiera otras obras, porque, como ya se ha expuesto, aquél se limita a impugnar los extremos 2º y 3º del Decreto de 6 de Noviembre de 1981, y se incurriría en flagrante incongruencia si se decidiera una pretensión no formulada.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado Don S. B. V., en nombre y representación de Don F. B. G., contra los extremos 2º y 3º del Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 6 de Noviembre de 1981 por los que deniega la solicitud de licencia para proceder a retejar de uralita, sustituir puerta metálica, arreglar suelo repintar fachada en su propiedad sita en la calle P. E. H. número 5, angular a la Calle T. (El Molinar), de esta ciudad, y se da cuenta al Gabinete de Infracción Urbanística, debemos declarar y declaramos que tales puntos no se ajustan a Derecho y que la licencia para realizar dichas obras quedó concedida por silencio administrativo positivo; sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

56

56. NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO. El desistimiento no constituye infracción de las Leyes. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por falta de representación y nombramiento de letrado. Las Corporaciones locales pueden litigar por sí mismas. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no haber presentado documento que acredite el cumplimiento de las formalidades para entablar demandas ya que el Consejo Ejecutivo había hecho delegación expresa para el ejercicio de acciones jurisdiccionales a favor del Consejero que afirma el escrito. *Sentencia de 19 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que ante todo y por razones de índole procesal sobradamente conocidas, es preciso resolver sobre la inadmisibilidad del recurso, alegada no solo por la demanda —Ayuntamiento de Mercadal— y por las partes coadyuvantes, sino también por el Abogado del Estado, al evacuar el informe preceptivo impuesto por el art. 118, 3 de la Ley de esta Jurisdicción, con invocación del art. 82, epígrafes b) y f) de la Ley Jurisdiccional, por entender que el recurso ha sido interpuesto con infracción de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley Jurisdiccional, al no estar debidamente representado ni defendido el Consejo Ejecutivo recurrente por Abogado o por Abogado y Procurador debidamente provistos del poder necesario y sobre esta alegación hay que resolver por su desestimación para entrar en el estudio de la cuestión de fondo planteada, pues si bien es cierto que el recurso se ha interpuesto al amparo del art. 8 de la Ley 40/81, de 28 de Octubre, por lo cual aunque se tramite con arreglo al procedimiento del art. 118 de la Ley Jurisdiccional, debe tener su comienzo por medio de un escrito de interposición (que el referido art. 8º llama de impugnación), que tiene que servir también de demanda al no existir en el art. 118, trámite para ella, por la simple razón de que este procedimiento especial está concebido sobre la base de un acto administrativo de suspensión que ha de ser necesariamente revisado, por lo que actúan en él de partes, los que se personen en autos por tener interés en el mantenimiento o anulación del acuerdo suspendido, pero no la Administración General del Estado ni la Local cuyo acto ha sido suspendido que se limitan a alegar e informar sin personarse (118, 2 y 3), no es menos cierto el que este cambio sustancial no sólo en la iniciación del procedimiento, sino también en su terminación (ha de dictarse sentencia con arreglo a los artículos 81 y 82 de la Ley Jurisdiccional), exige el que tanto la Administración impugnante como la Administración autora del acto que se impugna, sean tratadas procesalmente como parte actora y demandada, respectivamente, con todas las consecuencias que tal tratamiento implica, entre las cuales está la aplicación del art. 35.1 de la Ley Jurisdiccional que en previsión del caso de que dos Entidades de las que integran la Administración Local litiguen entre sí o contra la Administración del Estado o con alguna Corporación o Institución de Derecho público sometida a tutela y no hubieran designado Letrado que las represente, puedan hacerlo por sí mismas, pues en estos casos no corresponde esta función, por razones obvias, al Abogado del Estado.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede ser tenida en cuenta, a estos efectos de inadmisibilidad la alegación de las Compañías mercantiles personadas como coadyuvantes, basada en defecto del escrito inicial del recurso (art. 82, letra f) por no haber sido acompañado del "documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones e Instituciones sin leyes respectivas" (art. 57. d), con

invocación del Reglamento de Régimen Interior del Consejo General Interinsular, pues aun sin perjuicio del carácter no formalista de nuestra Ley Jurisdiccional, sobre todo en lo que respecta a los obstáculos que impidan entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, hay que estimar suficiente a estos efectos y así lo entendió esta Sala al no hacer uso del art. 57.3 de la Ley Jurisdiccional para su subsanación, el documento presentado con el escrito de impugnación, acreditativo de una delegación expresa acordada por el Consejo Ejecutivo, competente para el ejercicio de acciones jurisdiccionales a tenor del art. 27. f) del invocado Reglamento, a favor del Consejero que firma el escrito, y siendo esta clase de delegaciones de las contempladas en el art. 22 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a la que se remite el art. 45 del Real Decreto de Transferencias 2.245/1979 para suplir posibles deficiencias o lagunas en la regulación del funcionamiento del Consejo General, es evidente que procede estimar dicho documento expresivo de la delegación como suficiente, pues si el art. 22 citado admite la delegación de las funciones administrativas del Consejo de Ministros, con más razón han de admitirse las del Consejo Ejecutivo Interinsular, siempre que no sean de segundo grado, puesto que lo que se posee por delegación no puede delegarse (último párrafo del repetido artículo 22).

CONSIDERANDO: Que entrando ya pues en el examen de la cuestión de fondo planteada en el presente proceso que, dada su especialidad, se reduce a determinar si, como pretende el Consejo Ejecutivo impugnante, el acto municipal impugnado constituye infracción de las Leyes —en frase del antes citado art. 8 de la Ley 40/81— o infracción manifiesta de las leyes, en la expresión más adecuada del art. 118 de la Ley Jurisdiccional, hay que resolver por la negativa, de conformidad con el informe del Abogado del Estado, puesto que se trata, pura y simplemente, de desistir el Ayuntamiento en cuestión, de la tramitación de unas Normas Subsidiarias del Planeamiento de su término municipal, para cuya redacción o propuesta son competentes, de conformidad con el art. 70.2 de la Ley del Suelo y que al tramitarse con arreglo al procedimiento establecido en el art. 41 de la propia Ley, les corresponde también la aprobación inicial y la provisional, aunque no la definitiva atribuida a las Comisiones Provinciales de Urbanismo (art. 35.1.d), por lo que no habiendo recaído aún dicha aprobación definitiva, el Ayuntamiento promotor de dichas normas puede legalmente desistir del procedimiento, no solo, en casos como el presente, en el que el desistimiento viene determinado por una negativa de aprobación definitiva por parte de la Comisión Provincial, al pretender imponer unas modificaciones al planeamiento formulado por el Municipio tan importantes que al suponer la necesidad de elaboración de otro planeamiento diferente al aprobado inicialmente, equivalen a pretender sustituir la voluntad del municipio redactor, en frase de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1981, sino en cualquier otro caso, pues como tiene reiterada y constantemente declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 9 de Febrero de 1979), nuestra legislación urbanística está basada en la competencia primaria y genérica municipal en esta materia, con facultad de redactar y en su caso aprobar inicial y provisionalmente, el planeamiento de su término, sin perjuicio de las facultades de las Comisiones Provinciales de Urbanismo para subrogarse en el ejercicio de las funciones municipales, a que se refieren los artículos 5, 217 y 218 de la propia Ley, e incluso el propio artículo 70.2 que les da facultades para redactar o proponer Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, por lo que no acierta a comprender esta Sala, el porqué el Consejo Ejecutivo impugnante no ha hecho uso de dichas facultades en lugar de acudir a este rebuscado procedimiento especial, concebido para impedir unas manifiestas, es decir claras y evidentes infracciones legales por parte de las Corporaciones Locales.

CONSIDERANDO: Que menos aún entiende esta Sala la invocación que se hace en el escrito de impugnación, de los arts. 96 y 98 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958 y del artículo 6.2 del Código Civil, cuando los primeros se refieren a la facultad de los administrados interesados que han promovido un procedimiento administrativo de desistir de él y a la obligación de la Administración de aceptar de plano el desistimiento y el último, a la validez de la renuncia de los derechos, por lo que al no tener relación con el problema debatido, se hace imposible cualquier clase de razonamiento respecto a su alegación.

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

costas causadas en este proceso.

FALLAMOS: Que desestimando en su integridad la impugnación realizada ante esta Jurisdicción por el Consejero de Ordenación del territorio del Consejo Interinsular de Baleares del Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Mercadal de 23 de Marzo de 1983, desistiendo de la tramitación de las Normas Subsidiarias del Planeamiento de aquel término municipal, debemos declarar y declaramos dicho acuerdo conforme con el ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, levantando su suspensión en caso de que se hubiera efectuado en cumplimiento del artículo 8.1 de la Ley 40/81, y sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

C. INDICE ANALITICO

Acumulación de recursos, 53	Impuesto sobre la Renta Personas Físicas
Contencioso electoral	Rendimiento puro del trabajo, 40, 43 y 47
Anulación de votos, 44 y 46	Inadmisibilidad recurso, 55, 56 y 59
Elección de Alcalde: Impugnación, 53	Incompetencia de la sala, 35
Nulidad de las elecciones, 45	Inconstitucionalidad
Costas	Reglamento Bingo, 36 y 38
Imposición, 49	Laboral, 37 y 60
Cuantía del recurso, 32 y 35	Licencias
Desviación de poder, 39	Apertura caminos rurales, 31, 33 y 34
Expropiación forzosa, 35	Denegación, 39 y 55
Extranjeros	Denegación por no adaptarse al Plan Parcial vigente, 48
Denegación permiso de trabajo, 59	Denegación por posibilidad formación núcleo urbano, 34
Expulsión, 41	Licencia de obras, 39, 48, 49, 52, 55
Libertad de residencia, 41	Obra menor, 52
Funcionarios	
Reclamación retribuciones, 50	
Representación para formular reclamaciones, 58	

- Obras sin licencia, 32
- Tasas, 49
- Notificación defectuosa, 35
- Principio de congruencia, 52
- Principio de legalidad constitucional, 36, 38 y 41
- Potestad reglamentaria del gobierno, 36 y 38
- Responsabilidad, 42
- Sanciones
 - Conceptos jurídicos indeterminados, 60
 - Código Penal supletorio, 32
 - Edificación forzosa: Construcciones inadecuadas, 57
 - Informe peritos, 57
 - Juego de Bingo, 36 y 38
 - Materia laboral, 60
 - Prescripción, 32
 - Principios poder sancionador, 60
- Silencio positivo, 31, 33, 34 y 52
- Transportes
 - Competencia Municipal, 42
- Urbanismo
 - Normas Subsidiarias: Desistimiento, 56
 - Ordenanzas Municipales: Prevalencia, 51
 - Proyecto de Urbanización, competencias profesionales para formularlos, 61
 - Solares sin cercar, 51

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

87. **Tercería de dominio.** Necesidad de acreditar la propiedad de los bienes sobre la que versa en el momento del embargo: Doctrina del T.S. Bienes adjudicados en subasta judicial: La entrega equivale a la puesta en posesión: Doctrina del T.S. Falta de entrega de los bienes y presunción de abandono. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 3 de mayo de 1983**.
88. **Prueba.** Apreciación conjunta. *Sentencia de 5 de mayo de 1983.*
89. **Recurso de audiencia en justicia.** Su fundamento. Corrección disciplinaria impuesta por no fallar en plazo. Sanción anterior por la misma causa generalizada. Principio "non bis in idem". Estimación del recurso. *Sentencia de 5 de mayo de 1983.*
90. **Culpa extracontractual.** Accidente de circulación. Inexistencia de concurrencia de culpas total o exculpatoria. *Sentencia de 5 de mayo de 1983.*
91. **Reclamación de cantidad.** Daños producidos a un apartamento por su inquilino. Alegación de su previa existencia: diligencia exigibles en este caso y falta de prueba de este medio defensivo. Estimación de la demanda. *Sentencia de 5 de mayo de 1983.*
92. **Acción declarativa de dominio.** Análisis de la prueba, estudio de negocios jurídicos previos y determinación de lo que fue objeto de venta. Estimación de la demanda. *Sentencia de 7 de mayo de 1983.*
93. **Acción declarativa de dominio.** Ajudicación en subasta de ciertos derechos de la ejecutada sobre un terreno. Acción dirigida contra el presunto vendedor. Falta de prueba de la venta que no la proporciona la inclusión de la finca en el activo de la ejecutada, en suspensión de pagos. Doctrina del silencio: inaplicabilidad. *Sentencia de 9 de mayo 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.

94. **Incomparecencia** del Letrado en el acto de la vista. Confirmación de la Sentencia apelada. *Sentencia de 9 de mayo de 1983.*
95. **Acuerdos sociales, impugnación.** Falta de aprobación previa por el Consejo de Administración del balance y de la cuenta de resultados aprobados mediante el acuerdo impugnado. Derecho de información. Estimación de la impugnación. *Sentencia de 9 de mayo de 1983*.*
96. **Juicio ejecutivo.** Póliza de garantía: reunión por la misma de todos los requisitos legales. Requerimiento del ejecutado en el sentido de que el Banco actor no atendiera la letra garantizada: su intranscendencia ya que la póliza sujeta incondicionadamente al Banco. Objeciones de índole cambiaria: su improcedencia al basarse la acción en la póliza. Contrato irregularmente cumplido: no se puede discutir en el marco de estos procedimientos. *Sentencia de 10 de mayo de 1983.*
97. **Arrendamiento de obra.** Reparación deficiente de una embarcación. Anomalías presentadas con posterioridad a la entrega debidas a la mala ejecución de aquellos trabajos. Obligación del arrendatario de subsanar las deficiencias sin cargo adicional alguno. Derecho a percibir el precio de la primera reparación una vez efectuada la segunda. *Sentencia de 11 de mayo de 1983.*
98. **Obligación con cláusula penal.** Penalización por mora: retraso no imputable al actor, demandado de reconvenición. *Sentencia de 13 de mayo de 1983.*
99. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pluspetición. Estudio de las diversas facturas que dan provisión a la letra ejecutada. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 13 de mayo de 1983.*
100. **Contratos.** Interpretación. *Sentencia de 14 de mayo de 1983.*
101. **Escritura pública.** Elevación a ella de una venta realizada por la causante de los demandados. Determinación de la cosa vendida. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*
102. **Seguridad social.** Convenio suscrito con la Agrupación Nacional de entidades aseguradoras de automóviles. Reclamación de cantidad. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*

103. **Compraventa.** Contrato negado por la demandada que aduce la devolución de los géneros sin posterior reenvío de los mismos por el vendedor. Falta de prueba documental del contrato que resulta acreditado por medios indirectos, especialmente por el pago parcial de letras necesariamente referidas al precio de aquellos. Modificación, en segunda instancia, de los argumentos sostenidos en la primera. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*
104. **Compraventa mercantil.** Entrega de géneros distintos de los contratados y de otros de deficiente calidad: La no devolución de aquellos implica su aceptación. Falta de prueba de lo segundo y arbitraria devolución de las correspondientes mercaderías. Devolución tardía: merece igual tratamiento. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*
105. **Juicio ejecutivo cambiario.** Protesta de abonar justos y legítimos pagos: es intranscendente. Pluspetición: Necesidad de consignar en la letra la cantidad recibida y de dar recibo separado: Doctrina de la Sala. Admonición a un Letrado elegantemente rechazada por la Sala de manera expresa. *Sentencia de 17 de mayo de 1983*.*
106. **Divorcio.** Erradicación de toda idea de culpa. Carácter de la intervención judicial. Cese en la convivencia: es compatible con la reanudación de la vida en común siempre que se den las previsiones del art. 87 del C.C. *Sentencia de 17 de mayo de 1983*.*
107. **Daños y perjuicios.** Billete de avión expedido por la demandada consignando horarios no coincidentes con los reales. Falta de prueba de que ello se debiera a error de la compañía expendedora. Reconocimiento de que el cambio de horarios fue realizado por entidad ajena al procedimiento. Inexistencia de culpa. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*
108. **Acción cambiaria declarativa.** Demanda dirigida contra los herederos del aceptante: necesidad de acreditar el fallecimiento. Falta de cláusula de valor: determina la pérdida de la acción cambiaria. *Sentencia de 18 de mayo de 1983..*
109. **Culpa extracontractual.** La sociedad arrendadora de vehículos a motor es responsable de los siniestros que causen los arrendatarios. Doctrina del T.S. *Sentencia de 20 de mayo de 1983*.*
110. **Juicio ejecutivo cambiario.** Tacha de falsedad: necesidad de que sea

categorica: no lo es la que literalmente dice: "tacha civil y categoricamente de falsa la aceptación de la letra que se protesta". Falta de legitimación activa de la actora por no resultar mencionada en la letra y poseerla por haberla pagado a su tomador en función de haber garantizado a la entidad librada. *Sentencia de 20 de mayo de 1983**.

111. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos basada en la defectuosa realización de los trabajos que motivó su creación: Intranscendencia en este tipo de procedimientos: Doctrina de la Sala. *Sentencia de 24 de mayo de 1983**.
112. **Recurso de apelación.** Improcedente sometimiento a la Sala de cuestiones no debatidas en la instancia y reservadas para la fase de ejecución del fallo. *Sentencia de 25 de mayo de 1983.*
113. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Carga de la prueba: Doctrina de la Sala. *Sentencia de 26 de mayo de 1983.*
114. **Servidumbre de paso** mediante dos vías de acceso: la supresión de una de ellas supone menoscabo. **Daños y perjuicios** causados por arrojar objetos a una piscina desde apartamentos sometidos a régimen de propiedad horizontal: Falta de prueba de la vivienda desde la que tenían lugar los lanzamientos: Irresponsabilidad, directa e indirecta, de la comunidad. **Recurso de apelación.** Su ámbito. **Principio de eventualidad o preclusión.** Cuestiones introducidas en el escrito de conclusiones: no pueden tenerse en cuenta. *Sentencia de 27 de mayo de 1983.*
115. **Cosa juzgada.** Nulidad de acuerdo: Sentencia anterior firme que declara la validez de todos los actos y contratos adoptados en el período en que se adoptó el cuestionado. Falta de legitimación admitida en pleito anterior: doctrina de los actos propios: desestimación de la excepción. Caducidad: diferencias con la prescripción. Acto de conciliación: demanda no precedida del mismo: Interrumpe el plazo de caducidad. *Sentencia de 27 de mayo de 1983**.
116. **Arrendamientos urbanos.** Cesión, subarriendo, traspaso. Arrendatario dado de alta como pensionista en régimen de autónomo. Incompatibilidad de tal situación con cualquier actividad lucrativa. Introducción de un hijo en el local: supone traspaso. Legislación aplicable y doctrina del T.S. *Sentencia de 31 de mayo de 1983**.

117. **Agentes de seguros.** Régimen jurídico. No es necesario contrato escrito pese a exigirlo la Ley reguladora. Existencia de contrato que resulta del conjunto de la prueba. Incumplimiento de la obligación de mantener la cartera: es imputable a la compañía. *Sentencia de 31 de mayo de 1983.*
118. **Arrendamientos urbanos.** Estabilización de rentas. Actos propios que contradicen lo pactado: virtualidad novatoria. *Sentencia de 31 de mayo de 1983*.*
119. **Compraventa mercantil.** Interpretación de cláusula contractual literal dada su claridad. **Precio cierto.** Concepto. *Sentencia de 31 de mayo de 1983.*
120. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Inexistencia. Finca vendida como libre de cargas y gravámenes, transmitida después a un tercero una vez gravada con hipoteca por el primer vendedor; No es preciso llamar al pleito, que versa sobre cancelación de tal hipoteca, al primer adquirente. *Sentencia de 3 de junio de 1983.*
121. **Juicio ejecutivo cambiario.** Inexistencia de cláusula de valor: nulidad del juicio. *Sentencia de 3 de junio de 1983*.*
122. **Reclamación de cantidad.** Interpretación de los contratos. *Sentencia de 4 de junio de 1983.*
123. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre. Calificación del contrato: es de local y no de almacén. *Sentencia de 3 de junio de 1983.*
124. **Juicio de desahucio.** Calificación del contrato: es de industria y no de local. Notas características de aquella modalidad contractual. Estimación de la demanda. *Sentencia de 4 de junio de 1983.*
125. **Compraventa mercantil.** Determinación de su objeto. *Sentencia de 4 de junio de 1983.*
126. **Culpa extracontractual.** Necesidad de acreditar la condición de perjudicado. Falta de legitimación activa. *Sentencia de 7 de junio de 1983.*
127. **Arrendamiento de industria.** Expiración del término contractual.

- Tácita reconducción. Determinación del objeto del arrendamiento. *Sentencia de 7 de junio de 1983.*
128. **Juicio ejecutivo.** Talón que se dice librado en garantía de pago. Excepción de pluspetición: desestimación. *Sentencia de 7 de junio de 1983.*
129. **Contratos:** Interpretación. *Sentencia de 9 de junio de 1983.*
130. **Prescripción adquisitiva.** Usucapión extraordinaria. Posesión en concepto de dueño: no la implica el aprovechamiento del predio ni el pago de las contribuciones. Animus: inexistencia. Presunción de abandono por los demandados. *Sentencia de 10 de junio de 1983*.*
131. **Cosa juzgada.** Sentencia penal previa: No obsta a la valoración de los hechos por la jurisdicción civil. Distinto origen obligacional en uno y otro supuesto que impide el juego de aquel instituto. *Sentencia de 14 de junio de 1983*.*
132. **Impuesto municipal de plusvalía.** Interpretación del contrato de la que resulta la obligación del vendedor a su pago. *Sentencia de 14 de junio de 1983.*
133. **Culpa extracontractual.** Accidente de caza. Valoración de la prueba. Seguro de caza: las indemnizaciones legalmente previstas no suponen un tope a lo reclamable como indemnización. *Sentencia de 15 de junio de 1983.*
134. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos cuya alegación resulta contradicha por lo alegado en el escrito en que se formula. Renovación cambiaria: No se produce si no son aceptadas las nuevas letras. *Sentencia de 16 de junio de 1983.*
135. **Divorcio.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 17 de junio de 1983.*
136. **Declaración de dominio.** Habitación no aludida en la escritura constitutiva en régimen de propiedad horizontal. Falta de prueba. *Sentencia de 17 de junio de 1983.*
137. **Compraventa.** Nulidad por falta de consentimiento. Valoración de la prueba que permite afirmar la plena capacidad de la vendedora. Son intrascendentes el valor de la venta, el destino del precio y la

- no ocupación del inmueble por el comprador. **Colación.** Requisitos: transmisión de un bien de la herencia a uno de los herederos y apertura de las operaciones particionales. **Sociedades Anónimas.** Titular fiduciario de acciones: es el legitimado a efectos sociales. *Sentencia de 20 de junio de 1983**.
138. **Obligaciones a plazo.** Pretensión de ampliación del contenido por el Juzgado: desestimación. *Sentencia de 20 de junio de 1983.*
139. **Excepciones procesales** prueba, en el escrito de conclusiones: Su desestimación. Principios procesales de preclusión, lealtad e igualdad. Arrendamiento de obras. *Sentencia de 21 de junio de 1983.*
140. **Contrato de fletamiento.** Reclamación de los fletes. Daños producidos a las mercancías transportadas: Responsabilidad del naviero y del capitán. Fuerza mayor: inexistencia. *Sentencia de 22 de junio de 1983.*
141. **Divorcio.** Régimen de visitas; necesidad de fundar las razones que motivan la propuesta y de examinar u oír al hijo interesado. Omisión de tales requisitos y dejación del establecimiento de aquel para el período de ejecución de sentencia. Alimentos: Criterios para su fijación. Pensión compensatoria: Elementos a tener en cuenta. *Sentencia de 23 de junio de 1983**.
142. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo: Resolución del contrato por expiración del término. Tácita reconducción: Falta de aquiescencia del arrendador que resulta de la interposición de la demanda. *Sentencia de 23 de junio de 1983**.
143. **Divorcio.** Custodia de los hijos concedida compartidamente a ambos progenitores: atribución por la Sala al padre por ser quien la solicitó, por parecer más idóneo y en evitación de conflictos educativos. Atribución al mismo de la vivienda común. *Sentencia de 23 de junio de 1983.*
144. **Propiedad horizontal.** Presidente y representación de la comunidad. Procurador actuante en su nombre, distinto del designado por la Junta: Intranscendencia. La comunidad es tercero respecto de los contratos de arrendamiento suscritos por un co-propietario que es el responsable frente a ella de los gastos comunes. Costas: estimación parcial: es determinante de su no imposición. *Sentencia de 28 de junio de 1983**.

145. **Divorcio.** Medidas inherentes al mismo: clases: a) de derecho necesario y b) fundadas en interés privado. Irrenunciabilidad de las primeras y obligación del Juez de establecerlas. Renunciabilidad de las segundas que están precisadas de rogación. Solicitud de estas por vía reconventional: posibilidad de la misma pese a la dicción de la disposición adicional 5ª, apartado a) de la Ley 30/81. Falta de traslado para su contestación: Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 28 de junio de 1983**.
146. **Culpa extracontractual.** Prescripción. Inicio del plazo desde que se dictó el auto ejecutivo aunque no se accione en base a él sino del artículo 1902 del Código Civil. Doctrina del T.S. Costas procesales. Temeridad. *Sentencia de 30 de junio de 1983**.
147. **Tercería de dominio.** Traba dimanante de un procedimiento laboral: Inadecuación de procedimiento. *Sentencia de 2 de julio de 1983.*
148. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por obras inconsentidas. Concepto de configuración en la doctrina del T.S. Supone cambio de la misma la superposición de un pavimento sobre el existente que disminuye el volumen del local. *Sentencia de 5 de Julio de 1983**.
149. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pago: pago parcial: eficacia liberatoria del mismo. Estimación de pluspetición implícita en la excepción de pago formulada. *Sentencia de 6 de julio de 1983**.
150. **Alimentos provisionales.** Modificación de lo convenido privadamente: procedimiento adecuado y Tribunal competente. *Sentencia de 8 de Julio de 1983.*
151. **Propiedad horizontal.** Acuerdos dejados sin efecto por otros posteriores: nulidad de estos por no haber sido tomados con el quorum preciso. Y de aquellos por defectos de la convocatoria. Actuación de los propietarios en interés de la comunidad: Es necesario un acuerdo previo y que conste la inactividad del Presidente. *Sentencia de 8 de julio de 1983.*
152. **Confirmación** de la sentencia apelada. *Sentencia de 8 de julio de 1983.*
153. **Divorcio.** Régimen de visitas relegado para el período de ejecución de la sentencia: Improcedencia de la apelación contra ésta por suponer la eliminación de un período procesal (el de ejecución). Pen-

- sión compensatoria: requisitos para establecerla: improcedencia. *Sentencia de 9 de julio de 1983.*
154. **Arrendamientos urbanos.** Traspaso: Farmacia: Legislación aplicable. Exclusión del valor de las existencias. *Sentencia de 9 de julio de 1983*.*
155. **Reclamación de cantidad.** La tenencia de una letra no supone su pago cuando se demuestra que ello obedece a su renovación. *Sentencia de 9 de julio de 1983.*
156. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por obras in consentidas. Obras en elemento común de uso privativo autorizadas por la comunidad de propietarios: Desestimación de la demanda. *Sentencia de 11 de julio de 1983.*
157. **Culpa extracontractual.** Responsabilidad solidaria. Caso fortuito o fuerza mayor; necesidad de probarlos por quien los invoca. Responsabilidad por hechos de otro: Doctrina del T.S.: Interpretación extensiva. *Sentencia de 11 de julio de 1983.*
158. **Propiedad horizontal.** Cláusula exoneratoria de contribuir a determinados gastos comunes en favor de cierta parte determinada: Fundamento y validez de la cláusula. Responsabilidad decenal: Prescripción: Inexistencia por haber ejercitado la acción dentro del plazo de quince años siguientes al día en que se manifestó el defecto dentro del plazo de diez años de garantía. *Sentencia de 11 de julio de 1983*.*
159. **Novación.** Requisitos para que produzca efecto extintivo. Novación modificativa. Presunciones: Condiciones para su validez como medio de prueba. *Sentencia de 12 de julio de 1983.*
160. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión, traspaso: Inexistencia al haberse previsto en el contrato la transformación del arrendatario, comerciante individual, en comerciante social. Prescripción de la acción: inicio del cómputo desde la constitución de la sociedad. *Sentencia de 12 de julio de 1983.*
161. **Contratos.** Cumplimiento y alcance de los mismos en venta de viviendas: obras necesarias para hacerlas útiles a su destino. Congruencia. *Sentencia de 14 de julio de 1983*.*

162. **Divorcio.** Separación canónica anterior. Es improcedente reclamar las pensiones, que se dicen impagadas, decretadas en razón de tal procedimiento canónico. Reiteración del criterio de la Sala sostenido en la S. 145/1983. Principio de preclusión y oportunidad procesal. Alimentos: falta de necesidad. *Sentencia de 14 de julio de 1983.*
163. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo. Incumplimiento de la obligación de pago de intereses contractualmente determinante del vencimiento: Exigibilidad del íntegro crédito a lo que no se opone la apertura de una imposición a plazo al tiempo de la concesión para garantizar su buen fin y con saldo sobrado para cubrir los intereses pendientes. *Sentencia de 14 de julio de 1983*.*
164. **Divorcio.** Causa primera del art. 86 del C.C. Demanda canónica de nulidad a la que el marido prestó su conformidad: Es equiparable a la demanda de separación a que aquel precepto se contrae: Interpretación del mismo. Pensión compensatoria. *Sentencia de 15 de julio de 1983.*
165. **Contratos.** Resolución por incumplimiento. Eficacia del requerimiento efectuado contestando al acto de conciliación. Voluntad rebelde: se infiere del no ofrecimiento de las cantidades en cuya ineffectividad se sustenta la resolución y en sostener su inexigibilidad. Presunciones: Falta de enlace preciso y directo. Dolo, error: Inexistencia. *Sentencia de 16 de julio de 1983*.*
166. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de cláusula de valor: Nulidad del juicio: Rectificación del criterio sostenido en resolución anterior. Costas: Su régimen en relación con los motivos de nulidad. *Sentencia de 18 de julio de 1983*.*
167. **Recurso de apelación.** Su ámbito: Modificación de oficio del fallo de primera instancia para atemperarlo a la congruencia. *Sentencia de 18 de julio de 1983*.*
168. **Juicio ejecutivo cambiario.** Renovación de letras: La no entrega de las primeras no resta eficacia ejecutiva a las que las sustituyen. *Sentencia de 19 de julio de 1983.*
169. **Ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima: Impide su estimación cualquier negligencia, aunque levísima, del conductor del vehículo causante. Estimación de la excepción: doctrina de la Sala. *Sentencia de 19 de julio de 1983*.*

170. **Separación matrimonial.** Valoración de la prueba: Adulterio no probado. *Sentencia de 20 de julio de 1983.*
171. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas: apertura de un hueco en un tabique para comunicar dos locales contiguos. Estimación de la demanda. *Sentencia de 21 de julio de 1983.*
172. **Juicio de desahucio.** Objeto del arrendamiento: Industria. Interpretación de los contratos. Expiración del término. *Sentencia de 21 de julio de 1983.*
173. **Incompetencia de jurisdicción.** Director de hotel: es competente la civil. Estudio de la legislación aplicable. Resolución unilateral: Validez en esta clase de contratos basados en la confianza. Preaviso: necesidad: su falta determina la indemnización de perjuicios. *Sentencia de 27 de julio de 1983*.*
174. **Culpa extracontractual.** Accidente de circulación: compatibilidad de las indemnizaciones con cargo al seguro obligatorio y las complementarias al amparo del art. 1902 del C.C.: Estudio de la legislación aplicable. Falta de prueba del proceder culposo o negligente del demandado. *Sentencia de 28 de julio de 1983*.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

87

87. TERCERIA DE DOMINIO. Necesidad de acreditar la propiedad de los bienes sobre la que versa en el momento del embargo: Doctrina del T.S. Bienes adjudicados en subasta judicial: La entrega equivale a la puesta en posesión: Doctrina del T.S. Falta de entrega de los bienes y presunción de abandono. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 3 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, estimatoria de la demanda de tercera de dominio sobre los bienes muebles relacionados en el edicto número 6.053 publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 4 de Agosto de 1981 —número 17.913—, es impugnada por el co-demandado acreedor, por no ser el tercerista, propietario de los referidos bienes, pues si bien le fueron adjudicados como resultado de la celebración de una subasta judicial, no le fueron entregados los bienes adjudicados ni realizó acto de disposición alguno respecto a los mismos.

CONSIDERANDO: Que "al implicar la tercera una cuestión de preferencia, es imprescindible que la justificación del dominio se refiere a la existencia de un derecho de propiedad vigente en el momento de ser susceptible de originarse la acción, esto es, que tenga realidad en el momento del embargo, porque siendo éste el causante de la privación posesoria hay que justificar que al practicarse el embargo, originador de dicha privación, tenía el tercerista la propiedad del bien embargado, indispensable para que pueda concedérselo el respeto y la protección que reclama" —primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 Enero de 1964 y en igual sentido el tercer considerando de la de 2º Febrero 1966, primer considerando de la de 25 Marzo 1969 y segundo considerando de la de 4 de Abril 1980—.

CONSIDERANDO: Que es igualmente doctrina jurisprudencial, establecida en las sentencias de 26 Junio 1946 y 20 Octubre 1961, que en las adjudicaciones y venta de bienes muebles corporales subastados judicialmente, en ejecución de sentencia, rige la presunción contenida en el párrafo 1º del artículo 1.462 del Código Civil, según la cual, se entiende entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, norma que está de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 1509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, expresamente ordena la entrega de los bienes subastados al adjudicatario y que firme el recibo en los autos, lo que es lógica consecuencia de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste, en todo momento, en poder de quien se encuentran materialmente

los bienes embargados y subastados; así pues, la tradición exigida respecto a los bienes muebles objeto de la tercería no es la instrumental, sino la real, la cual, según doctrina del Tribunal Supremo —Sentencias de 10 Abril 1927 y 15 de igual mes de 1947, entre otras—, es la establecida en el párrafo 1º del artículo 1.462 ya citado (Sentencia de 2 Noviembre 1974).

CONSIDERANDO: Que en la prueba practicada no consta que los bienes muebles que fueron adjudicados al hoy tercerista, le hayan sido entregados ni que tenga la posesión de los mismos, y por ello se estima que no adquirió la propiedad de tales bienes (párrafo primero del artículo 1462 del Código Civil); pues si bien solicitó al Juzgado que le entregaran los muebles adjudicados y presentó a tal fin el correspondiente escrito (folio 63) y se accedió a tal petición (folio 65), no obstante no se pudo realizar la entrega por no haber comparecido a la hora del día señalado para tal diligencia, el adjudicatario ni persona alguna en su nombre para llevarla a efecto, según consta en la diligencia levantada a efecto (folio 95 vuelto), sin que tampoco conste en autos que el adjudicatario, hoy tercerista, haya realizado acto de disposición alguno respecto de los bienes que le fueron adjudicados, que continúan en el mismo lugar y bajo la posesión de la misma persona que los tenía antes de la adjudicación (posición 7ª del tercerista y 8ª del codemandado deudor, que es cuñado de aquel); amén que tal demora por el adjudicatario envuelve un abandono de sus derechos (Sentencia de 20 Octubre 1961). Lo que determina la inexistencia de uno de los tres requisitos esenciales establecidos por la jurisprudencia patria interpretativa del artículo 348 del Código Civil, y por ende la revocación del fallo dictado, previa estimación de la apelación formulada.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad LL. S.A. debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha dieciséis de Junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta capital en el juicio de tercería de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda de tercería formulada por don J. C. R. contra la entidad LL. S.A., y don J. T. B., a los que se absuelve de dicha demanda; sin hacer expresa condena de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la rebeldía del codemandado don J. T. B., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

95

95. ACUERDOS SOCIALES, IMPUGNACION. Falta de aprobación previa por el Consejo de Administración del balance y de la cuenta de resultados aprobados mediante el acuerdo impugnado. Derecho de

información. Estimación de la impugnación. *Sentencia de 9 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la parte actora al amparo de la norma contenida en el artículo 67 de la Ley Reguladora de las Sociedades Anónimas solicita se declare la nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias que habían sido adoptados por la Junta General Ordinaria de la Sociedad demandada en sesión celebrada el 28 de junio de 1978, con base en los siguientes motivos: a) Los citados balances y cuenta de pérdidas y ganancias no fueron aprobados por el Consejo de Administración con antelación a la celebración de la Junta General cuyos acuerdos son objeto de impugnación y b) El actor no pudo ejercer el derecho de información establecido por la norma contenida en el artículo 110 de la citada Ley por cuanto el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias no se hallaba a disposición de los accionistas en el domicilio social con la antelación prevenida por la norma citada.

CONSIDERANDO: Que para resolver la pretensión impugnativa expuesta es necesario establecer a modo de premisas lo siguiente: 1º) Es obligación de los administradores —sean único, varios u órgano colectivo— formular en el plazo máximo de cuatro meses a partir del cierre del ejercicio social el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa; 2º) Es misión específica de las Juntas la aprobación de los citados balances y cuentas de pérdidas y ganancias; 3º) Que los citados órganos sociales no pueden transferirse las respectivas funciones mencionadas; 4º) Los accionistas tienen derecho a tener a su disposición en el domicilio social, quince días antes de la celebración de la Junta General, los documentos y el informe sobre ellos emitido a que se refiere el artículo 108 de la Ley Reguladora de las Sociedades Anónimas; y 5º) El incumplimiento de este deber precitado conduce a la posibilidad de impugnación de los acuerdos adoptados por las Juntas Generales que hagan referencia a temas relacionados con el balance o con el informe de preceptiva puesta a disposición de los socios.

CONSIDERANDO: Que apreciado en conjunto el resultado de los medios probatorios aportados por el impugnante al proceso resulta acreditado: a) que el Consejo de Administración de la sociedad demandada no sólo no asumió como propios el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias objeto de los acuerdos impugnados, sino que no tuvo conocimiento de los mismos con anterioridad a la Junta General en que resultaron aprobados; y b) que el mencionado balance no estuvo a disposición de los accionistas en el domicilio social de la entidad demandada durante los quince días anteriores a la celebración de la Junta General Ordinaria.

CONSIDERANDO: Que las circunstancias expuestas conducen, en aplicación de las premisas jurídicas expuestas anteriormente, a decretar la nulidad de los Acuerdos correspondientes adoptados por la Junta General Ordinaria celebrada el día 28 de Junio de 1982, sin que frente a ello sea válido argumentar que la condición de Consejero que ostenta el actor le prive del derecho de información establecido por la normativa contenida en el artículo 110 de la citada Ley, dado que como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de abril de 1962 “el conocimiento de los documentos a que alude el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas con la antelación prevista, es decisivo para formar juicio sobre la exactitud del balance, memoria, etc, sin que el hecho de que el accionista sea también Consejero le prive del reconocimiento de los derechos a la publicidad como tal accionista”.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en la norma undécima del artículo 70 de la Ley Reguladora de las Sociedades Anónimas procede imponer a la sociedad demandada las costas de este procedimiento.

VISTAS la Ley de 17 de Julio de 1951, Ley Reguladora de las Sociedades Anónimas y los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Don A. B. O. en nombre y representación de Don G. C. F. contra la entidad "C. C., S.A." debemos declarar y declaramos nulos los acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria de la entidad demandada celebrada el día veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y dos, relativos a la aprobación del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias reflejados en los puntos tercero y cuarto del acta correspondiente y ello con expresa imposición a la demandada de las costas de este procedimiento. Dada la incomparecencia de la entidad demandada "C. C., S.A." notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

105

105. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Protesta de abonar justos y legítimos pagos: es intrascendente. Pluspetición: Necesidad de consignar en la letra la cantidad recibida y de dar recibo separado: Doctrina de la Sala. Admonición a un Letrado elegantemente rechazada por la Sala de manera expresa. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que si bien no procede efectuar consideración alguna sobre el segundo motivo de oposición —protesto de una de las cambiales fuera del plazo legal— por cuanto ha sido expresamente abandonada por el recurrente, sin embargo esta Sala estima necesario declarar, que rechaza expresamente la admonición dirigida por el Juzgador a quo al Letrado del ejecutado —admonición contenida en el párrafo último del considerando segundo de la sentencia impugnada—, dado que de lo actuado no aparece causa alguna que la justifique.

CONSIDERANDO: Que los dos motivos de oposición mantenidos en el acto de la vista del recurso que se resuelve —omisión de la protesta de abonar pagos legítimos y pluspetición— deben desestimarse en base a los razonamientos expuestos por el Juez a quo a los que, con efectos simplemente corroborativos, cabe añadir: A) Que la protesta de abonar pagos legítimos es cláusula que carece hoy de sentido, pues, aunque no se exprese, el acreedor responde por la pluspetición o ejecución indebida a tenor de la normativa contenida

en el artículo 1466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; B) Que como esta Sala tiene declarado en Sentencias de 5 de marzo de 1980 y 19 de Enero de 1981 "en el rigor formal de la letra de cambio, formalmente ha de constar en ella también la imputación de la cantidad que con cargo a la misma se reciba, del modo establecido en el artículo 494 del Código de Comercio: anotando en ella la cantidad cobrada y dando recibo separado de lo percibido, con lo que se excluye la imputación ideal del artículo 1174 del Código Civil, de suerte que el acreedor cambiario conservara la integridad del crédito incorporado a la letra si la entrega de dinero que se le hubiera hecho por el deudor no se imputare a ella en la forma dicha, o cuando esta imputación no resulte "a fortiori" como cuando el de la cambial sea el único crédito".

CONSIDERANDO: Que no procede hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don G. C. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Uno de esta ciudad, el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

106

106. **DIVORCIO.** Erradicación de toda idea de culpa. Carácter de la intervención judicial. Cese en la convivencia: es compatible con la reanudación de la vida en común siempre que se den las previsiones del art. 87 del C.C. *Sentencia de 17 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el divorcio postulado por el marido por vía reconvenional, con base en la causa 4ª del artículo 86 del Código Civil, complementada con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 87 del mismo Cuerpo legal, y que fue desestimado en primera instancia, se reitera en esta alzada con la misma apoyatura legal.

CONSIDERANDO: Que, con la entrada en vigor del actual artículo 85 del citado Código que proclama que "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio", quedó modificado radicalmente el criterio de nuestro Derecho histórico, solo interrumpido por la corta vigencia de la Ley de divorcio de 2 de Mayo de 1932, de configurar el matrimonio como vinculación indisoluble hasta la muerte de uno de los cónyuges (antiguo artículo 52 del Código Civil). La admisión del divorcio vincular en nuestro Derecho civil, aspecto más novedoso e importante de la nueva reglamentación del matrimonio llevada a cabo por la Ley de 7 de Julio de 1981, número 30/81, que dio nueva re-

dación al Título IV del Libro I del Código Civil, es de aplicación no sólo al matrimonio civil, sino también al no civil (canónico), según precisa la nueva normativa —“sea cualquiera la forma y tiempo de su celebración”—. Característica de la expresa reforma legislativa que interesa resaltar por su relación y trascendencia en la cuestión que se debate en esta alzada, es que estructura el divorcio casi exclusivamente en el dato objetivo de la quiebra del matrimonio, tendente a un sistema de disolución del matrimonio, en el que no es necesario probar la culpabilidad, pues nuestro Derecho matrimonial vigente viene a contemplar el divorcio como constatación del fracaso matrimonial, o sea un divorcio sin culpa, en el que la objetivación del mismo, que excluye la cláusula denominada por la doctrina patria de dureza o salvaguardia —admitida en otros ordenamientos, como el francés, mediante la cual se confía a la autoridad judicial la eventual denegación del divorcio cuando la disolución del matrimonio pudiera afectar sensiblemente a uno de los esposos o de los hijos por perjudicarles gravemente la ruptura del vínculo matrimonial—, da lugar a configurar la intervención judicial en la concreción de la disolución del matrimonio, como una función “cuasi” mecánica o, al menos puramente constataadora de la existencia de la quiebra matrimonial manifestada a través de los elementos constitutivos de las diferentes causas de divorcio, sin conceder en este punto margen alguno, por delimitado que fuera, al arbitrio judicial. Con el fin de mantener el valor sustancial que el cese efectivo de la convivencia conyugal tiene en la formación del supuesto de hecho que da lugar a ciertas causas de separación matrimonial —5ª y 6ª del artículo 82— y de divorcio —1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 86, ambos preceptos del Código Civil—, el nuevo artículo 87 del mismo Cuerpo legal, estatuye en su apartado primero, la compatibilidad de tal cese con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, descartando las lógicas consecuencias que, en contra de tal cese, pudieran deducirse del hecho de vivir los cónyuges bajo un mismo techo, y de la presunción del artículo 69 del repetido Código, siempre que concurren estos dos factores: a) que ello obedezca, en uno o ambos cónyuges, a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos; y b) que estas razones se acrediten en el proceso matrimonial correspondiente.

CONSIDERANDO: Que la causa 4ª del mencionado artículo 86, culminación de la objetivación de las causas de divorcio, invocada de nuevo en esta segunda instancia por el reconviniente, ahora apelante, tiene como base exclusiva el dato fáctico y abstracto del cese efectivo de la convivencia conyugal por cinco años, sin tener en cuenta su origen y sus circunstancias.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se ha acreditado que entre los cónyuges hoy litigantes, desde que se trasladaron a vivir desde Palma a Lluçmajor —hace más de siete años—, cesó la convivencia conyugal: así lo reconoce la propia esposa, que se opone al divorcio instado, al afirmar que “durante el tiempo que ha vivido en Lluçmajor, la confesante dormía en la planta baja y su marido dormía en el piso” (posición 3ª), y lo ratifican los hijos al declarar, al ser repreguntados que, desde que estaban viviendo en Palma hasta hoy, sus padres no hacen vida conyugal, están separados, duermen en habitaciones separadas y su padre ha reforzado la puerta de su habitación poniéndole una barra de madera detrás; sin que sea óbice para la estimación del cese efectivo de la convivencia conyugal, el mantenimiento de vida de los consortes litigantes en el mismo domicilio, pues tal “status” fáctico lo es en interés de los hijos, por parte de la esposa, como se deduce del hecho de que, habiéndosele nombrado en el año 1980 por el Juzgado de primera instancia número Dos de esta capital, Abogado y Procurador para instar su separación matrimonial (folio 10), desistió de su propósito inicial y no llegó a interponer la demanda de separación “al objeto de salvar la unidad familiar” (hechos tercero y cuarto del escrito de demanda instauradora de esta litis); dándose los requisitos exigidos al efecto en el apartado primero del mencionado artículo 87.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y al apreciarse cese efectivo de la convivencia conyugal de los hoy litigantes durante el transcurso de más de cinco años —causa 4ª del artículo 86 del Código Civil—, procede, previa estimación de la apelación formulada, decretar el divorcio postulado por el marido reconviniente, lo que conlleva la revocación del fallo recaído, declarativo de la separación matrimonial instada por la esposa, por ser incompatible con la disolución matrimonial que ahora se declara.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Don B. G. A., debemos revocar y revocamos la sentencia de dos de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Illmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de esta ciudad, especial de Familia, en el juicio de separación de que dimana el presente rollo, y en su lugar, dictamos la siguiente: Que, estimando la reconvección formulada por don B. G. A. contra su esposa doña J. G. P., debemos declarar y declaramos disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio contraído por los litigantes; desestimando por ello la demanda de separación matrimonial interpuesta por doña J. G. P. contra su esposo don B. G. A., al que se absuelve de dicha demanda. Se acuerda que la patria potestad sea ejercida por ambos cónyuges y que la determinación y cumplimiento de las demás medidas derivadas de la disolución del matrimonio acordada, se lleve a efecto en ejecución de sentencia, incluyendo la expedición y remisión de los oportunos despachos para la inscripción de esta resolución en el Registro Civil correspondiente. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

109

109. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. La sociedad arrendadora de vehículos a motor es responsable de los siniestros que causen los arrendatarios. Doctrina del T.S. *Sentencia de 20 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, hallándose el origen de la presente cuestión litigiosa en un accidente de tráfico ocasionado por la imprudencia del conductor de un vehículo arrendado por la entidad propietaria codemandada "E. S.A." y asegurado en la sociedad "M. A. B.", también demandada, y habiéndose impugnado sólo por ésta última la sentencia dictada en primera instancia, aduciendo como fundamento de su pretensión revocatoria la ineficacia de la póliza de seguro voluntario de automóviles, aportada a los autos por la propietaria del vehículo (tomadora de dicha póliza), por estimarla incompleta y falta de uno de sus requisitos esenciales para que, conforme al artículo quinto de sus condiciones generales —que exige la firma de la póliza por ambos contratantes, así como el pago por el asegurado del primer recibo de prima—, pueda entrar en vigor en la fecha pactada por los contratantes, de lo que deduce la inexistencia de la obligación de pago impuesta por la objetada sentencia, ha de señalarse, antes de entrar en el inmediato examen de los razonamientos sostenidos por quien apela, que, ciñéndose su impugnación a este exclusivo extremo, sin que la resolución de referencia haya sido objeto de refutación otra alguna y sin que, en consecuencia, y en virtud de la imposibilidad de modificar una sentencia cuando se produzca como efecto el de su "reformatio in peius", quepa alterar su parte dispositiva más que en lo que haya sido objeto de apelación no es posible aceptar la exposición fundamentadora contenida en su segundo considerando, que excluye la responsabilidad de la

entidad propietaria y arrendadora del vehículo ocasionante de los daños, cuando son causados imprudentemente por el arrendatario, efectuando así una interpretación del artículo 1903 del Código Civil excesivamente restringida y no acorde con la doctrina jurisprudencial reflejada en sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 20 de marzo y 24 de abril de 1973, 16 de junio de 1975 y 23 de febrero y 21 de octubre de 1976, pues en ellas se admite decididamente la posibilidad de extender aquel precepto a supuestos como los contemplados en el presente litigio, saliéndose así de los estrechos moldes que una correcta interpretación literal y lógica del precepto impone.

CONSIDERANDO: Que debe ser rechazada la tesis del apelante en tanto que no halla ningún soporte seguro que la haga prosperable, y ello porque: a) si bien el ejemplar de la póliza traído a los autos carece de la firma del tomador del seguro, no debe olvidarse que se trata tan sólo del ejemplar entregado al asegurado, sin que la entidad aseguradora haya aportado a su vez el ejemplar sin duda obrante en su poder, quedando indemostrada, a falta de tan vital elemento probatorio, la no suscripción de la tan repetida póliza por la asegurada; b) consta satisfecha la prima correspondiente al período de vigencia contractual a cargo de la entidad propietaria del vehículo y en beneficio de la aseguradora apelante; y c) es patente la intervención de esta entidad aseguradora en las diligencias penales instruidas como consecuencia del accidente viario origen de este pleito, y aun cuando ello no es dato por sí solo vinculante a los fines enervatorios sostenidos en esta resolución, sí que permite, conjugándolo con los precedentes, alcanzar la plena convicción y absoluta demostración de una realidad jurídica que en modo alguno es posible combatir; siendo consecuencia de lo expuesto la improcedencia del recurso formulado y la confirmación de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar temeridad en la parte apelante al sostener pretensiones sin fundamento alguno y carentes de la menor consistencia fáctica y jurídica, por lo que debe ser condenada al abono de las costas causadas en esta instancia, imperativas, además, de acuerdo con lo prevenido en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. C. P. en nombre y representación de M. A. B. contra la sentencia de nueve de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, condenando al apelante al pago de todas las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran).

110

110. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Tacha de falsedad: necesidad de que sea categórica: no lo es la que literalmente dice: "tacha civil y categóricamente de falsa la aceptación de la letra que se protesta". Falta de legitimación activa de la actora por no resultar menciona-

da en la letra y poseerla por haberla pagado a su tomador en función de haber garantizado a la entidad librada. *Sentencia de 20 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el contenido de la oposición formulada por la entidad demandada y la impugnación interpuesta por la sociedad actora contra la sentencia que estimaba parcialmente aquélla, motivan que la temática de esta alzada esté formada por las cuestiones que siguen: 1) Establecer si las letras de cambio incorporadas con la demanda instauradora de la litis son títulos válidos para despachar ejecución, y 2) Determinar si la actora está legitimada para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia si bien contiene una argumentación conducente a resolver positivamente la cuestión primera, sin embargo no efectúa pronunciamiento alguno sobre la misma que esta Sala estima debe realizarse desestimando el motivo de oposición que integra tal cuestión por cuanto la supuesta tacha de falsedad al limitarse a expresar que "tacha civil y categóricamente de falsa la aceptación de la letra que se protesta", incumple la exigencia del párrafo 3º del artículo 521 del Código de Comercio conforme a la redacción dada por la Ley 47/1967, de 23 de julio, en cuanto no supone una negativa categórica de la autenticidad de la firma, y olvida así el sentido de tal norma que, en forma auténtica, consagra la propia Exposición de Motivos de la Ley reformadora cuando expresa que "el nuevo texto no concede el efecto impeditivo de la ejecución más que a la tacha de falsedad de la firma formulada en forma categórica y rotunda", aludiendo también a que "este medio defensivo, tan legítimo cuando la firma es realmente falsa, se emplea maliciosamente con frecuencia revistiendo la invocación de la tacha de falsedad con fórmulas ambiguas y vacilantes que, sin comprometer la responsabilidad de quien las emplea, enervan la acción ejecutiva y remiten la cuestión al juicio ordinario, con el consiguiente quebranto de la rapidez y eficacia de la letra de cambio. Posición ya mantenida por esta misma Sala en Sentencias de 18 de noviembre de 1972 y 11 de noviembre de 1974.

CONSIDERANDO: Que para iniciar adecuadamente el análisis de la cuestión segunda es necesario establecer los antecedentes siguientes: 1) Las letras de cambio que se pretenden ejecutar fueron libradas por C. M. S.A. a la orden del B. de C. —ambas entidades ajenas a esta litis— y a cargo de T. M. S.A. quién las aceptó; 2) El B. de C. abonó en cuenta de su cliente, la sociedad libradora, el importe de las cambiales; 3) Impagadas éstas por la aceptante, el Banco descontante intentó —sin conseguirlo dada la falta de saldo— cargar en la cuenta de la libradora descontada el importe de lo anticipado; 4) Ante tal situación, la entidad bancaria mencionada requirió a B. de T. S.A., actora-apelante, para que en cumplimiento de las pólizas de afianzamiento de las suscritas el 12-12-79 y el 30-4-80 por las que garantizaba las operaciones realizadas o que en el futuro realizase la entidad descontada, le abonara el total importe de las cambiales objeto de descuento bancario, y 5) B. de T., tras cumplir con sus obligaciones de fiador mercantil, posee las letras de cambio mencionadas.

CONSIDERANDO: Que a la vista de tales antecedentes, la confirmación de la sentencia recurrida se impone como necesaria por cuanto A) Para determinar los derechos que a la entidad recurrente corresponden en virtud del pago efectuado al Banco de Comercio es necesario examinar el vínculo por el que resultó obligada a realizar aquél y siendo que éste era el propio fiador mercantil —no estrictamente cambiario pues ni la fianza se incorpora en las cambiales, ni existe documento separado con descripción suficiente de las letras avaladas—, es claro que la subrogación operada automáticamente a causa del pago le concedió los derechos que el acreedor satisfecho —Banco descontante— ostentaba frente al deudor y siendo ésta la libradora descontada afianzada como expresamente consta en la certificación bancaria incorporada a la litis, resulta de las pólizas de afianzamiento

existentes y se impone como cierto pues ningún otro deudor hubiese motivado su obligada intervención, es claro que debe concluirse que ningún derecho le fue transferido contra persona distinta y en concreto contra el aceptante de las cambiales; y B) La mera tenencia de las letras de cambio si bien es suficiente para legitimar en juicio a quien esté designado en el efecto cambiario como librador, tomador o endosatario, sin embargo no lo es para producir efectos idénticos respecto a quien, como la entidad recurrente, tenía una posición que se mantuvo con su cualidad de extracambiaria en cuanto la precitada subrogación le permitió acceder exclusivamente a los derechos que el acreedor tenía contra la sociedad deudora afianzada.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad B. T. S.A., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma, en dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, complementándola con la desestimación de la causa de oposición invocada al amparo del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer especial declaración sobre el pago de las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

111

111. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de falta de provisión de fondos basada en la defectuosa realización de los trabajos que motivó su creación: Intranscendencia en este tipo de procedimientos: Doctrina de la Sala. *Sentencia de 24 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva dimanante de las letras de cambio, protestadas por falta de pago, ejercitada por el librador contra el aceptante, este opuso falta de provisión de fondos, alegando que las obras de carpintería que contrataron los hoy litigantes y que determinó la expedición de dichas cambiales, fueron realizadas de forma tan defectuosa, que constituye un incumplimiento del contrato referido, pues, según la parte ejecutada, incumplimiento es dejar la obra en un estado inadmisibles.

CONSIDERANDO: Que, si bien es cierto que cabe en el juicio ejecutivo cambiario analizar los temas de eficacia material de la relación causal o subyacente cuando la relación cambiaria coincide en sus términos subjetivos con los de aquella, no menos cierto es que el juicio ejecutivo tiene naturaleza, especial, sumaria, de abreviación de trámites y ofrece características propias (SS. del T.S. de 20 de Marzo de 1972); lo que determina, como reiteradamente tiene declarado esta propia Sala (SS., entre varias, de 27 de febrero y 29 de Septiembre de 1979 y 19 de enero y 16 de diciembre —dos— de 1981), que los temas de cumplimiento irregular o defectuoso de la prestación por parte del ejecutante en la realiza-

ción causal son ajenos a esta naturaleza sumaria y de limitada cognición propia del juicio ejecutivo, sin perjuicio de su análisis incondicionado en el juicio ordinario correspondiente: posición por lo demás, en línea con lo que enseña la S. del T.S. de 9 de febrero de 1977 en orden al área aplicativa del artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando declara que “basta con considerar que el juicio ejecutivo y como tal sumario no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente”.

CONSIDERANDO: Que toda vez que los títulos presentados con el escrito instaurador de este juicio ejecutivo llevan aparejada ejecución —número 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, al rechazarse la única causa de oposición formulada —la “exceptio non rite adimpleti contractus”—, al disponer el artículo 526 del Código de Comercio que “las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto”, y al haberse cumplido todas las prescripciones legales, procede, previa estimación del recurso formulado, revocar el fallo recaído y dictar sentencia de remate.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con lo preceptuado en el apartado primero del artículo 1474 de la citada Ley Procesal, procede la imposición de las costas de primera instancia, al ejecutado; sin que exista fundamento para hacer expresa condena de las costas de este recurso.

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. F. V., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Mahón, en veinte de Septiembre de mil novecientos ochenta dos, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; y en su lugar dictamos la siguiente: Que, rechazando la excepción formulada, debemos mandar y mandamos seguir la ejecución adelante hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y de los que en lo sucesivo puedan embargarse al ejecutado Don J. F. S. y con su producto entero y cumplido pago al ejecutante Don J. F. V. de la cantidad de cien mil pesetas de principal, mil cuatrocientas treinta y dos pesetas por gastos de protesto e intereses legales del importe de cada una de las letras de cambio ejecutadas desde la fecha de sus respectivos protestos, así como de las costas devengadas en primera instancia; sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada. Dada la incomparecencia en este recurso del apelado-deudor Don J. F. S., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

115

115. COSA JUZGADA. Nulidad de acuerdo: Sentencia anterior firme que declara la validez de todos los actos y contratos adoptados en el período en que se adoptó el cuestionado. Falta de legitimación admitida en pleito anterior: doctrina de los actos propios: desestimación de la

excepción. Caducidad: diferencias con la prescripción. Acto de conciliación: demanda no precedida del mismo: Interrumpe el plazo de caducidad. *Sentencia de 27 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, pese a la multiplicidad de aspectos expuestos y analizados por los litigantes en torno a presuntas irregularidades en el funcionamiento y desenvolvimiento del "C. C. S.", y sin perjuicio de que quepa solventarlas en ulterior pleito sujeto a los límites impuestos por el principio de la cosa juzgada, son las concretas peticiones de las partes, suficientemente explicitadas en sus escritos de alegaciones, las que conforman lo que debe ser objeto de análisis y posterior decisión, de tal suerte que cualquier otro extremo que, aducido y aun total o parcialmente demostrado, no guarde relación alguna con lo que constituye el objeto de esta litis debe quedar marginado e imprejuizado. La resolución dictada en primera instancia se atiene evidentemente a tales consideraciones, y entra a resolver, en consecuencia, sobre dos problemas procesales —relativos a la falta de legitimación procesal de la entidad demandada y a la de caducidad de la acción ejercitada por el actor— y sobre el tema de fondo, centrado en la petición de declaración de incumplimiento de la normativa estatutaria sobre constitución del Consejo Directivo de la asociación mencionada, y en la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por ese organismo en relación con la pérdida de la cualidad de socio del accionante. Antes de entrar en el estudio de los temas discutidos, ha de sentarse, como cuestión fundamental e imprescindible que haga comprensible cuanto ha de decirse, que, habiéndose seguido proceso anterior entre los mismos contendientes —finalizado por sentencia de primera instancia, consentida y firme, de 18 de septiembre de 1981—, se decretó en ella la validez, por razón de subsanación, de los actos y acuerdos tomados por el Consejo Directivo del "Casal de Cultura" durante el período comprendido entre los días 31 de Junio y 4 de Noviembre de 1980, como consecuencia de la ratificación operada por la Junta General Extraordinaria celebrada en esta última fecha, de tal modo que toda cuestión que ahora se plantee ha de pasar inexorablemente por el contenido de dicha resolución, sin que quepa su modificación por imperativo de la autoridad de cosa juzgada, que desplegó su fuerza y eficacia tan pronto como aquella sentencia fue consentida por los también entonces litigantes y devino por tanto firme.

CONSIDERANDO: Que, siendo la primera de las cuestiones suscitadas por el accionante, ahora recurrente, la que atañe a la carencia de legitimación de la asociación demandada "por falta de capacidad en el poderdante" —persona física que compareció a otorgar el apoderamiento, en concreto G. O. L.—, por no hallarse éste facultado para tal fin por acuerdo válido del Consejo Directivo de la asociación, en tanto que ese acuerdo fue adoptado en sesión celebrada sin el "quorum" exigido por las disposiciones estatutarias, el cual, en el entender del apelante, debe ser reputado nulo de pleno derecho y no susceptible de confirmación, no procede atender tales razonamientos debido a dos puntualizaciones que revisten el mayor interés. En efecto, la sesión y el acuerdo de referencia tuvieron lugar dentro del período que, conforme se señala en la ya citada sentencia de 18 de septiembre de 1981, fue objeto de subsanación y confirmación merced a la ratificación realizada por la Junta General Extraordinaria celebrada el día cuatro de noviembre y siguiente, y como sea que esa resolución ha alcanzado firmeza no cabe ahora reproducir nuevamente una cuestión irremisiblemente decidida. De otra parte, salta a la vista que si en el pleito anterior, seguido entre las mismas partes y con los mismos apoderamientos, no se hizo protesta alguna sobre este particular es porque esos poderes fueron estimados válidos y admisibles, no haciendo ahora desdecirse de los propios actos ni comportarse de modo incongruente respecto de hechos y conductas antecedentes, pues ello se halla en completa contradicción con la doctrina legal declarativa de que no puede impugnarse válidamente la legitimación o personalidad de un litigante quien dentro o fuera del proceso se la ha reconocido (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1930, 12 de marzo de 1955, 30 de junio de 1958, 22 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1974, 8 de febrero de 1975,

y 15 de marzo de 1982), ya que ello, además de atentar contra la doctrina de los propios actos, significa un desdoro del principio de lealtad procesal en cuanto que su inobservancia equivaldría a permitir un desconocimiento de aquello que ya ha sido consentido.

CONSIDERANDO: Que, aducida por la entidad demandada la excepción de caducidad, desestimada en la sentencia de primer grado, y reproducida en esta alzada al poder ser apreciada de oficio por el juzgador según reiterada doctrina legal, debe entenderse, a diferencia de lo argumentado en la resolución recurrida, que la acción ejercitada se halla sujeta al plazo de caducidad determinado en el artículo 12 del Decreto 1440/19 65, de 20 de Mayo, por el que se dictan normas complementarias de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, pues según dicho precepto pueden los asociados impugnar los acuerdos y actuaciones de la Asociación que sean contrarios a los Estatutos dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha de adopción de los mismos. Es obvio que la expresión "acuerdos y actuaciones de la Asociación" debe ser comprensiva tanto de lo resuelto y realizado por la asamblea o Junta General como de lo efectuado por cualesquiera de sus órganos directivos, pues no cabe hacer distingos respecto de cuestiones no diferenciadas por la norma, y ello lleva a admitir que, en cualquier caso, ha de jugar el plazo de caducidad normativamente establecido. En el supuesto ahora debatido aparece plenamente acreditado que el Consejo Directivo de la asociación se reunió y acordó excluir de la misma al actor, perdiendo éste su cualidad de socio, el día 30 de mayo de 1981, cuya resolución le fue notarialmente comunicada el día dos de junio siguiente, y dedujo la demanda que inició este litigio el día nueve de julio, teniéndose por interpuesta la demanda y por parte a la actora, en virtud de providencia del día diez, pero sin dársele curso hasta que quedase acreditada la celebración de acto de conciliación. Por la entidad demandada se pretende declaración sobre la decadencia del derecho del actor al haber justificado extemporáneamente, fuera del plazo de cuarenta días, la verificación de dicha conciliación, que tuvo lugar el día 17 de septiembre de 1981. Bien es cierto que la institución de la caducidad no admite, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, interrupción en su periodo de vigencia, de tal suerte que su transcurso es fatal e irremediable (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1962, 18 de octubre de 1963, 6 de abril de 1967, 26 de junio de 1974 y 31 de octubre de 1978), y tampoco debe desconocerse que el acto de conciliación es un presupuesto necesario (artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y condición para la admisibilidad de la demanda, debiendo vigilar su cumplimiento el Juez de primera instancia, quien, procediendo de oficio, no debe admitir ninguna demanda que no vaya acompañada de certificación del acto de conciliación en los casos en que sea preceptiva (como lo es en el presente). No obstante, pese a semejantes declaraciones de obligatoriedad, la propia Ley Procesal reconoce la validez y eficacia de aquellos actos procesales realizados sin el cumplimiento de dicho requisito, dejando a salvo responsabilidades y declarando la necesidad de su celebración tan pronto como se note su falta (artículo 462 de dicha Ley procesal), de lo que no cabe sino inferir que esa imposición procesal no reviste la naturaleza de una condición indispensable y sin la cual no quepa reputar válido ningún acto procesal, sino que, aun reconociéndose su obligatoriedad, como medio de solución de conflictos, no impide estimar la validez y eficacia de lo ya actuado a pesar de haber mediado un error u olvido judicial. Es indudable que, en el caso presente, el actor manifestó su voluntad de ejercitar la potestad conferida por el artículo 12 del indicado Decreto al interponer la demanda antes del transcurso del plazo de caducidad, y debe atenderse a ese acto aun cuando no estuviese adornado del requisito de la previa conciliación, la cual se celebró además en breve plazo, pues de no ser entendido de esta manera se convertiría la conciliación en una institución con características y efectos no recogidos en la propia Ley, llegando a ser un requisito constitutivo de la demanda más que complementario aunque obligatorio. Así pues, debe otorgarse preminencia a la manifestación de voluntad contenida en la demanda que ejercita una potestad normativamente reconocida, y relegar a su propia esfera a lo que con la conciliación se pretende, sin otorgarle mayor relevancia ni concederle efectos que excedan de aquellos para los que fue creada, ni, desde luego, pretender que su celebración extemporánea haya de producir efectos en orden a la eficacia de la caducidad.

CONSIDERANDO: Que, solventados los aspectos procesales sobre los que las partes discrepaban, ha de entrarse en el fondo de lo debatido, y siendo así que la pretensión del

accionante está dirigida a la declaración de nulidad de determinados acuerdos adoptados por el Consejo Directivo al no hallarse éste constituido de acuerdo con las prescripciones estatutarias, no debe prosperar tal petición por no observarse infracción alguna de dichas normas. En efecto, si como dispone el artículo 11 de los estatutos basta la mitad más uno de los componentes del Consejo Directivo para que quede válidamente constituido, y aparece que dicho Consejo estaba formado por doce miembros (nombrados en la Junta General Extraordinaria de cuatro de noviembre de 1980), es obvio que su válida constitución precisaba de siete miembros, que son los precisamente concurrentes a la sesión habida el día 30 de mayo de 1981. Por consiguiente, ninguna irregularidad es apreciable en derredor de este particular ni cabe sostener la nulidad pretendida.

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 ambas instancias, desestimándose con ello la apelación adhesiva formulada por la parte demandada, en otrosí de su escrito evacuando el traslado de instrucción.

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

FALLAMOS: Que, con desestimación de los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Sr. R. A. en nombre y representación de Don J. A. E. y el a su vez formulado por el también Procurador Sr. A. R., adhesivamente en representación de la demandada C. C. S. contra la sentencia de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Uno de Palma de Mallorca debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Carlos Climent Durán).

116

116. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Cesión, subarriendo, traspaso. Arrendatario dado de alta como pensionista en régimen de autónomo. Incompatibilidad de tal situación con cualquier actividad lucrativa. Introducción de un hijo en el local: supone traspaso. Legislación aplicable y doctrina del T.S. *Sentencia de 31 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que son hechos fundamentales, reconocidos o probados, de los que hay que partir para el exámen y resolución del presente recurso, los que siguen: Primero.- El hoy actor-apelante y don G. M. F., aquél como arrendador, éste como arrendatario, concertaron por escrito el día 1º de Febrero de 1958 un contrato de arrendamiento urbano, por el que se cedió el uso y disfrute del local de negocio sito en la calle Plaza Vieja número 4 de la población de Montuiri, con destino a taller de carpintería del arrendatario (folio 2). Segundo.- En el año 1977, Don G. M. F., a petición propia, fue dado de alta

como pensionista en la Seguridad Social, en el régimen especial de "Trabajador autónomo" (posición 1ª de dicho demandado). Tercero.- Don G. M. A. —hijo del arrendatario y aquí co-demandado-apelado—, que antes de la jubilación de su padre nunca estuvo dado de alta en la Seguridad Social, como trabajador por cuenta ajena, está en la actualidad afiliado a dicha Seguridad como trabajador autónomo por su actividad de carpintero que, por cuenta propia, desarrolla en el local objeto de esta litis (posiciones 1ª y 2ª de dicho demandado). Cuarto.- No se ha notificado al arrendador cambio alguno en la titularidad locativa del inmueble mencionado.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo tiene declarado que "conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Orden de 30 de mayo de 1962 dictada en cumplimiento del Decreto de 23 de junio de 1960, por la que se aprobaron los Estatutos de la Mutualidad de Trabajadores Autónomos, el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena y con todo trabajo lucrativo por cuenta propia, razón por la cual este Tribunal, contemplando el hecho básico de que el titular de un arrendamiento de local de negocio solicita y obtiene, al amparo de dicha disposición la pensión de jubilación, dijo ya en la sentencia de 17 de abril de 1969, que la jubilación del titular del arriendo no le permitirá seguir actuando al frente del negocio y cobrar la pensión de jubilación pues no es posible estimar dos situaciones distintas, una a efectos laborales y otra a efectos civiles; y si a los primeros para su situación de jubilado no puede actuar por si ni trabajar por cuenta ajena, la situación por él creada tiene que producir todos los efectos civiles inherentes a la cesión del negocio; lo contrario conduciría al absurdo de estimar que los Tribunales pueden proteger situaciones que se aparten de lo legal y hasta de fundamentales deberes de sinceridad indispensable en la convivencia social". (Primer considerando de la sentencia de 12 Marzo 1975).

CONSIDERANDO: Que esta doctrina ha venido reiterándose, en los propios o parecidos términos, por numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 21 de mayo de 1969, 23 de junio de 1970, 7 de octubre de 1971, 2 de junio de 1973, 22 de febrero de 1974; y si bien es cierto que el párrafo segundo del artículo 20 de la Orden de 30 de mayo de 1962 añade que a los efectos de lo establecido en el párrafo anterior no se entenderá como realización de trabajo el mero mantenimiento de la titularidad arrendaticia del local de negocio, la sentencia de 2 de junio de 1973 aclara que a esta frase hay que atribuir el significado, no de que el locatario conservaba la titularidad real y verdadera de la industria, toda vez que el mantenimiento de esta titularidad era incompatible con la cesación en el arrendamiento del local, sino en el de que el arrendatario seguiría figurando ante terceros como titular de la empresa aparentándolo en las derivadas de la misma ya fuesen de tipo fiscal, profesional o mercantil. (Segundo considerando de la citada sentencia de 12 Marzo 1975).

CONSIDERANDO: Que, consecuente con lo declarado por el Tribunal Supremo en las citadas sentencias de 2 de Junio 1973 y 12 Marzo 1975, y con el fin de mantener el principio general de que carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior —artículo 1.2 del Código Civil—, el actual artículo 92 de la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970, que corresponde al invocado artículo 20, redactado según se inserta por Orden Ministerial de 31 de Julio de 1976, en su apartado segundo omite toda referencia a la titularidad arrendaticia del local de negocio, desapareciendo así las posibles dudas que se suscitaban del contenido del apartado segundo del anterior artículo 20 aludido, ya que ahora se declara que "el disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad".

CONSIDERANDO: Que alegada por la parte actora como causa de la resolución postulada del contrato de arrendamiento, la situación del mismo como pensionista de la Seguridad Social —régimen especial de trabajadores autónomos— y que el hijo del arrendatario, al mismo tiempo que se le concedió la jubilación a su padre, se dio de alta, a petición propia, en el mismo régimen especial de la Seguridad Social, por su actividad de carpintero que por cuenta propia desarrolla en el local arrendado, la doctrina legal anteriormente expuesta es de aplicación al presente caso, por cuanto la situación de pensionista es incom-

patible en términos absolutos con cualquier otra actividad lucrativa al servicio propio o ajeno, y hace presumir que si el negocio continua en el mismo local es en beneficio de tercero, concretamente de su hijo don G. M. A. que trabaja por cuenta propia en el inmueble locado; sin que pueda apreciarse la existencia de una asociación familiar, a los efectos del artículo 31.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que es requisito básico para tal asociación que el arrendatario del local de negocio haya fallecido, supuesto que no es el de autos. Sin que por otro lado la afirmación del juez "a quo" de que los actos "ad extra" de la empresa ubicada en el local sean idénticos antes y después de la jubilación de don G. M. F. revelan la no cesión del inmueble, pueda ser acogida por este Tribunal "ad quem", pues la acción resolutoria que se ejercita en este juicio, no es por cambio de actividad industrial, sino por cese de toda actividad lucrativa por cuenta propia por parte del arrendatario, lo que significa que la actividad industrial que continua desarrollándose en el local arrendado, se lleva a cabo por persona extraña a la relación locativa constituida, aunque dicha persona sea hijo del arrendatario, parentesco que es inoperante a los efectos que ahora se dilucidan.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y al apreciarse la existencia de la causa resolutoria del contrato de arrendamiento de local de negocio 5ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por traspaso o cesión del local de negocio realizado de modo distinto al autorizado por la Ley, procede, previa estimación de la apelación formulada, revocar el fallo recaído desestimatorio de la demanda interpuesta.

CONSIDERANDO: Que el artículo 149 de la repetida Ley Especial preceptúa que las costas de primera instancia se impondrán a los litigantes cuyos pedimentos fuesen totalmente rechazados; y las de la apelación, en consideración a si se aprecia o no temeridad en el recurrente.

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por don S. C. V., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Manacor el veintisiete de Julio de mil novecientos ochenta y dos, en el juicio de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la demanda formulada por Don S. C. V. contra Don G. M. F. y Don G. M. A., debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio concertado entre Don S. C. V. y Don G. M. F., con respecto al local sito en la calle Plaza Vieja núm. 8 Ac. (antes núm. 4) de la población de Montuiri, apercibiendo de lanzamiento a este demandado si no lo verifica en el plazo legal, con imposición de las costas de primera instancia, por imperativo legal, a los demandados, y sin hacer expresa condena, de las devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

118

118. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Estabilización de rentas. Actos propios que contradicen lo pactado: virtualidad novatoria. *Sentencia de 31 de mayo de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando este pleito sobre aumento de las rentas derivadas de una relación arrendaticia urbana, y, habiendo sido estimada la pretensión de la parte demandante por la sentencia de primera instancia, se alza recurso contra ella por entenderse implícitamente renunciadas las facultades contractualmente concedidas al arrendador para atemperar las rentas a las variaciones experimentadas por el costo de la vida. Para una mejor comprensión de lo que debe ser objeto de resolución se hace necesario tomar como dados los hechos siguientes: a) con fechas de once y veintidós de diciembre de 1975 fueron suscritos por los litigantes un contrato de arrendamiento de local de negocio y un convenio de modificación del mismo, en los que, a los efectos discutidos en este pleito, se acordó revisar anualmente la renta de acuerdo con las variaciones del coste de la vida reflejados en los datos oficiales publicados (condición sexta del contrato), conviniéndose una renta de 25.000 pesetas, si bien durante el primer año, y con el objeto de que el arrendatario pudiese atender a los gastos de instalación, quedó fijada en la cantidad de 20.000 pesetas (cláusula cuarta del convenio); y, al propio tiempo, en su cláusula adicional segunda se estipuló que el punto de partida para la aludida revisión lo constituiría, el primer año, la cantidad de 20.000 pesetas mensuales, y durante los años restantes la suma de 25.000 pesetas mensuales, que ejercerían la función de renta base para computar los aumentos anuales; b) con independencia de la existencia o inexistencia de acuerdos verbales paralelos, coetáneos o posteriores a las fechas de suscripción de los convenios arrendaticios —de los que no existe constancia demostrada alguna—, aparecen sendas cartas de la actora, fechadas a los días 22 de marzo y 30 de diciembre de 1978 y dirigidas al arrendatario, en las que se expresa su decidida voluntad de revisar la renta contractual, indicándose en la primera de ellas la cantidad que en la anualidad siguiente —a partir del mes de abril de 1978— debería ser satisfecha (31.725 pesetas), y anunciándose en la segunda el propósito de reactualizar esa renta tan pronto como fueran poseídos los datos oficiales pertinentes; c) la arrendadora remitió, con fecha 16 de enero de 1980, una nueva carta al arrendatario en la que le comunicaba que “a partir del próximo mes de febrero del corriente año, el alquiler del local... será de 25.000 pesetas, según lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento de 22 de diciembre de 1975”, sin contener ninguna otra especificación o puntualización; d) por carta de 17 de diciembre de 1980, la arrendadora comunicó al arrendatario la procedencia de una nueva variación del importe de la renta, indicando que “en consecuencia, la próxima mensualidad y sucesivas quedarán revisadas, hasta la próxima evaluación, en dicho... (porcentaje), resultando una renta mensual de 27.960 pesetas”. Es a la vista de estos datos que ha de resolverse en torno a si procede o no la elevación de la renta contractual en las condiciones pretendidas por la arrendadora que se acoge a lo pactado en los contratos arrendaticios iniciales.

CONSIDERANDO: Que es bien cierto que lo pretendido por la arrendadora, ahora apelada, se ajusta matemáticamente a lo literalmente pactado en los contratos arrendaticios (contrato inicial y posterior convenio de modificación), de tal suerte que ninguna objeción cabe oponer a los cálculos por ella realizada al ser fiel reflejo del contenido contractual; pero el problema litigioso no se presenta tan lineal o simplista como parece sostener la parte arrendadora, sino que, siendo toda relación arrendaticia una institución que se desarrolla en el tiempo, se halla sujeta a las alteraciones que pueda experimentar los actos o conductas seguidas por los contratantes, y es esto precisamente lo que ocurre en el presente caso, en que debe atenderse al modo de comportarse de la arrendadora, variable en sus diversas manifestaciones de voluntad, que ha de surtir efectos sustanciales a la hora de determinar la procedencia de sus peticiones. En efecto, de la declaración de voluntad contenida en la carta de 16 de enero de 1980 —en la que se fijaba la renta mensual a satisfacer por el arrendatario en la suma de 25.000 pesetas— no cabe sino inferir que con anterioridad era pagada una cantidad diferente que, a falta de otros elementos probatorios, es la determinada en el convenio complementario de 22 de diciembre de 1975 (cláusula cuarta), esto es, la suma de 20.000 pesetas mensuales, el cual importe vino abonándose desde la suscripción de los pactos arrendaticios hasta esa misma fecha. Bien es cierto que las misivas remitidas en marzo y diciembre de 1978 —cuya fuerza probatoria no tiene, por otro lado, la consistencia de las posteriores—, hacían referencia a determinados incrementos que la renta debía experimentar, siendo ello prueba palpable de que en tales momentos concurría en la arrendadora la voluntad de hacer efectivas las previsiones contractuales sobre variación y aumento de la renta, pero esa decisión fue posteriormente modifi-

cada a raíz de la remisión de la carta de 16 de enero de 1980, en la que, como se ha dicho, se fija en 25.000 pesetas el montante de la renta que "a partir de" entónces debía ser satisfecha. Ahora bien, no es sólo la manifestación de voluntad contenida en aquella comunicación la que permite alterar el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, sino que debe ser conjugada con la posterior carta de 17 de diciembre de 1980, en la que, ya sin ninguna duda y prosiguiendo en la orientación marcada por su precedente de enero, se incrementa la renta mensual desde 25.000 pesetas hasta 27.960 pesetas, de tal modo que la arrendadora ha hecho caso omiso, en ambas misivas, a lo inicialmente pactado — desonociéndose, por no alegadas, las razones de ello—, y ha exigido el pago de cantidades muy inferiores a aquéllas que pudiera haber obtenido si paulatina y progresivamente hubiese hecho aplicación de las normas contractuales; y es esta forma de comportarse la que inexorablemente la vincula, debiendo ahora atenerse a sus propios actos contra los que en modo alguno puede ir válidamente. La interpretación del contenido de ambas cartas, examinadas conexas y congruentemente, permite el decaimiento de cualquier otra manifestación anterior, siendo aquéllas interpretadas como exponente de una indudable voluntad de modificación de las cláusulas contractuales iniciales, sobre cuya validez y eficacia se ha producido una implícita y obvia renuncia de parte de la arrendadora, quien ha alterado su contenido sustituyéndolo por otro muy diferente. Así pues, partiendo de la doctrina de los propios actos, ha de entenderse modificada o tácitamente novada la realización contractual arrendaticia en cuanto concierne a la revisión anual de la renta, como consecuencia de la implícita renuncia a hacer valer las estipulaciones originarias y la voluntad manifestada —claramente incompatible con lo contractualmente establecido (artículo 1.204 del Código Civil)— de fijar en otro el importe de la renta.

CONSIDERANDO: Que los precedentes razonamientos conducen a estimar íntegramente la tesis de la parte apelante, y, en consecuencia, admitir tan sólo los incrementos experimentados durante el año de 1980, sin perjuicio de los que con ulterioridad pudieren producirse, cuestión que no es objeto de este litigio.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 149 de la normativa especial arrendaticia urbana, procede rectificar el pronunciamiento sobre costas, debiéndose condenar al arrendador al abono de las causadas en primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las ocasionadas en esta alzada por no apreciarse razón alguna para su expresa imposición a ninguno de los litigantes.

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. B. R. en nombre y representación de Don B. C. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los Palma en quince de Noviembre de mil novecientos ochenta y dos debemos revocarla y la revocamos y, en consecuencia, debemos desestimar y desestimamos la demanda inicialmente interpuesta por el Procurador Sr. O. V. en nombre y representación de Doña M. L. M. L. de la que queda absuelto el demandado, y con estimación de lo por éste solicitado debemos declarar y declaramos que no procede efectuar revisión alguna de la renta más que en relación con la última anualidad (desde diciembre de 1980 a diciembre de 1981), sin perjuicio de lo que con posterioridad a este período pudiere proceder; condenando asimismo al demandante-arrendador al abono de las costas causadas en primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

121. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Inexistencia de cláusula de valor: nulidad del juicio. *Sentencia de 3 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la falta de prueba sobre el segundo motivo de nulidad invocado por el recurrente —la cambial que se ejecuta fue objeto de renovación— motiva su desestimación como correctamente se estableció en la sentencia de instancia y circunscribe la temática esencial de este proceso a determinar si la omisión de la cláusula valor en la letra de cambio aportada con la demanda instauradora de la litis —omisión evidenciada por el contenido del acta del protesto —fundamenta la nulidad del juicio por carecer aquella de fuerza ejecutiva, como pretende el recurrente, o, por el contrario y como mantiene la sentencia impugnada, tal omisión es inoperante cuando la acción se ejercita por el librador contra el aceptante.

CONSIDERADO: Que si bien un sector de la doctrina científica ha entendido que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1982 alineaba nuestro Ordenamiento jurídico con el Derecho Comparado europeo que no considera la cláusula valor como requisito formal para la validez de la letra —inexigibilidad presente en las “Bases para la redacción de una ley cambiaria y del cheque—, sin embargo este mismo Tribunal en reciente sentencia de febrero de 1983 ha declarado, manteniendo la postura expresada en la Sentencia de 5 de octubre de 1971 que “la letra de cambio es un título eminentemente formal, cuyas formalidades se exigen no sólo para la prueba de las obligaciones cambiarias, sino también para la constitución de ellas, viniendo expresamente relacionadas con carácter inexcusable en el artículo 444 del Código de Comercio, de tal manera que si en la letra de cambio falta alguna de las menciones que tal precepto contiene dejan de producir acción en juicio, dejando de ser tal letra de cambio para convertirse en documento distinto, no pudiendo en consecuencia engendrar ninguna acción cambiaria de carácter ejecutivo...”.

CONSIDERANDO: Que al faltar la cláusula valor en la letra de cambio aportada al proceso es claro que no se cumple el requisito previsto en el número 5º del artículo 444 del Código de Comercio y se produce la consecuencia prevista en el mismo precepto de que no surtirá efecto en juicio, pues como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada de 7 de Febrero de 1983 “puesto que faltando un requisito formal exigible en la letra de cambio se paraliza, sin más, la fuerza ejecutivo con relación al tenedor, así como los efectos cambiarios, creando exclusivamente, en virtud de lo normado en el artículo 450 del Código de Comercio, un pagaré a favor del tomador y a cargo del librador, por producción de un fenómeno de conversión de un negocio jurídico determinado, al tratarse de un documento que, siendo apto para generar dos relaciones jurídicas distintas, sobrevive la más sencilla por ser significativa de una más compleja, y más habida cuenta que esa consecuencia la está claramente pregonando nuestro derecho fáctico cuando en los números 1º y 2º del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace referencia, respectivamente, a la nulidad de la obligación y a la falta de fuerza ejecutiva por defecto extrínseco del título...”.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto procede, previa estimación del recurso de apelación interpuesto, dictar sentencia declarando la nulidad del juicio sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en la primera instancia ni, dado el tenor de esta resolución, sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por J. J. G. contra la sentencia dictada por el Illmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma, el dos de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando parcialmente la oposición formulada por el recurrente debemos declarar y declaramos la nulidad del presente juicio ejecutivo por falta de fuerza ejecutiva del título presentado, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

130

130. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. Usucapión extraordinaria. Posesión en concepto de dueño: no la implica el aprovechamiento del predio ni el pago de las contribuciones. Animus: inexistencia. Presunción de abandono por los demandados. *Sentencia de 10 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que no habiéndose hecho cuestión, en esta instancia de las excepciones esgrimidas en la anterior, sobre carencia de legitimación activa y sobre la específicamente contemplada en el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, queda centrado el problema litigioso exclusivamente en la cuestión sustantiva, atinente a la solicitud de declaración de dominio que sobre un bien inmueble pretende haber adquirido la parte actora, ahora apelante, como consecuencia del transcurso de un plazo superior al de treinta años durante el cual se ha dado, en su opinión, una posesión adornada de cuantos requisitos aparecen normativamente exigidos para que pueda producirse ese efecto adquisitivo, haciendo así aplicación de la prevención contenida en el artículo 36 de aquella Ley, que autoriza la prevalencia de la prescripción adquisitiva o consumada frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo a su artículo 34. El análisis de la argumentación que soporta la pretensión ejercitada exige, como elemento previo y necesario, que ayuda a una mejor comprensión del tema discutido, exponer sucintamente los siguientes extremos: a) la finca litigiosa, cuya propiedad es disputada, perteneció a J. R. R., bisabuelo de los demandados rebeldes, hace unos cincuenta años cuando menos, no siendo posible una mayor concreción a la vista de los datos obrantes en autos; b) la inmatriculación o inscripción primera de dicha finca, tardíamente incorporada al Registro en relación con los hechos litigiosos, tuvo lugar el día diez de marzo de 1973, a nombre de los dichos demandados rebeldes, L., C., J. y A. S. F., como nudos propietarios, ostentando la madres de éstos, A. F. J., la condición de usufructuaria; en dicha inscripción se hace constar que la mencionada finca fue adquirida por la hija de J. R., llamada C. R. M., quien falleció el día 16 de enero de 1950, transmitiéndose a su vez al hijo de ésta, L. S. R., padre de los cuatro hermanos que, según aquella primera inscripción primera, aparecen como titulares registrales; c) fueron éstos quienes promovieron juicio de cognición contra los ahora apelantes (número 415 de 1972, seguido ante el entonces Juzgado Municipal número dos de Palma de Mallorca), instando la declaración de nulidad y consiguiente

cancelación del asiento de inmatriculación obtenido por éstos, a cuya pretensión se accedió en sentencia de 28 de mayo de 1973, confirmada por la de esta Sala de 19 de noviembre del mismo año; d) habiendo adquirido el demandado comparecido, ahora apelado, J. A. M., la finca de referencia, que compró a los mencionados hermanos, en virtud de venta escriturada el día 20 de febrero de 1980, la cual accedió al Registro de la Propiedad el día 17 de julio de 1980, se produjo una situación conflictiva entre el nuevo titular y uno de los apelantes en torno al derecho de uso y disfrute sobre la misma, consiguiente al subyacente dominio aquí discutido, que desembocó en juicio de faltas (número 84 de 1981 seguido ante el Juzgado de Distrito número Dos de Palma de Mallorca), en que fue éste condenado como responsable de dos faltas contra las personas. Dados estos hechos —si no necesarios, cuando menos ilustrativos y facilitadores de la solución adoptada en esta resolución— se pretende por quien acciona la declaración de un derecho de dominio fundada en la denominada prescripción inmemorial o extraordinaria “contra tabulas”, recogida en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, por entender haber poseído la finca litigiosa en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente durante más de treinta años.

CONSIDERANDO: Que, dado lo que es el objeto de la acción ejercitada, huelga cualquier referencia a la prescripción “que pueda consumarse dentro del año siguiente” a la adquisición del predio contencioso por el apelado (artículo 36 de la Ley Hipotecaria), puesto que el fundamento de esa acción radica en una adquisición que, en opinión del impugnante, ha sido ya consumada y que incluso lo fue con mucha anterioridad a que el fundo tuviese acceso al Registro inmobiliario; y, siendo esto así, lo que procede es examinar cuantos requisitos aparecen legalmente impuestos para que esa pretendida usucapión pueda producirse, pues es indudable que la no concurrencia de alguno de ellos ha de traer la consecuencia de hacer improsperable la petición inicialmente ejercitada. Es obvio que el artículo 1959 del Código Civil se halla sometido a las exigencias determinadas por su artículo 1941 y que, por consiguiente, la posesión del prescribiente ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida: es precisamente en el estudio de si se ha poseído en concepto de dueño (artículo 447 del Código Civil) en donde se rompe la argumentación sostenida por la parte recurrente, porque, sin desconocer que en efecto tanto los accionantes como sus antecesores han venido sirviéndose del predio para sus menesteres en cuanto agricultores y ganaderos, y aún reconociéndose que han satisfecho cuantas contribuciones rústicas lo gravaban —lo que han hecho durante varios lustros—, ello no significa que al propio tiempo hayan devenido titulares del mismo, porque no poseían la cosa con la intención de haberla como suya (*animus rem sibi habendi*), sino que la detentaban gozando y disfrutando de los beneficios que el terreno era susceptible de producir, pero perteneciendo el dominio a terceras personas, lo que sin duda se infiere de una conjunta apreciación de los elementos probatorios traídos a este pleito, así como de la inexistencia de justificación alguna, mínimamente consistente, que permita estimar demostrada una intención más sólida que la indicada, a lo que se añade un tracto civil y registral suficientemente coherente y contrario a un abandono o cesión del dominio en favor de los recurrentes. Por consiguiente, debe entenderse que lo en su día cedido a los antecesores de quienes accionan fue sólo el aprovechamiento del predio y de sus frutos y que, como consecuencia de la presunción contenida en el artículo 436 del Código Civil —alusiva a que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe otra cosa—, nunca poseyeron la finca en concepto de dueños, siendo éste un obstáculo insalvable para la prosperabilidad de su pretensión, que la hace decaer, y conduce a la confirmación del fallo impugnado.

CONSIDERANDO: Que, pese al carácter imperativo que en materia de costas rige respecto de las apelaciones derivadas de juicios de menor cuantía (artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), son el carácter problemático de este litigio y las no infundadas peticiones de quien recurre los que permiten hacer uso de la disposición adicional contenida en la Ley 81/1963, de 8 de julio, que introduce la posibilidad de salvar la preceptiva condena en costas en segunda instancia siempre que así se motive.

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

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Pro-

curador Sr. R. A. en nombre y representación de Don J. F. S. y Don M. F. M. contra la sentencia de veintiuno de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos 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. Dada la incomparecencia en esta alzada de Don L., Don J., Doña C. y Don A. S. F. y cualquier otra persona física o jurídica que se crea con interés legítimo en este pleito, notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Carlos Climent Durán).

131

131. COSA JUZGADA. Sentencia penal previa: No obsta a la valoración de los hechos por la jurisdicción civil. Distinto origen obligacional en uno y otro supuesto que impide el juego de aquel instituto. *Sentencia de 14 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que las mismas causas de oposición que se adujeron en primera instancia, se reiteran ahora, en esta alzada, con motivos de apelación, a saber: a) excepción de cosa juzgada, ya que en el proceso penal, en el que se ejercitaron tanto las acciones criminales como las civiles, fue absuelto el conductor del vehículo asegurado por la Compañía ahora apelante-demanda, y b) por no compensarse de la cantidad reclamada y estimada por el juez "a quo" —122.683 pesetas— el importe de los daños —56.000 pesetas— que tuvo dicho coche asegurado en el accidente de tráfico del que dimana la pretensión indemnizatoria que postula la contraparte.

CONSIDERANDO: Que la excepción de cosa juzgada, consagrada y regulada en el artículo 1252 del Código Civil, es en su propio sentido, como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Julio 1943, 26 Noviembre 1964 y 18 Abril 1969, la eficacia y autoridad que la Ley, como suprema exigencia del orden y de la seguridad que han de imperar en la vida social, reconoce a la sentencia que estima o desestima la pretensión hecha valer en la demanda o en la reconvencción, y para cumplir este fin el citado precepto, únicamente se refiere a la cosa juzgada en sentido material, que tiene transcendencia sobre procesos futuros y exige que entre el pleito anterior y en el que se invoca concorra la triple identidad: eadem res, eadem causa, eadem persona.

CONSIDERANDO: Que al proclamar el Código Civil en su artículo 1089 que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia", distingue, entre otras, obligaciones civiles que nazcan de los delitos y faltas, que se regirán por las disposiciones del Código Penal —artículo 1092—, y las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penada por la ley, que quedan sometidas a las disposiciones

del capítulo II del Título XVI del Libro II —artículo 1093—. Diferenciación que ha sido reiteradamente señalada por el Tribunal Supremo desde distintos puntos de vista, y así tiene declarado que la responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos culposos o negligentes son especies jurídicas que, aunque expresivas ambas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes Jurisdicciones, por lo que la sentencia absolutoria recaída en juicio Penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en la vía Civil (Sentencias, entre otras, de 26 Diciembre 1969, 20 Enero 1970 y 4 Octubre 1980), y que la sentencia absolutoria dictada en la jurisdicción criminal no vincula a la jurisdicción civil, por las diferencias existentes entre la responsabilidad penal derivada de la culpa o negligencia y la de orden civil, ya que se rigen por preceptos diferentes, están sometidos a jurisdicciones distintas e independientes, diverso es también el sistema de apreciación de las pruebas (Sentencia de 6 Noviembre 1969); por lo que puede prosperar la excepción de cosa juzgada reiterada en este segundo grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir el último motivo impugnativo, ya que la compensación parcial que se reitera en esta alzada, se basa en la concurrencia de daños en los dos vehículos intervinientes en el accidente, pues lo fundamental y decisivo en esta materia es la coexistencia de culpas en los conductores de dichos coches, coexistencia ésta en la que puede regir el principio de absorción, el de neutralización o compensación total y el de moderación o disminución de la cuantía de la indemnización, según la mayor o menor importancia, grado y virtualidad jurídica de las culpas concurrentes, como señala la sentencia de 14 Junio 1973; y no haberse probado —carga ésta que recae sobre el demandado, hoy apelante, a tenor del artículo 1214 del Código Civil—, que el actor haya actuado con culpa o negligencia en el accidente de tráfico de que dimana la pretensión indemnizatoria ejercitada.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse los dos motivos de impugnación y por los acertados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que se incorporan a ésta como parte integrante de la misma, procede la confirmación del fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que el último párrafo 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 formulado por la entidad P. R. S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha primero de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

137. COMPRAVENTA. Nulidad por falta de consentimiento. Valoración de la prueba que permite afirmar la plena capacidad de la ven-

dedora. Son intrascendentes el valor de la venta, el destino del precio y la no ocupación del inmueble por el comprador. **COLACION.** Requisitos: transmisión de un bien de la herencia a uno de los herederos y apertura de las operaciones particionales. **SOCIEDADES ANONIMAS.** Titular fiduciario de acciones: es el legitimado a efectos sociales. *Sentencia de 20 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, no discutidas por no impugnadas las excepciones procesales alegadas en la instancia, y concentrado el recurso en tres concretos extremos, manifestados por el apelante en el acto de la vista y que inmediatamente se referirán, no procede analizar el cúmulo de cuestiones suscitadas en la demanda iniciadora de este litigio en tanto que las mismas se hallan correctamente resueltas en la sentencia de primer grado y completamente ajustadas al ordenamiento jurídico. Las objeciones planteadas por el recurrente se constriñen, en síntesis, a instar la nulidad de pleno derecho de la venta que de un inmueble perteneciente a la madre del accionante se hizo, meses antes de su fallecimiento, en favor de uno de los demandados, estimándose por el impugnante la nulidad o inexistencia de tal transmisión al adolecer de uno de sus requisitos fundamentales (consentimiento de la vendedora); a pedir, en segundo lugar, la nulidad de la venta de otro inmueble, aportado también por la madre del accionante a una sociedad anónima que constituyó junto con sus dos hijos (el actor y uno de los codemandados), que se concluyó como consecuencia del acuerdo adoptado en junta general extraordinaria celebrada al efecto; y, por último, a solicitar la colación de determinadas acciones en la herencia de su fallecida madre, por estimar que son de la pertenencia de ella. El estudio de los problemas suscitados impone su análisis separado, sin perjuicio de las interrelaciones que entre algunos de ellos puedan darse.

CONSIDERANDO: Que, pretendiéndose por el recurrente la declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho, por inexistencia de consentimiento de la vendedora, del negocio de compraventa del inmueble sito en la calle General Goded, número 24, de Sóller, no es posible examinar esta cuestión sin tener presentes, como datos previos que han quedado debidamente acreditados, que: a) el día tres de julio de 1975 recibió el apelante de su madre, en concepto de donación, una porción de tierra de olivar, procedente de la llamada "C'as Sort", siendo aceptada por aquél, y que ulteriormente, según el mismo ha manifestado, enajenó a terceras personas; b) la madre del actor otorgó testamento abierto, fechado el día 16 de julio de 1975, en el que, entre otras manifestaciones, instituyó herederos a sus dos hijos, y revocó sus numerosos testamentos anteriores y cualesquiera otras notas testamentarias que pudieran tener aquel carácter; c) el día 26 de agosto de 1975, la madre del actor vendió a un tercero, M. R. C., la casa de planta baja y dos pisos y otras dependencias y jardín, señalada con el número 24 de la calle General Goded, número 24, de Sóller; d) dicha vendedora falleció el día 20 de Marzo de 1976. Es evidente, y así se desprende de los elementos probatorios obrantes en autos, que en manera alguna ha quedado acreditada una absoluta falta de consentimiento ni de un consentimiento viciado, sino que por el contrario concurre la presunción, acorde con la realidad, de que la otorgante estaba en su sano juicio y con plena capacidad dispositiva; sin que a tal afirmación obste ni el valor de la venta, ni el destino dado al precio obtenido por ella, ni el hecho de que el comprador no haya habitado en la vivienda transmitida, al ser éstas cuestiones tangenciales para lo que constituye el objeto de impugnación.

CONSIDERANDO: Que, conviniendo alterar el orden de los dos puntos restantes a analizar, por obvias razones de lógica y de sistemática, ha de contemplarse ante todo la pretensión centrada en la colación de doscientas acciones en la herencia yacente de la madre del apelante, fundamentada en la existencia de un documento privado, fechado el día 9 de diciembre de 1974, en el que literalmente se indica que uno de los demandados, M.

R. C., reconoce y declara que las acciones de "C. V. S.A." que representan el 50% del capital social y que están a su nombre, "pertenecen a P. C. B., viudad de V." (madre del actor). Es indudable la validez de dicho documento, y así se desprende de la prueba pericial caligráfica realizada en período probatorio; pero no es menos patente el desenfoco de la solicitud interesada, en tanto que no es factible colacionar un bien que no ha sido transmitido por título lucrativo a ningún heredero forzoso. En efecto, para que proceda colacionar algún bien hereditario es necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1035 del Código Civil, que concurran a la sucesión varios herederos forzosos, ya sea a la sucesión testamentaria o ab intestato, y que alguno de dichos coherederos haya recibido del causante de la herencia, en vida de éste, bienes o valores, por dote, donación u otro título lucrativo; y, aun dándose estas condiciones, sería precisa además la justificación de la iniciación de operaciones particionales, judicial o extrajudicialmente, lo cual en manera alguna consta debidamente acreditado. Se desprende de ello, con claridad manifiesta, la improsperabilidad de una tal pretensión lo que, por otro lado, no parece ser necesario si se toma en consideración el texto del aludido documento privado en que se reconoce pertenecer doscientas acciones (la mitad de las integrante de la sociedad anónima) a la causante, a salvo de ulteriores y posibles transmisiones cuya realidad es incógnita al no constar nada sobre tal particular.

CONSIDERANDO: Que, instándose en último término la declaración de nulidad de la compraventa que sobre el inmueble situado en la calle Romaguera, número 18, de Söller, se acordó efectuar en junta general extraordinaria de la sociedad anónima "C. V. S.A." en sesión celebrada el día 27 de junio de 1975, aduciéndose a tal fin que esa reunión social se celebró sin ajustarse a las prevenciones impuestas en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige determinadas mayorías cualificadas cuando han de tomarse acuerdos sociales trascendentales, como en el presente caso se discute. Pero, además de haber quedado acreditado el cumplimiento de cuantos otros requisitos formales son precisos para su validez, es lo cierto que, a la vista de quienes concurrieron a la reunión, se hallaba presente todo el capital social y todos los accionistas que en aquel momento había; no pudiéndose afirmar que M. R. O., quien firmó el documento referido, no fuera, formalmente cuando menos, accionista de aquella sociedad, y que como tal había de ser reputado a menos de infringir precisamente las normas reguladoras del régimen jurídico de las sociedades anónimas. Si, conforme se ha dicho, la pertenencia de aquellas doscientas acciones al portador debe atribuirse, a menos que otra cosa se pruebe, a la madre del apelante, y consiguientemente forma parte de su herencia yacente, ello no es obstáculo para estimar como accionista, titular formal de los derechos emanados de las acciones, a quien aparece como licito detentador de las mismas; y, por consiguiente, debe entenderse bien celebrada la junta extraordinaria de referencia, decayendo así la impugnación sobre este extremo formulada.

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. A. R. en nombre y representación de Don P. J. V. C. contra la sentencia de ocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos 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. Dada la incomparecencia de los demandados Don M. R. C., S. C. y V. S.A. y Don A. V. C. y cualquier persona desconocida que pudiera tener interés en la sociedad, herencia, etc., notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Carlos Climent Duran).

141

141. **DIVORCIO.** Régimen de visitas: necesidad de fundar las razones que motivan la propuesta y de examinar u oír al hijo interesado. Omisión de tales requisitos y dejación del establecimiento de aquél para el período de ejecución de sentencia. Alimentos: Criterios para su fijación. Pensión compensatoria: Elementos a tener en cuenta. *Sentencia de 23 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, no dándose controversia en torno a la disolución matrimonial que por divorcio ha sido decretada —sin perjuicio, claro está, de las creencias, religiosas o de otra especie, que cada litigante pueda tener sobre tal cuestión—, ni respecto de cual de los cónyuges haya de tener consigo a la única hija del matrimonio, en la actualidad de doce años de edad, queda centrada la cuestión litigiosa en tres órdenes de problemas, que tocan al régimen de visitas concedido en favor del esposo, a la contribución de cada cónyuge en la satisfacción de alimento en favor de la hija, y a la pensión reclamada por la esposa en compensación del desequilibrio o empeoramiento experimentado a causa del cese de la convivencia y ulterior divorcio. Como datos a considerar a la hora de solucionar estos problemas son de subrayar, por haber quedado suficientemente demostrados, los siguientes: a) el matrimonio que se disuelve fue contraído canónicamente el día 23 de abril de 1969, siendo fruto del mismo una hija que nació el día 24 de diciembre de 1970; b) a raíz de una clara falta de entendimiento entre los cónyuges —cuyas causas no procede examinar—, presentó la esposa el día 24 de Octubre de 1975, demanda de separación ante el Tribunal Eclesiástico de Menorca, que desembocó en sentencia de separación perpetua, fechada al día primero de agosto de 1978, en la que la esposa quedaba encargada de cuidar y educar a su hija; c) durante el mes de agosto de 1975 solicitó y obtuvo la esposa, en expediente de medidas provisionalísimas incoado al efecto, la separación provisional de los cónyuges y, además de regular cuestiones relativas a la tenencia de la hija y a la ocupación del domicilio conyugal, se concretó el auxilio económico en la cesión de un negocio de botellería arrendado por el esposo y en el señalamiento de la cantidad de tres mil pesetas mensuales que éste debería prestar “para la subsistencia de la esposa e hija”, manteniéndose estas medidas durante la tramitación del pleito canónico y también posteriormente, dada la inexistencia de regulación ulterior convencional o judicial; d) el esposo, que al parecer convive con otra mujer de la que tiene descendencia, desarrolla actividades comerciales como distribuidor de marcas y productos, a cuyo fin ha adquirido un local y es titular de un par de furgonetas que destina a ese objeto; mientras que la esposa trabaja, con una antigüedad del primero de junio de 1977, como dependienta en un establecimiento destinado a la venta de electrodomésticos, habiendo percibido un salario de 34.280 pesetas durante el mes de mayo de 1982. A la vista de estos hechos, y de otros a los que en su momento oportuno se aludirá, han de ser examinados los tres puntos a que se contrae el presente litigio.

CONSIDERANDO: Que la determinación judicial de un régimen de visitas en favor del cónyuge que ordinariamente no está al lado de la descendencia del matrimonio separado o disuelto por divorcio exige —en los casos en que no se da concordancia de voluntades entre los esposos sobre tan concreto punto— no sólo una clara especificación de las condiciones y circunstancias en que deba realizarse —“tiempo, modo y lugar”—, según el artículo 94 del Código Civil, sino también la exposición de las razones que apoyan el establecimiento del régimen solicitado, como medio de poderse explicar y comprender lo que se

desea, máxime si se toma en consideración que el régimen interesado puede significar una importante variación de otro anterior que ha venido funcionando aceptablemente durante varios años. En el caso que se estudia son concretas las peticiones del esposo, manifestadas en un proyecto de convenio rechazado por la esposa, instándose un sensible incremento de los días y horas de contacto, que se convierten en diarios, a la salida del colegio de la hija, siempre que no se interrumpa el normal desarrollo de sus actividades docentes, y propugnándose al propio tiempo la extensión de las relaciones paterno-filiales a los períodos de vacaciones; pero ni se justifican las razones de ello, ni se solicita el examen o audiencia de la hija menor, ni ha sido obtenida una manifestación anuente de la esposa. Es patente, por lo tanto, el absoluto desconocimiento de las particulares circunstancias que rodean el problema del régimen de visitas a señalar y, sobre todo, no aparece en modo alguno acreditada la verdadera posición de la hija ante la cuestión, cuyo interés prevalente ha de ser necesariamente tenido en cuenta a la hora de resolver tan delicado punto. Por consiguiente, dadas las antedichas carencias, ha de ser determinado un régimen de visitas que constituya un marco mínimo y obligatorio susceptible de ser modificado o ampliado a condición de que los interesados manifiesten su conformidad o, en defecto de ella, sea judicialmente acordado durante la ejecución de la sentencia a la vista de las razones que entonces se expongan; y, de esta manera, debe ser confirmado el régimen de visitas contenido en la sentencia recurrida, sin perjuicio de las ulteriores variaciones que puedan producirse sujetándose a las orientaciones indicadas.

CONSIDERANDO: Que la prestación de alimentos que cada progenitor debe satisfacer en interés de los hijos del matrimonio separado o disuelto encuentra su criterio orientativo decisivo en "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento" (artículo 93 del Código Civil), del que son complementarios tanto la situación económica, laboral o de otra especie, de ambos cónyuges, como la actividad que particularmente haya desarrollado aquél a cuyo cuidado haya habitualmente permanecido la descendencia. Nuevamente se observa, en relación a este particular extremo, la carencia de datos probatorios suficientes como para poder determinar los gastos que de ordinario ocasiona la hija del matrimonio, por lo que en su consecuencia habrá que atender a criterios medios o de normalidad, atendidas cuantas pequeñas circunstancias emanan de la contienda y la presumible situación social de los esposos. Así pues, dados los trabajos desarrollados por los mismos, los ingresos ordinariamente percibidos por ellos o que fundamentalmente perciben, los movimientos bancarios de sus cuentas, y atendido el fundamental hecho que es la esposa quien se ha encargado y se encarga diariamente de atender las necesidades de su hija —contribución ésta en especie que no cabe minusvalorar (artículo 103, número tercero)—, procede mantener la cantidad de 25.000 pesetas señaladas en la sentencia de instancia, sin perjuicio de las alteraciones que anualmente pueda experimentar esta pensión, conforme a las variaciones del coste de la vida.

CONSIDERANDO: Que, en relación con la pensión solicitada por la esposa para equilibrar el empeoramiento experimentado a consecuencia de la ruptura del matrimonio y que abstractamente concede el artículo 97 del Código Civil, debe sentarse que se trata de una aportación económica periódica, inspirada en un principio de solidaridad, por virtud de la cual se trasvasan bienes, derechos, facultades y expectativas del patrimonio individual del cónyuge más favorecido —comparativamente y en relación al del otro cónyuge— en favor del que, como consecuencia de la separación o del divorcio, ha resultado de peor condición, procurándose así un equilibrio situado al nivel del estado y situación que el matrimonio tendría de no haberse producido aquella ruptura. Para la fijación de la procedencia de esa pensión y, en su caso, de su cuantía, debe atenderse tanto al conjunto de bienes o expectativas patrimoniales existentes al tiempo de la separación o disolución matrimonial como a los anteriormente habidos o a los trabajos personales o familiares realizados, y, en general, a cuantas circunstancias rodean o han rodeado el desenvolvimiento global de la relación matrimonial desde su inicio —algunas de las cuales aparecen mencionadas, a título de ejemplo, en el artículo 97—, efectuándose un cómputo general que atienda también al ulterior desarrollo, por separado, de las actividades de cada cónyuge y, singularmente, a cuanto concierne a los hijos del matrimonio, todo ello de acuerdo con el nivel y estado social que haya tenido y tenga el matrimonio que finaliza. La doctrina de esta Sala (sentencias de dos, siete y dieciséis de julio, 26 de octubre y 22 de diciembre de 1982,

13 y 17 de enero de 1983), además de recordar la obvia diferencia existente entre la pensión que se contempla y los alimentos entre parientes, ha cuidado de resaltar que en el señalamiento de aquella pensión debe estar primordialmente al "caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge", como punto de partida a engrosar por los demás elementos legalmente enunciados y por cuantas otras circunstancias revistan importancia. A la vista de estas consideraciones, y haciendo aplicación de ellas al caso debatido, aparece suficientemente justificado que el esposo, por una parte, desarrolla una actividad comercial debidamente lucrativa, hasta el punto de poseer dos furgonetas destinadas a reparo y un local que dedica a almacén y oficina, teniendo también unos saldos bancarios lo bastante saneados como para soportar mínimamente un pequeño y periódico desplazamiento patrimonial; y, de otra parte, que la esposa fue parcialmente compensada con la cesión de un negocio arrendado, por cuyo traspaso percibió cantidad cuyo destino en modo alguno ha quedado justificado, apareciendo también acreditado que por compraventa celebrada el día 30 de enero de 1981 adquirió, en unión de un hermano suyo, una parcela valorada en la suma de 1.124.352 pesetas; si a ello se une que la esposa quedó originariamente con la vivienda conyugal y que percibe una remuneración por el trabajo que realiza — insuficiente a todas luces, por sí sólo, para mantener el estado que tenía durante el matrimonio—, así como la dedicación siempre prestada a su hija, elemento éste que tiene una gran importancia, debe concluirse reputando bien señalada la suma de diez mil pesetas mensuales contenida en la sentencia impugnada.

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 de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación, interpuesto por el Procurador Don J. C. P. en nombre y representación de Don M. T. G. y del a su vez interpuesto por el Procurador Don J. M. R. en nombre de Doña F. S. C. contra la sentencia de cinco de Octubre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón, debemos confirmarla y confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

142

142. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Subarriendo: Resolución del contrato por expiración del término. Tácita reconducción: Falta de aquiescencia del arrendador que resulta de la interposición de la demanda. *Sentencia de 23 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que abandonada por los co-demandados recurrentes la impugnación interpuesta contra la desestimación de su demanda reconventional, la temática de

esta alzada ha quedado reducida a determinar si procede la resolución del contrato de subarriendo de local de negocio por expiración del término contractual, como pretende la entidad actora y declara la sentencia recurrida, o, si por el contrario, la tácita reconducción impide tal pronunciamiento resolutorio como pretende la mencionada parte recurrente.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión enunciada basta recordar que, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo. 1º.- Es indispensable para que exista la tácita reconducción regulada en el artículo 1566 del Código Civil la aquiescencia del arrendador y 2º.- La demanda de desahucio interpuesta antes de transcurrir quince días desde la terminación del contrato manifiesta de manera evidente la falta de aquella aquiescencia ya que mediante tal acto procesal se solicita la resolución contractual, petición bien opuesta a la prórroga que hace innecesario y hasta inútil todo otro requerimiento para los fines expresados.

CONSIDERANDO: Que atendida la fecha de terminación del tiempo contractual —31 de octubre de 1981— y la de presentación de la demanda instauradora de la litis —12 de noviembre de 1981— es claro que no existe la aquiescencia arrendadora necesaria para aplicar la institución de la tácita reconducción, lo que, sin necesidad de más argumentación e incorporando a la presente resolución la contenida en la sentencia de instancia, procede confirmar íntegramente ésta.

CONSIDERANDO: Que apreciándose temeridad manifiesta en la interposición y mantenimiento del recurso que se resuelve se condena a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta segunda instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. E. B. y Don E. G. G. contra la sentencia dictada el veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y dos por el Señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor en el juicio sobre resolución de contrato de subarriendo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

144

144. PROPIEDAD HORIZONTAL. Presidente y representación de la comunidad. Procurador actuante en su nombre, distinto del designado por la Junta: Intranscendencia. La comunidad es tercero respecto de los contratos de arrendamiento suscritos por un copropietario que es el responsable frente a ella de los gastos comunes. Costas: estimación parcial: es determinante de su no imposición. *Sentencia de 28 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que condena al demandado, como propietario de dos viviendas y varios locales del edificio Astoria sito en la confluencia de las calles Isidoro Macabich 15 y Obispo Padre Huix 16 y 18 de la ciudad de Ibiza a satisfacer a la Comunidad de Propietarios de dicho inmueble la cantidad de 216.833 pesetas en concepto del principal adeudado por gastos de comunidad impagados, más los intereses legales desde la presentación de la demanda y al pago de las costas del juicio, es apelada por los siguientes motivos: a) por falta de personalidad en el actor. b) por falta de personalidad en el Procurador del demandante por insuficiencia o ilegalidad en el poder. c) por no adeudar el demandado, hoy recurrente la cantidad a cuyo pago ha sido condenado y d) por ser improcedente la condena de costas que le ha sido impuesta. Los tres primeros motivos ya se adujeron en primera instancia como causas de oposición a la acción ejercitada.

CONSIDERANDO: Que la demanda, instauradora de la litis ahora en este segundo grado jurisdiccional, fue formulada por el Presidente de la Comunidad de Propietarios del mencionado edificio, cuyo nombramiento se llevó a cabo en la Junta Extraordinaria celebrada el día 15 de Abril de 1980, según consta reconocido y acreditado en autos, por lo que no puede prosperar la excepción basada en el número dos del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ahora reiterada como motivo primero de esta apelación de "falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama", ya que dicha presidencia lleva implícita, por ministerio de la ley, la representación en juicio como fuera del él, de la comunidad en todos los asuntos que la afectan —artículo 12, apartado primero, de la Ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad Horizontal—. Cuestión distinta y sin repercusión alguna en la referida legitimación excepcional, aunque es otro el criterio del apelante, es la referente a la validez o ilegalidad de los poderes para pleitos otorgados por dicho Presidente a favor del Procurador que actuó en primera instancia, materia que es objeto seguidamente del correspondiente estudio, ya que tácitamente se ha reconocido la vigencia del acuerdo de la Junta de propietarios celebrada el día 7 de Septiembre de 1979 de proceder judicialmente contra los propietarios morosos, cuando el ahora apelante era Presidente de dicha Comunidad.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del presente recurso, se fundamenta en la excepción tercera del citado artículo 533, por ilegalidad del poder del Procurador del demandante, y se basa en que el Presidente accionante otorgó poderes para pleitos, utilizados en primera instancia, a favor de un Procurador distinto al designado en la citada Junta General de Propietarios celebrada el día 7 de Septiembre de 1979. Tal impugnación no puede prosperar por las siguientes razones: a) por cuanto se encomendó expresamente al anterior Presidente, el ahora apelante-demandado, el cumplimiento de la designación de Procurador hecha en la supradicha Junta de Propietarios, sin que conste que el ahora recurrente llevara a cabo tal acuerdo —su dimisión fue aceptada en Junta Extraordinaria el 15 de Abril de 1980—. b) ya que el nombramiento del Presidente aquí accionante fue acordado en la Junta Extraordinaria que se acaba de mencionar, sin que conste que se impusiera limitación alguna para el ejercicio o actuación de su cargo; y c) que aún admitiendo hipotéticamente que la designación de Procurador hecha por la Junta de propietarios de 7 de Septiembre de 1979, vinculara al Presidente ahora accionante, el no cumplimiento de tal acuerdo, no afectaría a la validez de los poderes generales para pleitos otorgados por el actual Presidente, ya que legalmente está facultado para tal otorgamiento, sin perjuicio de las posibles acciones que los copropietarios o un nuevo Presidente pueda promover contra él por el no exacto cumplimiento de un acuerdo de la Comunidad de propietarios si ello hubiera producido a ésta algún perjuicio, cuestión no planteada en esta litis.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo de apelación, no adeudar el apelante la suma a cuyo pago ha sido condenado en el fallo recurrido, ya que el abono de las cantidades que integran tal suma —216.833 pesetas— corresponde a los inquilinos de las viviendas y a los arrendatarios de los locales de su propiedad, por así haberlo notificado al administrador del edificio, se ha de rechazar igualmente pues los deberes derivados de la llamada propiedad horizontal, unidos a los derechos de disfrute, a los que están íntimamente vinculados, se rigen por normas dirigidas a mantener una convivencia normal y pacífica deri-

vada de unas relaciones ineludibles de vecindad, de ahí que el artículo 9 de la citada Ley de 21 de Julio de 1960, declare expresamente como obligación de cada propietario: "Quinta. Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización". De existir algún pacto en los contratos de arrendamiento celebrados por el hoy recurrente respecto a las viviendas y locales de su propiedad sitos en el expresado edificio, y en virtud del cual corresponde a los inquilinos y arrendatarios el pago de los correspondientes gastos de comunidad, ello sólo puede tener efecto entre dichas partes contratantes y sus herederos —artículo 1257 del Código Civil—, pero no respecto a terceros extraños a dichos negocios jurídicos, y es indudable que es tercero respecto a los arrendamientos celebrados por el apelante, la Comunidad de propietarios accionante.

CONSIDERANDO: Que toda vez que la demanda inicial de este juicio declarativo de menor cuantía, ahora en fase de apelación, fue estimada parcialmente, pues de la reclamación en ella formulada de 224.357 pesetas, se rebajo 7.524 pesetas, importe total de tres recibos que había sido ya pagados, por lo que se fijó en 216.833 pesetas la cantidad que, en concepto del principal adeudado, el demandado debe satisfacer a la parte actora, es por lo que no procede la imposición de las costas de primera instancia al demandado, y al haber tal condena de costas en el fallo recurrido, es lo que determina la estimación del último motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que se incorporan a ésta como parte integrantes de la misma, procede la confirmación del fallo impugnado excepto en la condena de costas impuestas.

CONSIDERANDO: Que al revocarse en parte la sentencia, no agravándola, es por lo que procede no 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 en parte el recurso de apelación formulado por Don V. B. T., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha siete de Julio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez de primera instancia del Juzgado número Uno de Ibiza en funciones en el de igual clase número Dos de dicha ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto se condena al señor B. al pago de las costas del juicio, extremo que se sustituye por el siguiente: "sin hacer especial imposición de las costas de este juicio", confirmando los demás particulares de dicho fallo; todo ello sin condena de las costas devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

146

146. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Prescripción. Inicio del plazo desde que se dictó el auto ejecutivo aunque no se accione en base a él sino del artículo 1902 del Código civil. Doctrina del T.S. Costas procesales. Temeridad. *Sentencia de 30 de junio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída es apelada por los siguientes motivos: a) por prescripción de la acción ejercitada, b) por ser excesiva la indemnización fijada por el juez "a quo", y c) por ser improcedente la condena de costas impuesta.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso se basa en que desde el día 9 de Febrero de 1976, en que se dictó, por aplicación del Decreto de Indulto de 25 de Noviembre de 1975, auto de sobreseimiento libre y archivo de la causa penal instruida con motivo de accidente automovilístico, "dejando a salvo las acciones civiles correspondientes", hasta el 15 de Septiembre en que se solicitó por el perjudicado, ahora actor-apelado, que se dictara por el Juzgado, el preceptivo auto ejecutivo de cuantía máxima, ha transcurrido, sin que se produjera actuación alguna, más de un año, plazo de prescripción que señala el número 2 del artículo 1968 del Código Civil, para exigir la responsabilidad civil "por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902". Tesis ésta que no puede prosperar ya que el auto ejecutivo de cuantía máxima debe ser dictado en todos los casos previstos en el artículo 10 del Texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, estando incluido entre tales supuestos el de autos, y sólo desde la fecha en que dicte dicho auto ejecutivo "es cuando se ha de partir para computar el plazo de prescripción" (Sentencia de 2 de Julio 1979); sin que pueda prosperar el aserto que hizo el apelante en el acto de la vista de que tal criterio jurisprudencial es de aplicación únicamente a la reclamación de las cantidades comprendidas en el ámbito del Seguro Obligatorio —ya abonadas a los actores como lo reconocen en el hecho 4º de la demanda— pero no a las pretensiones indemnizatorias, por lesiones personales y daños corporales, con fundamento en los artículos 1903 y 1902 del Código Civil; pues como señala la sentencia de 22 de Octubre de 1981, "de un mismo suceso dañoso en el campo viario pueden nacer dos acciones con notas específicas que la diversifican, pues mientras la ejecutiva tiene naturaleza objetiva, con motivos de oposición tasados, la ordinaria se apoya en la normativa de la culpa extracontractual, carece de limitaciones en el "quantum" y no margina especie alguna de quebranto patrimonial y se dirige contra el autor del acto dañoso y el asegurado voluntario, de suerte que el ejercicio de la acción ejecutiva —"prius" lógico dentro de la total pretensión de resarcimiento—, impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo de ésta según el artículo 1969 del Código Civil, o que la utilización de la primera tiene valor interruptivo del curso de la prescripción de la segunda con arreglo al artículo 1973 del mismo Cuerpo legal"; y en ese sentido cabe mencionar de nuevo la sentencia de 2 Julio 1979 que ya estableció que "el plazo de prescripción de las acciones de resarcimiento no se inicia hasta la fecha del "auto ejecutivo", pues es el que facilita, interrumpiendo el plazo de prescripción por el ejercicio de su derecho, una vez perdida por el sobreseimiento, la posibilidad de reclamación en el ámbito penal, la opción de afrontar la vía ejecutiva o la ordinaria o de compatibilizar ambas", así como la sentencia de 17 Diciembre 1979, cuyo criterio siguen las de 14 Octubre 1980 y 31 Marzo 1981, que "aunque no puede hablarse de solidaridad entre las responsabilidades exigibles al asegurador obligatorio y el autor material del daño por el resto indemnizatorio no cubierto por aquél, si cabe admitir la ruptura del tracto temporal de la prescripción, operada por la originaria y persistente voluntad del acreedor de ejercitar su derecho, mediante la acción que la Ley especial le concede para la satisfacción urgente y perentoria del mismo, con la formación del título ejecutivo y subsiguiente juicio de este orden" —en el presente caso existe asegurador voluntario, declarado en rebeldía en esta litis, que es el que contrató el seguro obligatorio—, sin olvidar que "el origen y fundamento de hecho —"causa petendi"— es exactamente el mismo, es decir, el accidente automovilístico del que dimana los daños y perjuicios", tanto para el juicio sumario como "para el ejercicio de la acción aquiliana ex artículo 1902 del Código Civil tendente al resarcimiento no cubierto por el seguro obligatorio". De conformidad con la argumentación precedente es incontestable que el plazo prescriptivo para la acción aquiliana, que es la ahora promovida, no ha transcurrido, ya que no se inició hasta la fecha de la firmeza del auto ejecutivo, el 9 de mayo de 1980 y la demanda instauradora de este juicio declarativo de menor cuantía fue interpuesta el día 25 de Abril de 1981. Amén que no hay que perder de vista que se trata, en el caso de autos, de exigir una responsabilidad civil consecuencia de un ilícito penal, en el que si bien la responsabilidad criminal se declaró extinguida —nº 4 del artículo 112 del Código Penal— por aplicación del Decreto de Indulto de 25 de No-

viembre de 1975, la responsabilidad civil derivada de aquel hecho, quedó subsistente y reservada, por ministerio de la ley, a los perjudicados por el ilícito penal.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo de apelación, por ser según el recurrente, excesiva la indemnización de 1.000 pesetas señalada por el juez "a quo" por cada día de baja por las lesiones sufridas por los actores, ya que los demandantes ya percibieron 200 pesetas diarias por tal concepto a virtud del título ejecutivo y el accidente de tráfico acaeció en el año 1974, cuando el salario mínimo interprofesional era muy inferior al que hoy rige, no puede prosperar, no sólo por cuanto el valor de nuestro signo monetario cuando ocurrió el referido accidente era varias veces superior al actual, sino por cuanto tal indemnización, como deuda de valor que es, se reputa por este Tribunal ponderada.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir el motivo tercero, último de este recurso, pues copiosa jurisprudencia —sentencias de 24 Enero de 1963 y 25 Noviembre 1978, por todas ellas— enseña "en una línea uniforme que la apreciación de la existencia o no de temeridad en los litigantes no está sometida a preceptos específicos o de doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción expresamente previstos en la Ley, que pueda decirse que gobiernan la cuestión, sino está confiada al discrecional y prudente arbitrio del Juzgador de instancia" (Sentencia de 11 Octubre 1982), y esta Sala aprecia, coincidiendo con el criterio del juez "a quo", temeridad en la parte demandada al rehusar el pago de una ponderada indemnización por un accidente del que se reconoció causante del mismo, siendo sobreseída libremente la causa penal por aplicación del Decreto de Indulto de 25 de Noviembre de 1975 —en dicho proceso penal el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, había postulado para la hoy apelante las penas de multa de 20.000 pesetas y privación del permiso de conducir por 8 meses e indemnizaciones de 48.000 pesetas para el actor y de 43.000 para la demandante, al reputarla autora responsables de un delito de simple imprudencia con infracción de Reglamentos y con resultado de lesiones y daños.

CONSIDERANDO: Que el párrafo 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 formulado por doña C. F. A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veinticinco de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez de Primera Instancia de Manacor en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. Dada la rebeldía de la entidad demandada M., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

cambio de la misma la superposición de un pavimento sobre el existente que disminuye el volumen del local. *Sentencia de 5 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de este litigio versa sobre resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por haber realizado el arrendamiento determinadas obras que modifican la configuración del objeto arrendado sin haber recabado el preceptivo consentimiento del arrendatario, conforme ordena el número séptimo del artículo 114 de la vigente normativa arrendaticia urbana; y para una mejor delimitación y comprensión de lo que debe ser decidido conviene referir, siquiera sea sintéticamente, los hechos sobre los que debe apoyarse la definitiva resolución del problema debatido, y que se exponen de la siguiente manera: a) los litigantes concertaron, mediante la suscripción del contrato de primero de enero de 1968, una relación arrendaticia sobre un local de negocio sito en los bajos del edificio de la calle de San Isidoro, número 16, de Palma de Mallorca, por una renta anual de 36.000 pesetas, cuyo destino fue, y actualmente lo sigue siendo, el de la mecánica, prohibiéndose expresamente "dedicarlo a negocio o industria que no estén comprendidos en el ramo de la mecánica, a menos que se le otorgara permiso escrito por el arrendador"; b) en fecha próxima a la de iniciación del contrato, el arrendatario construyó en el interior del local un foso destinado a la reparación de vehículos automóviles, cuyos bordes se hallan limitados por un marco de hierro en el que se apoyan varias traviesas de madera que lo cubren cuando no es utilizado, para mantener así la continuidad del suelo; c) el arrendatario fue expresamente autorizado, mediante escrito fechado al día doce de marzo de 1973, para realizar por su cuenta obras para la construcción de un departamento, de acuerdo ello con las ordenanzas laborales; d) hace no menos de siete meses que el arrendatario ha realizado obras consistentes en enfoscar y remozar el suelo del local, al parecer bastante deteriorado como consecuencia de las labores que sobre él se efectúan, colocando una capa de hormigón de un grosor aproximado de cinco centímetros y medio, y como consecuencia de ello ha resultado elevado el nivel del suelo en la misma altura, con lo que se ha visto reducido el volumen o cubicaje del local —de una superficie de 88,34 metros cuadrados— en 4,85 metros cúbicos, resultando al propio tiempo afectados tanto el anclaje de la puerta metálica de acceso al local —para cuya correcta sujeción ha habido que hacer pequeñas correcciones en el marco de obra que la rodea— como también el inodoro, cuyos pernos de anclaje al suelo han sido completamente cubiertos por el solado de cemento, viéndose asimismo afectada la horizontalidad del suelo en el punto en donde se colocan las traviesas de madera que cubren el foso, que ha precisado de las oportunas labores de corrección y adaptación a la nueva altura del piso. Debe ser objeto de revisión adecuada la sentencia de primera instancia, estimatoria de la demanda interpretada al reputar modificada la configuración del local como consecuencia de la elevación experimentada por la agregación de la capa de cemento —y desestimatoria en cuanto al foso se refiere—, analizándose cuantas circunstancias fácticas y jurídicas rodean a este problema.

CONSIDERANDO: Que la norma resolutoria contenida en el número séptimo del artículo 114 produce su efecto cuando el arrendatario lleve a cabo, "sin el consentimiento del arrendador, obras que modifiquen la configuración" del local de negocio, siendo necesaria, por consiguiente, la concurrencia de un doble requisito: A) En primer término, es preciso que las obras realizadas produzcan el efecto objetivo de modificar la configuración del local. Dada la carencia de definición normativa sobre lo que por "configuración" debe entenderse (sentencia de 17 de diciembre de 1951), la doctrina jurisprudencial ha suplido dicha falta diseñando las líneas maestras orientativas del concepto; y, así, ha enseñado que "la configuración de un local se refiere a la forma del espacio o recinto comprendido dentro de las paredes y techo que limitan su extensión tanto en sentido vertical como horizontal" (sentencias de 30 de enero de 1956 y 17 de octubre de 1964), y, más en concreto, a la "forma o estructura de la... (cosa) arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma" (sentencias de 11 de enero de 1954, 20 de mayo de

1955, 30 de septiembre de 1964 y 23 de noviembre de 1974), de tal suerte que "es la disposición de cada una de sus partes componentes en relación con las demás" (sentencia de 6 de diciembre de 1952) o la "distribución", esto es, "la disposición de las partes que constituyen la cosa arrendada y le dan su específica figura de manera peculiar" (sentencia de 25 de junio de 1979 y las que en ésta se citan). Atendida esta noción jurisprudencial, se reputa modificada la "configuración" cuando se produce cualquier "cambio en el dispositivo de estos elementos que le dan aspecto o presentación física" (sentencia de 14 de octubre de 1964, y las citadas de 30 de enero de 1956 y 17 de octubre de 1964), o cuando se denota un cambio en los elementos de fábrica que delimitan el espacio del conjunto y de cada una de las piezas de que consta el local, su forma o estructura, su disposición o distribución, su figura geométrica, superficie o volumen (sentencia de 11 de enero de 1954, ya citada, 20 de mayo de 1955, 30 de septiembre de 1964, 19 de abril de 1965 y 23 de noviembre de 1974), siempre que ello produzca un cambio no meramente accidental y de detalle, sino esencial y sensible (según apuntan las sentencias últimamente citadas). Así ocurre cuando se levantan o retiran tabiques (sentencias de 2 de abril de 1954, 29 de enero de 1955, y las ya citadas de 6 de diciembre de 1952, 30 de enero de 1956 y 25 de junio de 1979), cuando se abren huecos —puertas o ventanas— (sentencias de 29 de octubre de 1954, 9 de octubre de 1965 y 26 de diciembre de 1974), cuando se construye algún recinto o dependencia dentro del local (sentencia de 15 de marzo de 1971), se hace un nuevo techo u obras decorativas aunque sean de naturaleza accidental (sentencia de 30 de enero de 1956), se realiza alguna pequeña obra de sujeción se construye un cielo raso o se superpone un pavimento nuevo sobre el antiguo con elevación del mismo (sentencia de 24 de mayo de 1971, y las por ésta citadas). Aunque, claro está, la ausencia de un concepto legal de "configuración" y de lo que se entiende por modificación o alteración de la misma, unida a la abstracción que todo concepto, incluso el creado jurisprudencialmente, comporta, ha conducido a reconocer la necesidad de atenderse siempre a cuantas circunstancias concurren en cada caso concreto "para determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particulares características, esta variación de la misma ha llegado a producirse o no" (sentencia citada de 17 de diciembre de 1951, y las de 12 de febrero de 1962, 8 de marzo y 29 de mayo de 1964, y 27 de enero de 1971), de tal suerte que no cabe señalar un criterio exegético cerrado en tanto que pueden influir particulares circunstancias en relación con el tiempo de su ejecución, el destino pactado, la entidad y la naturaleza de las obras (sentencia de 22 de enero de 1964), por lo que corresponde fijar en cada caso a los Tribunales si ha existido variación en la configuración del local con criterios flexibles y variables, en función de esas mismas circunstancias (sentencias de 26 de junio y 30 de noviembre de 1965, y 23 de febrero y 23 de marzo de 1966). B) En segundo lugar, es imprescindible que el arrendador haya autorizado la ejecución de las obras modificativas, sea de manera expresa o incluso tácita (a la que no cabe equiparar el mero conocimiento de su realización). Supuesta la entidad o importancia de la obra, capaz de ocasionar un cambio esencial y sensible en la configuración del local, la norma antedicha impone al arrendatario la obtención de consentimiento de aquella persona —el arrendador— que es la única que se halla legitimada para emprenderla o permitir que otros la inicien, y sanciona con el efecto resolutorio del contrato arrendaticio cuando se incumple esa obligación, es decir, cuando se incide en la prohibición legal de una voluntad constructiva en cosa ajena sin la voluntad de su dueño (sentencia de 6 de Febrero de 1959). Si por el contrato de arrendamiento el arrendatario adquiere el derecho al uso de la cosa tal y como le fue entregada, no le está permitido por un acto de propia autoridad deshacer o alterar lo que antes existía si con ello se modifica la configuración del local arrendado, sino que precisa de la autorización del arrendador en tanto que su consentimiento equivale a la dejación de una facultad privativa del dominio —y, por consiguiente, de su derecho para resolver el contrato— que en manera alguna le ha sido transferida al arrendatario al iniciarse la relación jurídica arrendaticia (sentencia dictada de 25 de junio de 1979).

CONSIDERANDO: Que, haciendo aplicación de la precedente doctrina al caso ahora enjuiciado, inmediatamente se revela la presencia de la dualidad de requisitos comentados, al faltar, desde luego, la preceptiva conformidad del arrendador a la obra de enfoscamiento y elevación del pavimento de cemento, y al quedar igualmente comprobado que la obra efectuada ha significado el levantamiento del nivel del suelo en más de cinco centímetros, reduciéndose en casi cinco metros cúbicos el volumen total del local arrendado,

con los consiguientes efectos de afectar a los puntos de sujeción de la puerta metálica y a los pernos del inodoro, así como alterar la horizontalidad continuada de las traviesas que cubren el foso de reparación, sobre cuyo marco metálico ha habido que realizar las correspondientes labores de adaptación al nuevo nivel del suelo. Es todo ello una clara muestra de modificación en la configuración del local, en la línea adoptada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha entendido que "las obras consistentes en la superposición de un pavimento nuevo sobre el antiguo, con las características de elevación y superficie ya expresadas, son, por sí solas, determinantes de la resolución contractual, al producir un cambio esencial y sensible en la configuración de lo arrendado" (sentencia de 17 de diciembre de 1962), disminuyéndose apreciablemente su volumen y capacidad y alterando los límites del mismo (sentencia de 23 de Octubre de 1965). Bien pudiere ser cierto que la finalidad de esas obras fuera la de remozar y acondicionar el suelo para las actividades a que está destinado el local, pero —como dice la sentencia últimamente citada— no cabe justificar "una inalterabilidad en este concepto por circunstancias como la necesidad para la industria, o el carácter accidental, o la finalidad de las obras o importancia de las mismas", porque "resultan elementos ajenos a la naturaleza jurídica de la configuración, ya que ni el hecho de que la mutación operada resulte útil o beneficiosa para la industria es suficiente para legitimarla sin la autorización exigida por la Ley, por cuanto el diseño del legislador no fue otro que el de impedir que el arrendatario se atribuyera facultades exclusivas y propias del dueño". Bien es cierto también que las obras de mero enfoscamiento y "sustitución" de pavimento no alteran la configuración del local (sentencias de 10 de febrero de 1960 y 8 de junio de 1962), pero no es éste el del presente caso, porque, lejos de ser una mera sustitución, se trata de una renovación del pavimento, "superponiendo el nuevo sobre el antiguo con una elevación, respecto a este último", de cinco centímetros y medio, "con una evidente disminución en la capacidad métrica del local, que es precisamente lo que afecta a la configuración" (sentencia mencionada de 23 de octubre de 1965). Ni cabe tampoco sopesar la relación de proporcionalidad entre el volumen disminuido y el total del local, pues, además de no constar ese total volumen, la naturaleza misma de las obras —afectantes no sólo al nivel del suelo, sino también a aquellos otros elementos (puerta, inodoro, foso) que se hallan en contacto con él— imposibilita estimar inalterada la repetida configuración. Así pues, dándose cuantas condiciones aparecen legalmente exigidas, y comprobada la inexistencia de error aritmético en el cálculo del cubicaje restado, procede confirmar íntegramente la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto a 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 Don J. C. P. en nombre y representación de Don F. F. M. contra la sentencia de veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al abono de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

go parcial: eficacia liberatoria del mismo. Estimación de pluspetición implícita en la excepción de pago formulada. *Sentencia de 6 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio de 233.000 pesetas, protestada por impago, la parte ejecutada opone la excepción de pago —artículo 1465 en relación con el n.º 2 del 1464, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, por haber satisfecho a la contraparte mucho antes de iniciarse este juicio, 210.000 pesetas mediante la entrega de un cheque nominativo de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros, cuya fotocopia acompaña y el resto en metálico; el acreedor reconoce haber cobrado dicho cheque —le fue abonado en una cuenta corriente bancaria—, pero afirma que lo fue en pago de otra cambial anterior que, aceptada también por la ahora ejecutada, quien satisfizo directamente los gastos notariales y bancarios de este efecto últimamente mencionado.

CONSIDERANDO: Que el llamado juicio ejecutivo, al ser en nuestro derecho positivo un proceso de cognición jurisdiccional limitada, y regir por tanto en él el principio procesal de aportación de parte —“da mihi factum, dabo tibi ius”—, no basta alegar hechos relacionados con las excepciones o causas de nulidad que en él se formulen, siempre que sean de las específicamente oponibles o aducibles (artículos 1464, 1465, 1466 y 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en este juicio especial, expeditivo, abreviado y de carácter propios (Sentencia de 20 Mayo 1972), sino que es necesario, para que pueda ser acogido por el órgano judicial en su resolución, probar tales hechos, y el no hacerlo determina la inoperancia de dichas alegaciones con las consiguientes consecuencias para la parte que las formuló. El artículo 1214 del Código Civil resuelve, con carácter general el problema del “onus probandi” conforme a la teoría clásica, al establecer que incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone, si bien la doctrina científica moderna y la jurisprudencia han precisado su alcance, en el sentido de atribuir al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, y al demandado la de los hechos impeditivos, por oponerse a la constitución válida del derecho, y los extintivos (Sentencias, entre otras, las de 19 Diciembre 1959 y 15 Junio 1961).

CONSIDERANDO: Que de la prueba practicada consta acreditado en autos lo siguiente: a) que la ejecutada, ahora apelante, aceptó la letra de cambio de 233.000 pesetas origen de esta litis (folio 1), b) dicha cambial, a su vencimiento (1-05-81), fue protestada por falta de pago (folios 2 y 3) y c) mediante un cheque nominativo de fecha 14 de Mayo de 1981, la ejecutada pagó al ejecutante 210.000 pesetas (folio 21). Por contra, se encuentra carente de toda apoyatura fáctica la afirmación de la ejecutada, negada por la contraparte, de que además del citado cheque, pagó al acreedor en metálico las 23.000 pesetas restantes del importe de la cambial unida a autos —no presentó recibo alguno, ni siquiera indicó el lugar y fecha de este último pago, ni el banco ni caja de ahorros de donde retiró tal suma—; con igual horfandad probatoria se halla el aserto del ejecutante de que la deudora aceptó otra cambial anterior a la referida —le hubiere sido fácil acreditarlo documentalmente con copia del acta de protesto levantada por falta de pago de esta invocada cambial o mediante una certificación o simple nota de la entidad bancaria que hubiera recibido tal efecto, bien para su descuento, bien en simple comisión de cobro—, ni siquiera menciona dato alguno sobre tal hipotética letra de cambio: su importe, fecha de su expedición, vencimiento, nombre del tomador, banco que la negoció, nombre de la notaría que levantó el protesto por su impago, pues el acreedor afirma respecto a ella, en su escrito de contestación a la oposición adversa, que fueron “satisfechos los gastos notariales y bancarios de dicha cambial directamente” por la propia demandada, la hoy ejecutada-apelante. Lo que conlleva a estimar probada la existencia de una sola letra de cambio aceptada por la deudora —la que ha dado origen a este juicio—, y su pago parcial, de 210.000 pesetas, al acreedor.

CONSIDERANDO: Que ciertamente el Código Civil declara que no se entenderá pa-

gada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía (artículo 1157), y que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consistía la obligación a menos que en el contrato expresamente lo autorice (párrafo primero del artículo 1169), pero no puede negarse la correspondiente eficacia liberatoria al pago parcial cuando el acreedor, sin estar legal o contractualmente obligado, voluntariamente lo acepta, subsistiendo claro está, la deuda por el resto no satisfecho; supuesto previsto y regulado por el legislador respecto a las letras de cambio en el artículo 494 del Código de Comercio. Es de resaltar el criterio progresista que sobre este particular mantiene la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de Junio de 1930, al disponer en el apartado segundo de su artículo 39 que "El portador no podrá rechazar su pago parcial".

CONSIDERANDO: Que al estar probado que la ejecutada pagó la cantidad de 210.000 pesetas al acreedor, y éste reclama, como principal, el importe total de la letra de cambio ejecutada —única aceptada por aquella— que asciende a 233.000 pesetas, se estima plus petición (artículo 1466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) implícita en la excepción de pago formulada, al resultar no satisfecha la cambial en su totalidad sino en parte; por lo que la ejecución despachada sólo puede seguir adelante por las 23.000 pesetas no pagadas de la letra de cambio unida a autos, más los conceptos complementarios que se mencionarán; ya que las letras de cambio, a las que el aceptante no hubiera puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago —supuesto de autos—, llevan aparejadas ejecución —número 4º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

CONSIDERANDO: Que el artículo 526 del Código de Comercio dispone que "las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 1474 de la repetida Ley Procesal, procede la imposición de las costas de primera instancia al ejecutado; sin condena de las de este recurso al estimarse en parte.

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

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación formulado por doña A. C. A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha siete de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo en cuanto se oponga a lo siguiente: Que debemos ordenar y ordenamos seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados a la deudora doña A. C. A., y con su producto, cumplido pago al acreedor don J. L. G. S. de la cantidad de veintitres mil pesetas, de principal más gastos de protesto, intereses legales desde la fecha del mismo y costas devengadas en primera instancia; confirmándola en el resto. Sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

154

154. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Traspaso: Farmacia: Legislación aplicable. Exclusión del valor de las existencias. *Sentencia de 9 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, pretendiéndose la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por inobservancia de las normas que sobre participación en el precio de traspaso se contienen en los artículos 39 y 41 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se hace necesario puntualizar, antes de entrar en el examen de la cuestión debatida, los siguientes extremos, como presupuestos de la decisión a adoptar: a) la relación arrendataria, cuyo objeto recae sobre un local destinado a farmacia, se inició el día 22 de enero de 1951, estipulándose una renta anual de 1.500 pesetas que actualmente está cifrada en la suma de 60.324 pesetas; b) la inicial arrendataria decidió traspasar el local de negocio en favor de un tercero, también farmacéutico, a cuyo fin comunicó a la arrendadora por conducto notarial, el día 21 de mayo de 1982, su decisión de traspasar y el precio convenido de cuatro millones de pesetas, ofreciendo al propio tiempo la cantidad de un millón de pesetas a la arrendadora "por su participación en el traspaso", añadiéndose que "dada la actividad que se desarrolla en el citado local (farmacia), cuyos medicamentos no son susceptibles de ceder a persona no idónea, no son objeto de tasación a los efectos prevenidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos", y aclarándose que "dicho negocio, por su peculiar destino, debe ser cedido, precisamente, a un facultativo farmacéutico, con las formalidades que establece la legislación sobre oficinas de farmacia"; c) por resolución de 7 de Mayo de 1982, adoptada por la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Baleares, se autorizó la transmisión de la propiedad de la oficina de farmacia de la arrendataria en favor del cesionario. Dados estos antecedentes, por la entidad arrendadora se pretende la resolución del contrato de arriendo por no haber sido satisfecha la exacta cantidad que, conforme establece el artículo 39 ya mencionado, debe ser entregada en concepto de participación en el precio del traspaso —en concreto, un millón doscientas mil pesetas—.

CONSIDERANDO: Que, como cuestión previa de índole procesal, ha sido aducida por la parte demandada —la arrendataria cedente— la excepción de defectuosa constitución de la relación procesal, o excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido codemandado el cesionario, persona que, en su opinión, tiene un indudable interés en el problema litigioso que se ventila y a quien debería oírse y permitirse su actuación procesal con el objeto de impedir una resolución judicial que le pudiera ser perjudicial y verse en consecuencia afectado por ello sin haber tenido posibilidad de defenderse. Tal aserto, sin embargo, no puede prosperar, porque la acción resolutoria de un contrato ha de dirigirse únicamente contra quien aparece vinculado contractualmente con el accionante: el cesionario es un tercero extraño a la relación arrendataria y, en consecuencia, está por completo desligado del arrendador, imposibilitándose así el que la acción pueda dirigirse contra quien no fue parte en dicha relación contractual (sentencia de 16 de enero de 1964). En efecto, tal afirmación aparece claramente desarrollada en la sentencia de 8 de junio de 1966, en la que se sienta que, "retrotrayéndose los efectos al momento de constituirse la relación jurídico procesal, es evidente que en dicho momento, ni por contrato ni por ministerio de la Ley, había otra persona que el arrendatario a quien pudiera afectarle la resolución del contrato del que todavía, y solamente él, era titular y a quien se le imputaba la causa de resolución en que se fundaba la demanda, pues aunque ésta se hubiera presentado a raíz de habersele notificado al arrendador un acto preparatorio del traspaso, ni éste tiene existencia legal mientras no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 32 del citado cuerpo legal, ni se le reconocía derecho por el actor para llevar a la práctica el propósito manifestado por el arrendatario"; o, como de forma más sintética expresa la sentencia de 9 de marzo de 1967, la acción resolutoria por traspaso indebido "se da contra el cedente y sólo contra él puede entablarse, y es visto que para resolver si se hizo o no con sujeción a... (sus normas reguladoras), es preciso discutir tal problema con el arrendatario, que fue, como contratante del arriendo y cedente en el supuesto traspaso, el único obligado a justificar su conducta respecto a la infracción legal que se imputa y en la que quiere fundarse el lanzamiento del cesionario que, por tratarse de un local de negocio, no era precisa su presencia en el juicio" (reproducen semejantes argumentaciones las sentencias de 18 de enero de 1960 y de 18 de marzo de 1966).

CONSIDERANDO: Que, si bien se establece en el párrafo segundo del artículo 39 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que, ante la falta de acuerdo entre arrendador y arrendatario sobre el montante a que deba ascender la participación en el precio del tras-

paso del objeto arrendado, "dicha participación será de un 30 por 100 si el local de negocio se construyó o habitó por primera vez antes del 18 de julio de 1936", no debe olvidarse que la disposición transitoria novena de dicha Ley corrige y adapta ese contenido normativo diciendo que "los porcentajes de participación a que se refiere el artículo 39, números dos, se mantendrán mientras la renta no quede totalmente revalorizada a tenor del artículo 96, pero una vez alcanzado el límite de la revalorización el porcentaje de participación será de un 25 por 100 en el precio del traspaso"; y es esta última disposición la aplicable al presente caso, en tanto que la renta anual, según ha reconocido la misma parte actora, ha quedado sensiblemente aumentada a lo largo de los treinta años que ha durado la relación arrendaticia, sin que haya aducido deficiencias o inobservancias ningunas en torno a la revalorización de la renta, por lo que ha de operar el porcentaje antedicho, que es precisamente el ofrecido por la arrendataria en el momento de comunicar su decisión de traspasar el local arrendado.

CONSIDERANDO: Que, frente al derecho que el arrendatario tiene de traspasar el local arrendado, reconoce la Ley arrendaticia urbana al arrendador un derecho de rescate de la plena posesión del local de su propiedad —que la Ley denomina derechos de tanteo y de retracto (artículos 35 y 36)— y, junto a ese derecho le concede otro de adquisición preferente de las existencias, mercaderías, enseres e instalaciones, o del negocio mismo perteneciente al arrendatario, cuando éste al realizar el traspaso del local venda también lo que en él hubiere (sentencia de 3 de octubre de 1964, en su primer considerando). Lo indicado aparece más evidente si se tiene presente que el artículo 38 preceptúa obligaciones diferentes para el arrendador según que ejercite o no ese derecho de rescate, "pues si se limita a rescatar el local sin existencias, no vendrá obligado a continuar ejerciendo industria o comercio en dicho local; lo que, a contrario sensu, conduce a la conclusión de que está obligado a ello si adquiere el negocio, sus existencias, mercaderías o instalaciones, que de no adquirirlas hubieran podido dedicarse a su explotación por otra empresa" (sentencia de referencia, en su segundo considerando). Es consecuencia de ello que "para que el propietario pueda decidir, con los elementos de juicio necesarios, si le conviene o no ejercitar tanto el derecho de rescate como el de adquisición simultánea del negocio, mercaderías, etc. ... la Ley, en su artículo 41, impone al arrendatario la obligación de que, tanto en la preceptiva oferta como en la escritura de cesión, se consigne el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos" (sentencia indicada, en su tercer considerando). Los presupuestos y consideraciones precedentes han de ser tomados muy en cuenta al objeto de ajustarlos al caso discutido bajo una interpretación finalista de sus normas reguladoras. En efecto, la diferenciación de los dos aspectos —local de negocio y elementos integrados en él— "constituye una garantía para el ejercicio de sus derechos por el arrendador, cuando éste pueda hacerlo sin obstáculo legal; pero cuando la Ley se lo impida carece de finalidad y trascendencia", que es precisamente lo que ocurre en el presente caso: si el artículo quinto, número primero, del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, prescribe que la cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia solamente podrá realizarse a favor de otro farmacéutico, se deriva de ello que "el traspaso de los locales de negocio de farmacia, cuando se transmitan conjuntamente con el propio negocio y sus elementos, tiene sometida la transmisión de estos últimos a disposiciones de carácter público que inhabilitan al arrendador que no fuera farmacéutico para adquirir dicho negocio y ejercitarlo en el local, por lo que el arrendador no está legitimado para pretender el ejercicio de este derecho y en su virtud no podrá desconocer el traspaso si el precio de lo único que puede adquirir y a que llegan sus derechos, que es el rescate del local sin existencias, ha quedado bien determinado y diferenciado de lo demás transmitido por el arrendatario" (sentencia de referencia, considerando cuarto). Es obvio que es éste el caso ahora enjuiciado, al tratarse del traspaso de una farmacia, cuya específica normativa reguladora afecta directamente a los derechos del arrendador en cuanto concierne a su explotación, para la que no se halla facultado al no haber justificado ningún título que le autorice a ello; y, por consiguiente, hallándose adecuadas al ordenamiento jurídico cuantas actividades ha realizado el arrendatario en relación con el traspaso del local arrendado, y habiéndose calculado correctamente el importe a que asciende la participación del arrendador en el precio de traspaso, procede estimarlo bien realizado, en consecuencia, inoperantes las pretensiones resolutorias esgrimidas por el arrendador, debiéndose así atemperar la sentencia de instancia a las consideraciones expuestas.

CONSIDERANDO: Que, dado el carácter imperativo del artículo 149 de la Ley arrendaticia, procede condenar a la parte actora al pago de las costas causadas en primera instancia; sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las de esta alzada al no concurrir razones para ello.

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

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don M. B. en nombre y representación de Doña C. B. P. contra la sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma debemos revocarla y la revocamos, y, en su consecuencia, debemos desestimar y desestimamos la demanda inicialmente interpuesta por el Procurador D. J. G. en nombre y representación de la Fundación Benéfica "C. H. N. H. M." absolviendo a la demandada de la misma. Se condena a la parte actora, Fundación Benéfica "C. H. N. H. M." al pago de las costas causadas en primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta alzada. Dada la incomparecencia de la Fundación Benéfica "C. H. N. H. M.", notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Carlos Climent Durán).

158

158. PROPIEDAD HORIZONTAL. Cláusula exoneratoria de contribuir a determinados gastos comunes en favor de cierta parte determinada: Fundamento y validez de la cláusula. Responsabilidad decenal: Prescripción: Inexistencia por haber ejercitado la acción dentro del plazo de quince años siguientes al día en que se manifestó el defecto dentro del plazo de diez años de garantía. *Sentencia de 11 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que consentida por la Comunidad de Propietarios actora la sentencia de instancia, la labor que debe realizarse en esta alzada consiste en analizar y resolver las cuestiones objeto de la pretensión impugnativa deducida por Don T. V. B.: PRIMERA.- Nulidad o validez de la cláusula estatutaria exoneratoria de gastos de escalera, ascensor y azotea para el local nº 1 de orden del edificio V. T. y SEGUNDA.- Obligación del apelante de cumplir el contenido del acuerdo 4º adoptado por la Junta Extraordinaria de la comunidad de propietarios celebrada el día 17 de marzo de 1981 y cuyo tenor literal es el que sigue: "obligación por parte de Don T. V. B., —de la exclusiva cuenta y cargo de éste, en perfectas condiciones y bajo la dirección de Técnico arquitecto designado de mutuo acuerdo de la Comunidad y Promotor—, de verificar en el término tope de tres meses, en el sótano de la finca, —propiedad del citado comunero pero en donde existen elementos comunitarios y servidumbre de rigor—, todas las obras sin excepción que permitan un fácil, seguro y comodo acceso al algebe e instalaciones de subida del agua potable, —motor incluido—, eliminando el hasta ahora permanente y ostensible encharca-

miento y abandono de tal planta, las probables filtraciones de aguas contaminadas del aljibe y los posibles cortocircuitos eléctricos del motor y redes eléctricas”.

CONSIDERANDO: Que el análisis de la cláusula impugnada por la Comunidad actora y declarada nula por la sentencia de instancia permite hacer las puntualizaciones siguientes: a) que sus dos enunciaciones normativas forman un todo expositivo en virtud de la conexión existente entre las mismas; b) que igualmente la cláusula que se analiza está relacionada con la contenida en la norma b), expositivo IV, del Título constitutivo y c) que de tal conjunto expositivo resulta que el contenido normativo del primer párrafo de la cláusula debatida debe entenderse como expresión —no ajustada ciertamente a la claridad conceptual exigible— de un presumible no uso del ascensor, escaleras y azotea por parte del sótano y planta baja, y no, como pretende la Comunidad actora, como negación del carácter común a todo el inmueble que estos elementos tienen.

CONSIDERANDO: Que desde esta perspectiva la temática de la validez o nulidad de la cláusula exoneratoria debe resolverse contrariamente al pronunciamiento impugnado por cuanto: 1º.- Esta misma cláusula, como declaró esta Sala en sentencia nº 215, dictada el 30 de Noviembre de 1981, no es “manifiesta y notoriamente contraria a la moral o ilícita”; 2º.- Si bien es cierto que la Ley de Propiedad Horizontal exige que en el título constitutivo —artículo 3º— se fije la cuota de participación en los elementos comunes, por lo que constituye derecho necesario la asignación de la cuota, sin embargo también es cierto que no prohíbe, sino que autoriza que, atendiendo al uso que ocasionalmente se presume que va a efectuarse del servicio —artículo 5º párrafo 2º— se exima de ciertos gastos o se reduzca la cuota (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1978); 3º.- No ha quedado probada la existencia de otros propietarios cuya no intervención en el otorgamiento del título constitutivo motivaría la nulidad pretendida —ausencia probatoria igualmente apreciada en la litis a la que puso término la sentencia mencionada—, sin que, contrariamente a lo razonado por la Comunidad actora pueda entenderse parificable a tal titulación dominical la posición jurídica de quienes formalizaron con el promotor demandado el contrato de permuta de cosa futura que posibilitaba la construcción del edificio. 4º.- La validez del título constitutivo, inscrito en el Registro de la Propiedad —como igualmente razona la sentencia citada— ha sido acatada y reconocido por todos los comuneros durante más de diez años al no haber formulado acción ni protesta alguna contra el mismo.

CONSIDERANDO: Que no corresponde suerte idéntica al contenido restante de la pretensión impugnativa —cuestión 2ª de esta alzada— por cuanto el apelante, por su condición de promotor del edificio V. T. y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1591 del Código Civil, debe realizar las reparaciones necesarias a fin de que las importantes filtraciones de agua que se producen en el sótano por causa de su construcción deficiente —así se estima acreditado por esta Sala apreciando en conjunto el resultado de la prueba— no continúen afectando a la estructura del edificio. Conclusión frente a la que no son atendibles: a) el hecho de que entre la fecha de terminación del edificio —mayo de 1971— y la correspondiente a la presentación de la demanda —5 de junio de 1981— medie un tiempo superior a los diez años, por cuanto los defectos objeto de la obligación reparadora han ocurrido con anterioridad a la expiración del tiempo de garantía que sanciona el artículo 1591 del Código Civil —10 años— y este plazo es distinto al que corresponde al ejercicio o efectividad jurídica de tal garantía, una vez que se ha producido el hecho que le da vida, y que es el de quince años a que alude el artículo 1694 del mencionado texto legal, según declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Noviembre de 1974, ni b) la puesta en marcha de unas medidas —bombas extractoras de aguas destinadas a eliminar las consecuencias del defecto constructivo, por cuanto con independencia de su carácter provisional no impiden que el continuo movimiento de penetración y extracción de las aguas pueda dañar la estructura de la obra mediante la producción de asientos en la misma (dictamen pericial obrante al folio 127).

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que el contenido obligacional expuesto en la fundamentación anterior coincide con el del acuerdo 4º adoptado por la Junta Extraor-

dinaria de la Comunidad de propietarios celebrada el 17 de marzo de 1981, sin embargo la necesidad de concretar el mismo en beneficio de su ejecución motiva que esta Sala modifique el pronunciamiento de instancia, básicamente confirmado, en el sentido de condenar al demandado a la realización de una solera de hormigón puzolámico impermeabilizada, pues esta obra constituye, según el dictamen técnico preindicado, el medio adecuado para evitar definitivamente los encharcamientos que se producen en el sótano.

CONSIDERANDO: Que dado el tenor de esta resolución no procede hacer especial pronunciamiento respecto a las costas causadas en esta instancia.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don T. V. B. contra la sentencia dictada el veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y dos por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos efectuar y efectuamos los pronunciamientos que siguen: 1º.- Se revoca parcialmente la sentencia mencionada en cuanto declara nula la cláusula estatutaria exoneratoria de gastos de escalera, ascensor y azotea para el local número uno de orden del edificio V. T. y su correspondiente transcripción registral; 2º.- Se desestima la demanda reconventional formulada por la Comunidad de Propietarios del Edificio V. T. y se absuelve al recurrente de la pretensión anulatoria en ella contenida; 3º.- La obligación del recurrente Sr. V. B. referida en la sentencia citada al cumplimiento del acuerdo 4º adoptado por la Junta Extraordinaria ordinaria celebrada el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y uno, se concreta ahora en la realización a su cargo, en el sótano del inmueble y en término de tres meses de una solera de hormigón puzolámico impermeabilizada; 4º.- Se confirma el resto de la sentencia recurrida y 5º.- No se hace especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta segunda instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

161

161. CONTRATOS. Cumplimiento y alcance de los mismos en venta de viviendas: obras necesarias para hacerlas útiles a su destino. Congruencia. *Sentencia de 14 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la demanda instauradora de esta litis, ahora en segundo grado jurisdiccional, interpuesta por la Comunidad de Propietarios del edificio "E. T.", sito en la calle Salud nº 54 y 54-A de esta ciudad, contra los causahabientes de Don M. L. —promotor-vendedor de los apartamentos y locales de dicho edificio—, y contra cualquier persona que pueda acreditar interés en orden a la ocupación o propiedad de la parte determinada nº 50 de orden del Edificio "E. T.", ático duplex que tiene su acceso por el zaguán nº 54-A de la calle Salud de esta capital, postula: a) realización de determinadas obras de reparación del terrado-cubierta del repetido edificio, b) ejecución de las obras necesarias en el supradicho edificio para adecuarlo al proyecto aprobado por la licencia municipal correspondiente, y c) pago de los daños y perjuicios sufridos por las deficiencias cuya reparación se insta.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a la doctrina mantenida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras en sus sentencias de 7 Mayo 1965 y 23 junio 1966, el principio jurídico procesal de la congruencia, recogido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige no sólo la concordancia y armonía entre las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos iniciales del pleito de que se trate y la parte dispositiva de la resolución judicial que le ponga fin, sino también que el Tribunal sentenciador no se separe de las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes hayan sometido a su conocimiento, ni altere la causa de pedir transmutándola por otra distinta porque, de otra forma quedarían alguno o todos los contendientes sin posibilidad de rebatir, los problemas no aducidos, ni de practicar prueba sobre ellos con su consiguiente indefensión, infringiéndose los aforismos "Sententia debet esse conformis libello" y "Ultra quod in iudicium deductum est, potestas iudicis excedere non potest". (Considerando primero de la sentencia de 28 Noviembre 1970).

CONSIDERANDO: Que consecuente con la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer y con referencia a la pretensión deducida en primer lugar, hay que señalar que, la acción en ella ejercitada no se funda, como afirma el Juez "a quo" en el artículo 1591 del Código Civil —precepto mencionado en el Fundamento de Derecho Sexto de la demanda—, sino en las disposiciones generales establecidas por los Capítulos primeros de los Títulos I y II del Libro IV de nuestra Ley Civil sustantiva (criterio que sustenta el Considerando segundo de la citada St^a de 28 Noviembre 1970), y concretamente en sus artículos 1091 y 1258; acción encaminada a exigir el exacto cumplimiento de las consecuencias que, conforme a la buena fe, al uso y a la Ley, dimanen de la venta de las diversas unidades del edificio "E. T." efectuado el fallecido don M. L., consecuencias que se compendian en la obligación personal de dicho promotor-vendedor de entregar a cada uno de los compradores, si no lo fue de local, una vivienda habitable, segura y realizada con sujeción a las normas de buena construcción —que excluyen toda clase de filtraciones y humedades—, normas ésta de igual cumplimiento y observancia frente a la Comunidad actora en cuanto a la seguridad y perfecta construcción de la estructura, cubierta del edificio y demás elementos comunes del referido edificio. Obligación que por fallecimiento de don M. L., se transmitió a sus herederos (artículo 661 del Código Civil), los hoy codemandados Don J., Doña A. M. A. y Don J. L.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el estudio de la cuestión de fondo de la pretensión deducida en primer lugar y que ha motivado diversas reclamaciones e incluso un pleito —el n^o 1493 del año 1976 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad—, tal cuestión resulta al constar acreditada la existencia en la amplia terraza o cubierta del edificio "E. T." de esta capital, contigua al ático n^o 50 de orden de dicha finca y cuyo uso exclusivo pertenece al propietario de dicho ático, actualmente propiedad de los citados causahabientes, de algunos tramos en mal estado que producen humedades a la vivienda de la planta inmediata inferior, mala impermeabilización de los muros, el enfoscado de los voladizos está agrietado y se desprenden trozos, la junta de dilatación del edificio está sin rellenar y por ella se escurre el agua de lluvia, dando humedad, según informe de la Delegación de la Vivienda (folio 76) emitido el 29 de Agosto de 1979, cuyo contenido se estima que refleja la realidad actual al no constar haberse practicado, con posterioridad a dicha fecha, obras para corregir o subsanar tales deficiencias, excepto la llevada a cabo por la Comunidad de Propietarios ahora actora, que fue retirada por resolución judicial dictada en el pleito antes mencionado, al implicar imposibilidad del uso de la terraza y con ello despojo del derecho atribuido al efecto a los titulares del ático (folio 191), pues mientras la demandante, aquí apelante, sostiene que tales deficiencias son de construcción y en su consecuencia su reparación compete a los codemandados, como herederos del promotor-vendedor, el demandado personado afirma que no son de su cargo tales reparaciones, por ser un defecto de mantenimiento de la administración del edificio (posición 6^a).

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se estima, concorde con el criterio que ya sustentó esta Sala en Sentencia n^o 107 de 1979, de 13 de Junio (folio 195) que "la humedad procedente de la terraza trae causa, mas que de una negligencia en su uso, de las deficiencias en la construcción del edificio"; lo que conlleva la obligación

de los herederos demandados de realizar las reparaciones pertinentes para subsanar las aludidas deficiencias que se indican en la parte dispositiva de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que la pretensión segunda de la parte actora, dirigida a que se condene a los hermanos L. a que a su costa efectúen todas y cada una de las obras necesarias para adecuar el edificio "E. T." al proyecto aprobado por la licencia municipal y concretamente a que se prolongue la escalera del zaguán nº 54-A de la calle Salud hasta la terraza mencionada del inmueble, no puede prosperar no sólo por las razones expuestas al efecto por el juez "a quo", sino por cuanto no consta que la venta de los apartamentos y locales del repetido edificio se verificase, por el promotor, sobre proyecto aprobado por la licencia municipal.

CONSIDERANDO: Que la última pretensión deducida en la demanda, indemnización por los daños y perjuicios causados por las deficiencias de dicha terraza a los propietarios de las viviendas cubiertas directamente por la supradicha terraza, no tratada ni resuelta en la sentencia apelada, ni solicitada por la apelante en el acto de la vista, no puede ser estimada, al no reputarse probados los invocados daños y perjuicios.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede estimar parcialmente la apelación formulada y revocar la sentencia impugnada únicamente en cuanto ahora se declara la obligación de los causahabientes del promotor-vendedor del edificio "E. T." de esta ciudad, de reparar las deficiencias de la terraza expresada de dicho edificio, con la consiguiente condena en su caso.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la C. P. E. "E. T." de esta ciudad, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha treinta y uno de Mayo de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a lo que a continuación se declara: Que estimando en parte la demanda interpuesta por la C. P. E. "E. T." de esta localidad contra los hermanos don J., doña A. M. A. y don J. L. y contra cualquier persona que pueda acreditar interés en orden a la ocupación o propiedad de la parte determinada nº 50 de Orden del edificio "E. T.", ático duplex que tiene su acceso por el zaguán nº 54-A de la calle Salud de esta localidad, todos ellos declarados en rebeldía menos doña A. M. A. L., debemos declarar y declaramos que los hermanos señores L., por su condición de causahabientes de su padre don M. L., promotor éste del edificio "E. T." de esta ciudad, están obligados a realizar, y en caso de no hacerlo se ejecutarán a sus costas, las obras de reparación necesarias a fin de subsanar definitivamente los defectos hoy existentes en la cubierta del expresado edificio, obras que se determinarán en ejecución de sentencia; absolviendo a los demandados de las demás pretensiones contra ellos deducidas; confirmando el resto de la sentencia apelada. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la incomparecencia ante esta alzada de todos los demandados, notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se instan sus notificaciones personales. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

163

163. JUICIO EJECUTIVO. Póliza de préstamo. Incumplimiento de la obligación de pago de intereses contractualmente determinante del vencimiento: Exigibilidad del íntegro crédito a lo que no se opone la apertura de una imposición a plazo al tiempo de la concesión para garantizar su buen fin y con saldo sobrado para cubrir los intereses pendientes. *Sentencia de 14 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, pretendiéndose por el accionante el reintegro completo del importe de un préstamo concedido a los demandados, basado en el incumplimiento de la obligación de abonar los intereses pactados, se hace conveniente puntualizar determinados extremos antes de analizar la cuestión sustantiva litigiosa, y así: a) la entidad bancaria actora y los dos demandados, uno como prestatario y otro como fiador, suscribieron el día dos de abril de 1982 una póliza de préstamo con garantía personal por un importe de veinticinco millones de pesetas, finalizando el plazo de ese préstamo el día dos de octubre de 1984 y pactándose la devolución del principal en determinados plazos y cantidades especificados en aquella póliza; b) al propio tiempo, se estipuló un interés del 20,75 por 100 anual, "que se liquidará por adelantado a la iniciación de cada trimestre de vigencia" (cláusula segunda), acordándose igualmente determinados recargos por retraso en los pagos y ciertas comisiones abonadas al tiempo de la suscripción del contrato; c) iniciado el primero de los trimestres, cuya fecha de comienzo es por tanto el día dos de abril de 1982, no fue satisfecha la suma que, en concepto de intereses, debía pagarse, tal y como se desprende de la prueba practicada y de las manifestaciones de los litigantes. Por la parte ejecutante se pretende, conforme se ha apuntado, la efectividad de la cláusula octava de la póliza, según la cual "incumplidas por los prestatarios cualquiera de las obligaciones a que se refieren las condiciones anteriores de esta póliza, podrá el Banco exigir el reintegro inmediato del préstamo, con los intereses y comisiones procedentes"; mientras que la parte ejecutada estima improsperable esa petición en tanto que, habiéndose pactado como cláusula adicional que en "este acto se apertura imposición a plazo fijo... a nombre del beneficiario de esta póliza, que se dota con cinco millones de pesetas, quedando este importe afectado al buen fin de esta operación", la cantidad cuyo impago ha dado origen a este litigio (ascendente a la cantidad de 1.493.736 pesetas, importe de los intereses correspondientes al primer trimestre del plazo de vigencia del contrato) quedaba cubierta por aquella imposición a plazo fijo, no siendo por tanto exigible esa cantidad ni pudiendo ser eficaz la cláusula resolutoria del contrato.

CONSIDERANDO: Que, estando fuera de toda duda que los intereses pactados debían abonarse por adelantado a la iniciación de cada trimestre y que, desde luego, no consta el abono de los correspondientes al primero de ellos, resta por dilucidar la posible eficacia que pueda otorgarse a la mentada cláusula adicional en relación con la octava de la póliza (que autoriza la resolución contractual inmediata, con devolución de principal e intereses). Es evidente que dicha cláusula adicional tiene como objeto garantizar el buen fin o desenlace de la total operación crediticia, esto es, asegurar a la entidad prestamista que cuanto menos ha de ver cubierta, cuando transcurre el plazo contractual, la suma a que se contrae esa cláusula. La expresión "afectado al buen fin de esta operación" está, pues, referida a que, una vez cumplida la vigencia del préstamo y liquidadas las relaciones de cargos y abonos habidas entre prestamista y prestatario, deberá ser utilizado su importe para saldar las diferencias que puedan observarse. Así debe interpretarse el contenido de

la referida cláusula, que, como complementaria que es de las restantes pactadas al tiempo de la concertación del préstamo, no permite considerarla como derogatoria de la eficacia de ninguna otra de las que le preceden; sino que la cláusula resolutoria (la octava de la póliza) permanece en cualquier tiempo vigente, susceptible de ser hecha valer tan pronto como se den las condiciones en ella previstas, sin quedar mediatizada ni disminuida en su eficacia por otros pactos que responden a finalidades muy diferentes. No aceptar estos razonamientos conduciría a entender que la cláusula resolutoria sólo podría ser eficaz a partir del impago de cinco millones, potenciándose así la relevancia de la cláusula adicional, exclusivamente prevista para los casos en que por una u otra razón finalice el contrato; y, al propio tiempo, quedarían indudablemente mermadas las garantías del prestamista tan pronto como se hubiese agotado la suma de garantía, quien no gozaría, al tiempo de saldar las relaciones entre prestamista y prestatario, de las seguridades inicialmente previstas. En consecuencia, debe entenderse que el impago de la suma a que ascienden los intereses devengados durante un trimestre significa el incumplimiento de una obligación contractual que permite actuar el dispositivo resolutorio previsto y que impide acudir a una cláusula adicional que únicamente fue estipulada para ser actuada al tiempo de la terminación de la relación contractual, pero en modo alguno con anterioridad a él so pena de tergiversar la voluntad contractual.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. En cuanto a las de la primera, procede condenar a la parte ejecutada, por ser así preceptivo, de acuerdo con el contenido de la parte dispositiva de esta resolución.

VISTAS las disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor B. M. en nombre y representación de B. C. C. S.A., contra la sentencia de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma, en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos íntegramente, y en su consecuencia, estimando la demanda interpuesta por el citado Procurador, en la representación indicada, debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada, hasta hacer trance y remate de los bienes embargados a los deudores ejecutados, y con su producto, enterar pago de la cantidad de veintidós millones cuatrocientos noventa y tres mil setecientos treinta y seis pesetas, (21.493.736.-) más los intereses y comisiones devengados. Todo ello con expresa condena en costas a la parte ejecutada, en cuanto a las causadas en primera instancia, y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en esta alzada. (Ponente: Carlos Climent Durán).

165

165. CONTRATOS. Resolución por incumplimiento. Eficacia del requerimiento efectuado contestando al acto de conciliación. Voluntad rebelde: Se infiere del no ofrecimiento de las cantidades en cuya ineffectividad se sustenta la resolución y en sostener su inexigibilidad. Presun-

ciones: Falta de enlace preciso y directo. Dolo, error; Inexistencia. *Sentencia de 16 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: que el actor principal/demandado reconvenional impugna el pronunciamiento resolutorio del contrato de compraventa celebrado entre los litigantes el 14 de Mayo de 1977 por incumplimiento de la obligación de pago, en base a los motivos siguientes: PRIMERO.- La obligación de pago invocada y estimada como incumplida no era exigible; SEGUNDO.- El requerimiento previo prevenido por la normativa contenida en el artículo 1504 del Código Civil no ha sido formulado; TERCERO.- El comprador/recurrente no ha tenido una voluntad contraria al cumplimiento de la obligación de pago y CUARTO.- La vendedora ha incumplido su obligación de entregar la cosa vendida.

CONSIDERANDO: Que previamente al análisis de los motivos de impugnación enunciados, es necesario expresar que la temática de la nulidad contractual por dolo grave — invocada por la vendedora como defensa frente a la pretensión deducida por el comprador en la demanda principal— ha sido resuelta correctamente por el Juzgador “a quo” por cuanto: a) la nulidad de un contrato no puede ser invocada por quien tiene reconocida la validez del mismo, como ciertamente lo hizo la vendedora al manifestar en el acto de conciliación previo a esta litis que “por el impago continuado del demandante, le comunico fehacientemente la rescisión del contrato de compraventa a que se refiere la conciliación, al amparo todo ello de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil” y b) las alegaciones del error y del dolo en el consentimiento requieren para que puedan prosperar la demostración cumplida de su existencia, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo al interpretar los artículos 1265, 1266, 1269 y 1270 del Código Civil. Demostración que no ha sido lograda dada la falta de cualquier apoyatura probatoria directa y la imposibilidad de que entre los hechos alegados como base presuntiva —falta de visión de la vendedora y escaso precio de la cosa vendida— y el hecho consecuencia —engaño— exista el enlace preciso y directo exigido para la prueba de presunciones.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de oposición debe rechazarse como con acierto hizo el juzgador “a quo”, por cuanto la causa de la invocada inexigibilidad de la obligación de pago establecida en el apartado b) de la cláusula contractual 3ª —causa consistente en un pacto verbal celebrado entre los litigantes en cuya virtud la obligación de pago mencionada quedaba aplazada en tanto terceras personas ajenas a este proceso (hija y yerno de la vendedora) no abonaran al recurrente la cantidad de 1.744.429 pts. que éste había pagado por su condición avalista solidario de un crédito concedido a aquéllas— ha sido incorporada a la litis a nivel de simple alegación cuya verificación no es posible ante la no aportación de medios de prueba directos ni indirectos, pues, contrariamente a lo pretendido por el impugnante, los hechos base invocados —pago del crédito por su condición de avalista solidario y falta de reclamación del precio pendiente no conducen, en adecuado racionio, a fijar el hecho consecuente— inexigibilidad de la obligación de pago mencionada.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al 2º motivo de oposición, por cuanto la manifestación realizada por la vendedora en el acto de conciliación previo a la interposición de la demanda principal —“por el impago continuado del demandante, le comunico fehacientemente la rescisión del contrato de compraventa a que se refiere la conciliación, al amparo todo ello de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil”— constituye el requerimiento a que alude la normativa contenida en el expresado artículo, pues este requerimiento, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 1983, “no es otra que la forma de manifestar fehacientemente el vendedor su voluntad resolutoria de contrato por impago del precio, al objeto de que el comprador quede enterado de ello” (en igual sentido sentencia de 22 de febrero de 1983), sin que se desvirtue por el momento de su formulación pues la validez de la comunicación de la voluntad resolutoria

por medio de acto de conciliación está reconocida por el Tribunal Supremo en la última sentencia mencionada al expresar "si está acreditada la conducta rebelde y continuada de los demandados al pago del precio pendiente y se les comunicó por medio de acto de conciliación su voluntad resolutoria, es evidente que la Sala de instancia hizo la correcta subsunción del supuesto de la litis en el indicado precepto".

CONSIDERANDO: Que idéntico destino corresponde al tercer motivo impugnativo dado que la negativa del comprador a satisfacer desde el mes de mayo de 1977 hasta el mes de septiembre de 1978 la cantidad de 27.000 pesetas mensuales —apartado b) de la cláusula contractual 3ª— ha sido mantenida de forma reiterada como lo evidencia, en primer lugar, la no inclusión de su importe, total o parcial, en los ofrecimientos de pago realizados en el acto de conciliación celebrado el 16 de Octubre de 1980 ni en el formulado con la demanda rectora de la litis y, en segundo lugar, la analizada pretensión de inexigibilidad de tal obligación. Voluntad reiteradamente contraria al cumplimiento de la obligación de pago del precio pendiente que al no estar fundamentada en una imposibilidad física o jurídica, siempre apreciable restrictivamente y por supuesto merecedora de ser excluida en los casos de duda fundada (sentencia de 7 de Marzo de 1983), constituye la exigible voluntad rebelde que no deja de producir su eficacia resolutoria cuando se pretende sustituir la incumplida obligación de pago que finalizaría en el mes de septiembre de 1979 por una obligación hipotecaria que nacida el 21 de diciembre de 1979 no vencería hasta el 21 de diciembre de 1989.

CONSIDERANDO: Que tampoco el último motivo de oposición puede producir la revocación pretendida por el recurrente, dado que: a) el otorgamiento de escritura pública estaba condicionado al cumplimiento íntegro del precio convenido (cláusula contractual 6ª) y éste, como ya se ha expuesto, no se ha producido; b) no existe pacto contractual que contrarie el contenido normativo del artículo 1466 del Código Civil, sino que, al contrario, del relato que sobre los motivos de la venta hace el recurrente en su confesión judicial se infiere que éste consintió en que la vendedora continuara junto con unos familiares en el uso del piso enajenado.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. M. G. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad el veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

166

166. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de cláusula de valor: Nulidad del juicio: Rectificación del criterio sostenido en resolución anterior. Costas: Su régimen en relación con los motivos de nulidad. *Sentencia de 18 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, siendo sólo dos los problemas suscitados —relativos a la inexistencia en una cláusula de valor y al pago de las costas procesales—, han de ser estudiados separadamente del siguiente modo: A) En relación con la falta de la cláusula de valor en una letra de cambio, debe sentarse que, aún cuando pueda haber habido algún pronunciamiento judicial que haya estimado irrelevante su no expresa consignación en el documento cambiario cuando la relación procesal se ha establecido entre librador y librado, por entenderse probablemente que en un caso así se trata de una formal exigencia que en modo alguno puede afectar a las relaciones entre esos litigantes, es lo cierto que las especiales características que rodean al juicio ejecutivo, mediante el cual es factible la pronta realización y efectividad de los títulos dotados de fuerza ejecutiva, imponen como contrapartida el exacto cumplimiento de cuantos requisitos aparecen normativamente exigidos para que esos efectos puedan tener lugar, de suerte tal que no cabe la utilización de tan enérgica vía procesal sin acreditar la concurrencia de aquellas concretas condiciones que, debido a esa pronta y contundente ejecutividad, devienen formales o rituarías hasta el punto de que su falta acarrea la imposibilidad de beneficiarse de esos especiales efectos legales. Y, así, la sentencia de esta Sala de tres de mayo de 1983, en la que se transcriben declaraciones contenidas en la del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1983, declara que “la letra de cambio es... un título eminentemente formal, cuyas formalidades se exigen no sólo para la prueba de las obligaciones cambiarias, sino también para la constitución de ellas, viniendo expresamente relacionadas con carácter inexcusable en el artículo 444 del Código de comercio, de tal manera que si en la letra de cambio falta alguna de las menciones que tal precepto contiene dejan de producir acción en juicio, dejando de ser tal letra de cambio para convertirse en documento distinto, no pudiendo en consecuencia engendrar ninguna acción cambiaria de carácter ejecutivo”. Dado que es éste, sin duda, el resultado a que se llega después de interpretar la letra y el espíritu de la normativa vigente, a ella debe estarse sin perjuicio de las modificaciones de criterio que por vía legal puedan darse en el futuro. B) En cuanto al abono de las costas causadas en la primera instancia, se suscita el problema de cómo debe ser resuelto cuando se declara judicialmente la nulidad parcial del juicio: la solución aparece nitidamente determinada en los artículos 1473, 3º y 1474, 3º, en los que se indica que, habiéndose declarado “la nulidad de todo el juicio, o de parte de él”, “cada parte pagará las (costas) causadas a su instancia, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”. La claridad de la solución legal impide efectuar precisión ni aclaración ninguna, por lo que lo expuesto en la sentencia de instancia no puede ser admitido so pena de conculcar la antedicha preceptiva.

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

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. J. en nombre y representación de I. P. C. S.A. contra la sentencia de veintinueve de marzo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor y con desestimación del recurso de apelación interpuesto en concepto de adherido por el Procurador Sr. M. en nombre y representación de C. LL. S.A. contra la antedicha resolución, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente a excepción de su pronunciamiento en materia de costas, el cual (que literalmente expresado dispone que “debo condenar y condeno a I. P. C. S.A. a satisfacer dos tercios de las costas causadas, corriendo el tercio restante a cargo de C. LL. S.A.”) queda sustituido por el de que “sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en la primera instancia”. Todo ello sin hacer tampoco especial declaración en relación con las costas de esta segunda instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

167. RECURSO DE APELACION. Su ámbito: Modificación de oficio del fallo de primera instancia para atemperarlo a la congruencia. *Sentencia de 18 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que al desconocer esta Tribunal los motivos de apelación de la sentencia recaída, ya que al acto de la vista sólo compareció la Representación procesal del recurrente y al estimarse la resolución impugnada, ajustada, en principio, a Derecho, procede su confirmación si bien completada con la pertinente declaración subsanadora de la omisión padecida por el juez "a quo" que a continuación se expresa.

CONSIDERANDO: Que la demanda instauradora del juicio que ahora se ventila ante este segundo grado jurisdiccional, fue formulada contra don G. O. S. y "O. A. S.A.", postulando que ambos demandados fuesen condenados a que pagasen solidariamente al actor la cantidad de 1.743.195'95 pesetas y alternativamente se interesó que don G. O. S. fuese condenado a pagar dicha suma como deudor principal y subsidiariamente la entidad demandada, y como el fallo dictado condena sólo al señor O. S. a satisfacer al demandante la cantidad reclamada, sin hacer referencia ni mención alguna respecto a la sociedad anónima codemandada, es por lo que con fin de mantener el principio procesal de congruencia que preceptúa el artículo 359, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "exige hacer las declaraciones requeridas por las pretensiones entabladas" (Sentencia de 28 Junio 1978), y toda vez que es doctrina jurisprudencial reiteradamente sostenida de que "nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aún concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite sin embargo al Tribunal "ad quem" conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito" (Sentencia de 6 Julio 1962), es por lo que procede subsanar tal omisión, al no implicar ello violación del principio prohibitivo de la "reformatio in peius", reiteradamente sustentado por la jurisprudencia, entre otras sentencia por la de 24 Noviembre 1975.

CONSIDERANDO: Que la condena de pago impuesta a don G. O. S. se basa en un negocio jurídico que dicho codemandado suscribió en nombre y cuenta propia con el actor, ahora apelado (folio 76), cuyos efectos se circunscriben a dichas partes contratantes y a sus herederos (artículo 1257, párrafo primero del Código Civil), y no se deriva de él responsabilidad alguna, solidaria o subsidiaria de la entidad codemandada, por lo que, en aras del mencionado principio de congruencia, procede hacer la pertinente declaración absolutoria, subsanando con ello la omisión formal existente en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, con la necesaria rectificación de que la estimación de la demanda es parcial.

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, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don G. O. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y dos, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía

de que dimanara el presente rollo, si bien el fallo impugnado se rectifica en el sentido de que la estimación de la demanda es parcialmente, y se completa con la siguiente declaración: "Desestimando dicha demanda respecto a la entidad codemandada O. A. S.A., a la que se absuelve de las pretensiones contra ella deducidas". Sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

169

169. EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima: Impide su estimación cualquier negligencia, aunque levisima, del conductor del vehículo causante. Estimación de la excepción: doctrina de la Sala. *Sentencia de 19 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada en este juicio ejecutivo, ahora en segundo grado jurisdiccional, y en la que se estima la culpa exclusiva de la víctima, es apelada por los siguientes motivos: a) por cuanto la determinación de la forma en que se produjo el accidente de tráfico, se basó únicamente, según la recurrente, en la declaración que prestó el conductor del camión asegurado por la Compañía ejecutada, ya que la víctima de dicho accidente falleció en el acto y no hubo testigos, y b) por no haberse llevado a cabo las oportunas diligencias acerca de la velocidad, estado de los frenos y neumáticos del camión que intervino en el referido accidente.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el estudio de los concretos motivos de impugnación, conviene señalar que la excepción establecida en el artículo primero del Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, que excluye la obligación de reparar el mal causado con motivo de la circulación de un vehículo de motor cuando se pruebe que el hecho fue debido exclusivamente a culpa o negligencia del perjudicado, exige para su obligación, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, como expresan las sentencias de este Tribunal de 27 de Octubre de 1975 y 31 de Octubre de 1978, que no medie ningún género de culpa o negligencia, ni aún levisima del conductor del vehículo que ocasionó el daño, que de mediar impediría apreciar la exclusiva del perjudicado; si bien, como señala la sentencia de esta misma Sala de fecha 24 de Enero de 1976, "en ningún caso se puede llegar directamente al principio de la responsabilidad objetiva, cuando el legislador no quiso o no se atrevió a sancionarlo en las normas sobre uso y circulación de vehículos de motor, ni cabe forzar la interpretación de los hechos para llegar a tal resultado, con olvido de la justicia y de la equidad a que los órganos judiciales vienen obligados, por muy dolorosas y humanamente comprensibles que sean las circunstancias que entran en el supuesto litigioso, y nada autorizada a prescindir del supuesto legal de la llamada "culpa exclusiva" para intentar a ultranza obtener una "culpa compartida" que haga invariables los efectos de la primera"; más por otra parte, como ya destacó este Tribunal (sentencia de 24 de enero de 1979) "la aproximación a la responsabilidad objetiva es propugnada en función del riesgo creado a otra persona por quien en propia utilidad o por el interés propio conduce un vehículo de motor, pero se atenúa lógicamente cuando aquél riesgo —daño patrimonial— es creado también u originado por el que después resulta perjudicado, si este a su vez conduce un vehículo de motor" —una potente motocicleta marca Honda 1.000,

en el presente caso—, “lo que ya en principio exige, si en el supuesto de colisión aquel riesgo se actualiza en daño efectivo para uno de los conductores, para determinar la responsabilidad que de ello pueda nacer, averiguar cual de los dos vehículos intervinientes hubiese sido, en su circulación, la causa eficiente de que el accidente se produjese”.

CONSIDERANDO: Que consecuente con lo que se acaba de exponer, el motivo primero de apelación se ha de rechazar, ya que, por un lado la negligencia de la víctima —cónyuge de la hoy recurrente— está admitida por dicha parte, pues así se desprende claramente de la descripción del hecho contenido en el auto de cuantía máxima que se expidió a tenor del artículo 10 del citado Texto Refundido y cuyo testimonio se acompañó a la demanda instauradora de esta litis, como base y fundamento de la acción ejecutiva promovida, y por otro, que dicha culpa es exclusiva del motorista; así lo aprecia este Tribunal “ad quem”, coincidiendo con el criterio sustentado por el Juez “a quo”, no sólo por la declaración del conductor del camión sino del conjunto de las pruebas practicadas, entre las que hay que mencionar las reveladoras fotografías sacadas por la Guardia Civil que formalizó el atestado, de las huellas y señales existentes en el lugar del accidente como consecuencia de la colisión y de la situación y estado en que quedaron los vehículos intervinientes —camión y motocicleta— después del accidente, del informe técnico que se emitió dicha Fuerza actuante, así como la maniobra de desvío o evasión que realizó el conductor del camión para evitar la colisión y no desprenderse de las pruebas practicadas, culpa alguna, aunque fuese levisima, por parte del conductor del camión.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir el motivo segundo del recurso, basado en que al no haberse practicado diligencias respecto de la velocidad que llevaba el camión cuando se produjo la colisión, el estado de los frenos y neumáticos de dicho vehículo, no puede afirmarse la culpa exclusiva del motorista, ya que por un lado olvida que en esta jurisdicción civil corresponde a la parte ejecutante ahora apelante, la carga de probar —artículo 1214 del Código Civil— la realidad de las deficiencias y velocidad inadecuada que insinúa respecto al camión contra el que colisionó su marido, y por otro que ello implicaría admitir sin más, otra culpa, aunque levisima —la del conductor del camión—, y tal apreciación —al no seguir en esta materia una responsabilidad objetiva como antes expuso— no es dable, ya que aquella se ha de basar o desprenderse necesariamente de elementos fácticos que consten en autos y no de meras alusiones, como pretende la recurrente.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos de la sentencia impugnada, procede la confirmación de esta.

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, desestimando el recurso de apelación formulado por Doña S. G. D., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha seis de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Manacor en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

173

173. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. Director de hotel: es competente la civil. Estudio de la legislación aplicable. Resolución unilateral: Validez en esta clase de contratos basados en la confianza. Preaviso: necesidad: su falta determina la indemnización de perjuicios. *Sentencia de 27 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que aquietada la compañía H. P. P. S.A. ante la desestimación de su demanda reconvenicional, la temática de esta alzada, atendido el contenido de la pretensión impugnativa deducida por el actor principal, está constituida por las dos cuestiones siguientes: PRIMERA.- Analizar si existe causa para estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la entidad mencionada y SEGUNDA.- Caso de resolverse negativamente, determinar si procede estimar la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios por causa del desistimiento unilateral del contrato celebrado entre los litigantes el 3 de diciembre de 1979.

CONSIDERANDO: Que como antecedente fáctico de la cuestión primera ha quedado acreditado que el actor fue contratado para desempeñar el cargo de Director del H. L. P. propiedad de la Compañía H. P. P. S.A., con todas las obligaciones, derechos y autoridad inherentes al mismo, y así efectivamente lo desempeñó, sin otra limitación constatada que la de estar sujeto a la dependencia de la entidad propietaria y a las instrucciones de ésta.

CONSIDERANDO: Que el antecedente fáctico expuesto conduce a desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues es patente la condición del alto cargo del actor en su condición de Director del H. L. P. al tratarse de cargo de "alta dirección", para el que no rige la Ley Contrato de Trabajadores a tenor de su artículo 7, ya que venía excluido en las correspondientes Reglamentaciones de Trabajo, pues tal categoría se exceptúa en la Ordenanza de Trabajo para la industria de Hostelería de 28 de Febrero de 1974 (artículo 3) y a la misma no se hace referencia en el nomenclator de oficios y profesiones anexo a la ordenanza, en atención a la función encomendada que ha de tener tal consideración de alta dirección reconocida por el artículo 9 del Estatuto de Directores de Establecimientos Hoteleros de 11 de Agosto de 1972, y así la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo excluye a los Directores de Hoteles —con independencia de si la entidad contratada es propietaria de uno sólo o de varios hoteles "por ser alto cargo fundamentalmente de confianza caracterizado por tener bajo sus órdenes directas a todo el personal, sin otra limitación que la de estar sujeto a la dependencia del propietario y a las instrucciones de éste (Sentencia del Tribunal Supremo Sala Social de 5 de Octubre de 1982)". Doctrina ésta que ha de estimarse en vigor aún después de publicado el Estatuto de los Trabajadores, ya que tratándose de una relación laboral de carácter especial, según el artículo 2 a (del Estatuto citado, mientras no se dicte la norma pertinente regulándola, como ordena la disposición adicional 2ª, ha de estimarse vigente la normativa anterior y por consiguiente el artículo 7 de la Ley Contrato de Trabajadores.

CONSIDERANDO: Que para resolver la cuestión de fondo segunda de las enunciadas, es preciso establecer a modo de premisas jurídicas que: PRIMERO.- La terminación de la relación contractual debatida por la sola y libre voluntad e iniciativa de la Compañía demandada constituye un modo resolutorio permisible por el Ordenamiento Jurídico pues

ante una relación obligatoria que carece de plazo previsto de duración temporal y que tiene en su estructura interna un componente fiduciario o un intuitus personae, es justa la posibilidad de poner fin a la misma cuando se frustra la confianza que las partes recíprocamente se merecen; SEGUNDO.- El principio de la buena fe impone la existencia de un plazo de preaviso con el fin de que la otra parte contratante adopte las medidas necesarias para prevenir a la situación que a ella le produzca la extinción del vínculo obligatorio y TERCERO.- Los daños y perjuicios no se presumen producidos automáticamente sino que están sujetos a la normativa reguladora de la prueba sobre su existencia y su causa.

CONSIDERANDO: Que de lo actuado destaca como dato de interés prevalente para determinar la procedencia de la pretensión indemnizatoria, el hecho de que al poco tiempo de producirse la denuncia del contrato celebrado entre los litigantes, el actor inició con el H. N. S.A. una relación cuya calificación ha quedado indeterminada por causa imputable exclusivamente a él mismo, pero que al concretarse en actos tan significativos como la aceptación de letras de cambio giradas a cargo del mencionado hotel y la contratación de personal para que prestara servicios en el mismo, no puede estimarse amistosa, como pretende el impugnante, sino como se infiere de tales actos, típica de una titularidad en la explotación hotelera, o, al menos, de un cargo retribuido con poderes suficientes para realizarlos.

CONSIDERANDO: Que la valoración del dato precitado desde la perspectiva jurídica expuesta anteriormente, motiva que esta Sala estime, en primer lugar, improcedente el resarcimiento de los gastos de traslado por ser inversión de continuada y actual utilidad y de los gastos de adquisición y arreglo del piso por ser innecesarios dado que, a tenor de lo convenido, tanto el actor como su familia tenía vivienda gratuita, y, en segundo lugar, procedente la pretensión indemnizatoria por los perjuicios derivados de la falta de preaviso si bien reducida a la cantidad de 200.000 pts. por ser ésta suficientemente compensatoria, atendido lo esencial de las pautas que para situaciones con identidad de razón se contienen en el Estatuto de los Trabajadores y en el proyecto de Real Decreto por el que se dictan normas reguladoras de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede condenar a la Sociedad demandada al pago de los intereses prevenidos en la disposición citada a partir de la fecha de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que no apreciándose temeridad ni mala fe no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en la primera instancia ni, dado el tenor de esta resolución, sobre las producidas en esta alzada.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don V. C. S. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad el cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo debemos revocar y revocamos dicha resolución, y previa desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimación parcial de la demanda interpuesta por el recurrente mencionado, debemos condenar y condenamos a la Cia H. P. P. S.A. a que abone al actor la suma de doscientas mil pesetas más la correspondiente a los intereses prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir de la fecha de esta resolución. (Ponente: Carlos Climent Durán).

174

174. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Accidente de circulación: compatibilidad de las indemnizaciones con cargo al seguro obligatorio y las complementarias al amparo del art. 1902 del C.C.: Estudio de la legislación aplicable. Falta de prueba del proceder culposo o negligente del demandado. *Sentencia de 28 de julio de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la pretensión indemnizatoria de 1.004.000 pesetas ejercitada por el motorista que resultó gravemente lesionado en el accidente que más adelante se describe, contra el conductor, el propietario y la Compañía aseguradora de la furgoneta contra la que colisionó, se base en que dicho conductor no respetó, según el actor, la luz roja que estaba en aquel momento encendida en el semáforo que regula la circulación de los vehículos que transitan por la vía y en la dirección que llevaba la expresada furgoneta.

CONSIDERANDO: Que concordes están las partes en que el accidente se produjo en la mañana del día 7 de Agosto de 1978, cuando el vehículo furgoneta marca Citroen, 2 CV. matrícula PM-7315-A, propiedad de Don P. G. D., conducido por Don V. C. M. y asegurado en la U. F. E. S.A. —todos ellos demandados en esta litis con carácter de solidarios—, circulaba por la calle Alava, de la ciudad de Ibiza, con dirección al aeropuerto, y al llegar a la Avenida de España e intentar girar para entrar en la mencionada Avenida, se produjo la colisión con el ciclomotor marca Mobilette que circulaba por dicha avenida en dirección al centro de la ciudad, choque del que resultó con lesiones graves el conductor de este último vehículo, don J. A. S., el hoy actor-apelado; por tal accidente se tramitaron, por el Juzgado de Instrucción número 2 de Ibiza, las diligencias preparatorias número 329 de 1979 que fueron sobreseídas provisionalmente. Discrepan los litigantes en cuanto a la causa del accidente, ya que cada parte afirma que fue la otra la que cruzó en luz roja el semáforo correspondiente a su vía de circulación.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en la cuestión fundamental, de si la culpa del accidente relatado recae en el conductor de la furgoneta, es necesario puntualizar que la Ley 122/1962, de 24 de Julio, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, Texto Refundido aprobado por Decreto número 632/1968, de 21 de Marzo, no derogó el artículo 1902 del Código Civil en materia de accidente de circulación, como afirma el juez "a quo". En efecto, uno de los objetivos que persigue la llamada Ley del Automóvil, como se indica en su Exposición de motivos, es "El resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima que se busca a ultranza" que tiene como base técnica y económica el seguro obligatorio que todo propietario de vehículo de motor está obligado a suscribir —artículo 2 del citado Texto refundido—, "sin perjuicio de las demás acciones que al perjudicado o sus herederos, les corresponda" —artículo 4 del mismo Texto legal—; la entrada en vigor de la repetida Ley sobre Uso y Circulación de vehículos de motor, no modificó ni mucho menos derogó, el artículo 1902 del Código Civil, de suerte que al lado de la clásica acción indemnizatoria extracontractual, creó otra, directa contra el asegurador del vehículo causante del daño, de importe máximo limitado —artículo 5—, y de carácter expeditivo ya que sólo caben dos excepciones específicas, las mencionadas en el artículo 1º. La jurisprudencia, por todas ellas la sentencia de 20 Febrero 1978, admite, en base al citado artículo 4, la posibilidad del ejercicio de ambas acciones, conjunta o separadamente. Por otro lado no hay que olvidar que la disposición final tercera que lleva por rúbrica "Derogatoria", de la citada Ley 122/1962 dice en su párrafo primero que se deroga

la Ley de 9 de Mayo de 1950, sobre Uso y Circulación de Vehículos de motor, y el artículo 565 del Código Penal en cuanto se refiere a las infracciones cometidas con vehículos de motor y a la sanción de privación del permiso de conducir.

CONSIDERANDO: Que "la acción se individualiza y define por el hecho" (Sentencia de 3 Julio 1979), y al desprenderse claramente de los hechos expuestos en la demanda instauradora de esta litis que la acción ejercitada es la extracontractual, lo que se confirma con los Fundamentos de Derecho que se invocan en dicho escrito inicial (los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y jurisprudencia que consagra la responsabilidad solidaria al amparo del artículo 1903 del propietario del coche, y la que declara que la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual es solidaria entre todos los demandados), es por lo que procede determinar si se dan, en el presente caso, todos los requisitos o elementos necesarios para que triunfe tal acción indemnizatoria, y concretamente culpa o negligencia por el conductor de la furgoneta mencionada.

CONSIDERANDO: Que la culpa o negligencia como conforme de la antijuricidad es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querida, la realización no querida del supuesto de hecho legal (Sentencia de 9 Abril 1963).

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada sólo se ha acreditado que el semáforo que regulaba el tráfico de los vehículos por donde circulaba el hoy actor-apelado, estaba averiado, así lo afirman los testigos señores R. M. y Y. P. —este último guardia municipal— (folios 77 y 77 v°), pero no se ha probado ni resulta de lo actuado que la furgoneta conducida por el codemandado don V. C. M. hubiera entrado en el cruce donde se produjo la colisión, no estando en verde la luz del semáforo que regulaba su circulación, pues sólo afirma tal infracción de tráfico, determinante del accidente, el hoy actor-apelado, aserto que es rechazado expresa y constantemente por la contraparte; sin que pueda existir preferencia de vía a favor de otra, cuando el tráfico de aquella está regulado por un sistema automático de luces alternativas rojas y verdes de un semáforo que funciona en ella perfectamente. Lo que da lugar a no apreciar culpa o negligencia alguna por el repetido conductor, y por ende se ha de dar lugar a la estimación de la apelación con la consiguiente revocación del fallo dictado, por muy dolorosas y humanamente comprensibles que sean las circunstancias que entran en el supuesto litigioso. No desconoce esta Sala que "la responsabilidad que deriva para el poseedor de un vehículo de motor, por los daños que el mismo cause mientras es utilizado, se considera en general como responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de las personas que lo manejan, por estimar que el uso de un automóvil, ya de por sí implica un riesgo para el tráfico, y este riesgo es suficiente para acarrear aquella responsabilidad (Sentencia ultimamente mencionada de 9 Abril 1963), mas tal criterio cuasi-objetivo no es de aplicación y por ello rige la normativa general referente a la acción aquiliana, cuando el perjudicado es a su vez conductor de otro vehículo de motor, ya que con su utilización creó a su vez los correspondientes riesgos respecto a terceros, y no poderse concretar, como ocurre en el presente supuesto, la proporción de riesgos creados por cada uno de los vehículos implicados en el accidente.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado por Don P. G. D., Don V. C. M. y la U. F. E. S. A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha cinco de Octubre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Señor Juez de Primera Instancia número Dos de Ibiza, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rolo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, desestimando la demanda interpuesta por don J. A. S. contra Don V. C. M., Don P. G. D. y contra la entidad "U. F. E. S. A.", debemos absolver y absolvemos a dichos demandados de la expresada demanda; sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la incomparacen-

cia en esta alzada del actor-apelado Don J. A. S., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

C. INDICE ANALITICO

- Abogados, 105.
- Acción
 - Cambiaria declarativa, 108.
 - Declarativa de dominio, 92, 93, 136.
 - De nulidad, 137.
 - De nulidad de acuerdos en propiedad horizontal, 151.
 - Resolutoria, 165.
- Acto de conciliación e interrupción caducidad, 115.
- Actos propios, 115, 118.
- Acuerdos sociales
 - Impugnación, 95.
- Agentes de seguros, 117.
- Alimentos, 141, 150, 162.
- Arrendamientos
 - De industria
 - Calificación, 124, 127, 172.
 - Expiración, 127, 172.
 - De obras, 139.
 - Reparación defectuosa, 97.
- Urbanos
 - Calificación de local, 123.
 - Cierre, 123.
 - Cláusula de estabilización, 118.
 - Obras in consentidas, 148, 156, 171.
- Subarriendo, 142.
- Término contractual, 142.
- Traspaso, 116, 154, 159.
- Caducidad y prescripción, 115.
- Colocación 137.
- Compraventa
 - Mercantil, 104, 119, 125.
 - Nulidad, 137.
- Congruencia, 167.
- Cosa juzgada, 115, 131.
- Consentimiento, 137.
- Contratos
 - Cumplimiento, 161.
 - Cumplimiento irregular, 196.
 - De fletamento, 140.
 - Existencia, 117.
 - Interpretación, 100, 119, 122, 127, 132.
 - Resolución por incumplimiento, 165.
 - Resolución unilateral, 173.
- Correcciones disciplinarias, 89.
- Costas procesales, 144, 146, 166.
- Culpa contractual, 107, 109.
- Culpa extracontractual
 - Accidente de caza, 133.
 - Concurrencia, 90.
 - Perjudicado, 126.

Daños

- En apartamento, 91.
- En transporte marítimo, 140.
- Prueba, 114.
- Venta de pasajes y cambio de horario, 107.

Divorcio, 135, 162, 164.

- Cese convivencia, 106.
- Custodia hijos, 143.
- Medidas inherentes, 145.
- Pensión compensatoria, 141, 153, 164.
- Visitas, régimen, 141, 155.
- Vivienda común, 143.

Dolo, 165.

Dominio

- Acción declarativa, 92, 93, 136.

Escritura pública, 101.

Error, 165.

Excepciones procesales

- Inadecuación de procedimiento, 162.
- Incompetencia de jurisdicción, 173.
- Legitimación activa, 115, 126, 151.
- Idem, en juicio ejecutivo, 110.
- Litisconsorcio, 120.

Farmacias, 154.

Fletamento, contrato de, 140.

Fletes, 140.

Fuerza mayor, 140. 157.

Juicio de desahucio, 120. 127, 172.

Juicio ejecutivo

- Póliza de garantía, 96.
- Idem, de préstamo, 163.
- Talón, pluspetición, 128.

Juicio ejecutivo cambiario

Cláusula de valor, 121, 165.

Legitimación activa, 110.

Pago, 149.

Pluspetición, 99, 105, 149.

Protesta de abonar justos y legítimos pagos, 105.

Provisión de fondos, 111, 134.

Tacha de falsedad, 110.

Juicio ejecutivo de tráfico, 169.

Letra de cambio

Cláusula de valor, 108, 121, 165.

Pago, 155.

Litisconsorcio pasivo, 120.

Mora, 98.

"Non bis in idem", 89.

Nulidad

Acción de, 137.

De actuaciones, 145.

De acuerdos en propiedad horizontal, 151.

Novación, 118, 159.

Obligaciones

a plazo, 138.

Con cláusula penal, 98.

Novación, 118, 159.

Pago, 149, 155.

Posesión de bienes adjudicados en subasta, 87.

Precio, 119.

Prescripción

Adquisitiva, 130.

Extintiva, 146, 158, 160.

Y caducidad, 115.

Presunciones, 159, 164.

Principios

Congruencia, 167.

Eventualidad o preclusión,

- 114, 139, 162.
- Lealtad, 139.
- “Non bis in idem”, 89.
- Procurador, 144.
- Propiedad horizontal, 136, 144, 151, 156, 158.
- Prueba, apreciación, 88.
- Plusvalía, 132.

- Reclamación de cantidad, 91, 122, 155.
- Recursos
 - Audiencia en justicia, 89.
 - Apelación, ámbito, 114, 167.
 - Idem, improcedencia, 153.
- Resolución contractual, 165.
- Responsabilidad civil
 - Accidente de caza, 133.
 - Arrendador de vehículos, 109.
 - Culpa extracontractual, 90, 114, 126, 146, 174.

 - Decenal, 158.
 - Por hecho de otro, 157.
 - Transporte marítimo, 140.

- Seguridad Social, 102.
- Seguros
 - Agentes de, 117.
 - De caza, 133.
- Separación matrimonial, 170.
- Servidumbre de paso, 114.
- Silencio, doctrina del, 93.
- Sociedades anónimas
 - Acciones, 137.
 - Impugnación acuerdos, 95.
 - Información, derecho a, 95.
- Subasta judicial, 87.

- Tácita reconducción, 127, 142.
- Tercería de dominio, 87, 147.

- Usucapión, 130.

III. SALAS 1ª y 2ª

DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

195. **Insultos a agentes de la autoridad.** Atenuante de embriaguez y agravante de reiteración. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 2 de Mayo de 1983 (2ª).*
196. **Imprudencia temeraria con resultado de muerte:** ausencia de conducta típica. **Imprudencia simple.** Falta. *Sentencia de 2 de Mayo de 1983 (2ª).*
197. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 5 de Mayo de 1983 (2ª).*
198. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerradura. **Receptación.** Aprovechamiento para si y conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Mayo de 1983 (2ª).*
199. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Circunstancia agravante de reincidencia. **Sustitución de placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil.** **Delito contra la seguridad del tráfico.** Circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 5 de Mayo de 1983.*
200. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 6 de Mayo de 1983.*
201. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. **Amenazas.** *Sentencia de 7 de Mayo de 1983.*
202. **Salud pública.** Actos de donación. Agravante de reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2 del Código Penal proponiendo al Gobierno la reducción de la pena. *Sentencia de 7 de Mayo de 1983 (2ª).*
203. **Delito contra la seguridad del tráfico.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor con violencia e intimidación.** *Sentencia de 9 de Mayo de 1983 (2ª).*

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

204. **Salud pública.** La tenencia para el propio consumo no es constitutiva de delito. *Sentencia de 9 de Mayo de 1983 (2ª).*
205. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica por falta de dolo. *Sentencia de 9 de Mayo de 1983 (2ª).*
206. **Robo con fuerza en las cosas.** El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2 del Código Penal, proponiendo al Gobierno la reducción de la pena. *Sentencia de 10 de Mayo de 1983 (2ª).*
207. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Mayo de 1983 (2ª).*
208. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Delito de contrabando.** Se absuelve del mismo por aparecer la acusación por primera vez en las conclusiones definitivas de la acusación particular, lo que produce una indefensión para el encartado. *Sentencia de 11 de Mayo de 1983.*
209. **Hurto.** Abuso de confianza. Conformidad. *Sentencia de 12 de Mayo de 1983 (2ª).*
210. **Robo con homicidio.** Agravantes de abuso de superioridad, reiteración y simple reincidencia. *Sentencia de 12 de Mayo de 1983 (2ª)*.*
211. **Escándalo público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 13 de Mayo de 1983.*
212. **Escándalo público.** Exhibicionismo. *Sentencia de 13 de Mayo de 1983.*
213. **Abusos deshonestos violentos.** Animo lascivo. Agravante de reiteración. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 16 de Mayo de 1983.*
214. **Cheque en descubierto.** Agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 18 de Mayo de 1983.*
215. **Daños.** Elementos: a) vulneración de un patrimonio ajeno y b) "Animus damnandi". *Sentencia de 19 de Mayo de 1983*.*
216. **Lesiones graves.** "Animus laedendi". Atenuante de preterintencionalidad. *Sentencia de 19 de Mayo de 1983.*

217. **Robo con fuerza en las cosas.** “Forzamiento de una máquina tragaperras”. *Sentencia de 19 de Mayo de 1983 (2ª).*
218. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 20 de Mayo de 1983 (2ª).*
219. **Robo con fuerza en las cosas.** *Sentencia de 20 de Mayo de 1983.*
220. **Sustitución de placas de matrículas. Falsificación de sellos o marcas de empresas —Art. 280—.** No se prueba la participación del procesado. *Sentencia de 20 de Mayo de 1983.*
221. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 21 de Mayo de 1983 (2ª).*
222. **Estafa. Engaño. Falsedad en documento mercantil.** *Sentencia de 21 de Mayo de 1983 (2ª).*
223. **Hurto.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Mayo de 1983 (2ª).*
224. **Robo con fuerza en las cosas.** Rotura de cristal. *Sentencia de 23 de Mayo de 1983 (2ª).*
225. **Atentado a agentes de la autoridad.** Acometimiento a un agente judicial. *Sentencia de 23 de Mayo de 1983 (2ª).*
226. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de armas; casa habitada. Atenuante analógica muy cualificada de estado de necesidad. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Misma atenuante. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia y aprovechamiento para sí. Agravante de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 24 de Mayo de 1983 (2ª).*
227. **Delito contra la seguridad del tráfico. Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. **Receptación.** Elementos. Conformidad. *Sentencia de 24 de Mayo de 1983 (2ª).*
228. **Daños.** “Animus damnandi”. Conformidad. *Sentencia de 26 de Mayo de 1983 (2ª).*
229. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del

- procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 27 de Mayo de 1983 (2ª)*.
230. **Salud Pública.** La tenencia para el propio consumo es penalmente atípica. *Sentencia de 27 de Mayo de 1983 (2ª)*.
231. **Falsificación de documento mercantil.** Inducción. *Sentencia de 27 de Mayo de 1983 (2ª)**.
232. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 27 de Mayo de 1983 (2ª)*.
233. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Mayo de 1983*.
234. **Hurto.** Atenuante de minoría de edad. Encubrimiento. *Sentencia de 30 de Mayo de 1983 (2ª)*.
235. **Hurto.** Apoderamiento sin fuerza. *Sentencia de 30 de Mayo de 1983 (2ª)*.
236. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 30 de Mayo de 1983 (2ª)*.
237. **Escándalo público.** Exhibicionismo. *Sentencia de 31 de Mayo de 1983*.
238. **Imprudencia simple antirreglamentaria con resultado de muerte y lesiones.** (Vehículo de motor). *Sentencia de 3 de Junio de 1983**.
239. **Homicidio.** "Animus necandi". **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 3 de Junio de 1983 (2ª)*.
240. **Atentado contra agente de la autoridad.** Elementos. *Sentencia de 4 de Junio de 1983*.
241. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Agravante de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 4 de Junio de 1983*.
242. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Casa habitada. *Sentencia de 5 de Junio de 1983 (2ª)*.

243. **Estafa. Engaño. Cheque en descubierto.** Conformidad. *Sentencia de 6 de Junio de 1983 (2ª).*
244. **Estafa. Delito continuado. Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. *Sentencia de 6 de Junio de 1983.*
245. **Salud pública. Venta. Delito de contrabando.** *Sentencia de 7 de Junio de 1983 (2ª).*
246. **Robo con fuerza en las cosas.** Eximente incompleta de estado de necesidad. *Sentencia de 8 de Junio de 1983.*
247. **Abusos deshonestos. Elementos. Lesiones. Falta.** *Sentencia de 8 de Junio de 1983.*
248. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 8 de Junio de 1983.*
249. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 9 de Junio de 1983 (2ª).*
250. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Junio de 1983 (2ª).*
251. **Salud pública. Venta.** Agravante de reiteración. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 2 del Código Penal, proponiendo al Gobierno la reducción de la pena. *Sentencia de 10 de Junio de 1983 (2ª).*
252. **Delito de contrabando.** Ausencia de conducta típica, ya que la tenencia de drogas no estaba destinada al tráfico. *Sentencia de 10 de Junio de 1983 (2ª)*.*
253. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 10 de Junio de 1983.*
254. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 10 de Junio de 1983.*
255. **Robo con intimidación en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 10 de Junio de 1983.*
256. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica, por no ser el

abandono "malicioso". *Sentencia de 10 de Junio de 1983**.

257. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura del mecanismo de cierre de una puerta. *Sentencia de 10 de junio de 1983.*

258. **Salud pública.** Tenencia en disposición de venta. *Sentencia de 11 de Junio de 1983 (2ª).*

259. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 11 de Junio de 1983 (2ª).*

260. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 13 de Junio de 1983 (2ª).*

261. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Junio de 1983 (2ª).*

262. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Casa habitada. Atenuante muy cualificada de estado de necesidad y la privilegiada de minoría penal. *Sentencia de 13 de Junio de 1983 (2ª).*

263. **Hurto.** Abuso de confianza. Agravante de reiteración. *Sentencia de 13 de Junio de 1983 (2ª).*

264. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 13 de Junio de 1983.*

265. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Falta. Ninguna de ambas conductas puede imputarse al procesado. *Sentencia de 14 de Junio de 1983.*

266. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 15 de Junio de 1983.*

267. **Salud pública.** Actos de favorecimiento. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 15 de Junio de 1983.*

268. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica: tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 15 de Junio de 1983.*

269. **Lesiones menos graves.** Atenuante de provocación. Conformidad. *Sentencia de 15 de Junio de 1983.*

270. **Estupro-incesto.** Perdón de la ofendida; extinción de la acción pe-

- nal. *Sentencia de 16 de Junio de 1983**.
271. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerradura. *Sentencia de 16 de Junio de 1983.*
272. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 16 de Junio de 1983.*
273. **Tenencia de útiles para el robo —Art. 509—. Tenencia ilícita de armas.** En virtud del art. 68 del Código Penal se aplica sólo la pena correspondiente a este delito por ser más grave. *Sentencia de 16 de Junio de 1983 (2ª).*
274. **Escándalo público.** Falta. *Sentencia de 17 de Junio de 1983 (2ª).*
275. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 17 de Junio de 1983 (2ª).*
276. **Resistencia a los agentes de la autoridad.** Agravante de reiteración. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de multirreincidencia. **Tenencia ilícita de armas.** Agravante de reiteración. *Sentencia de 17 de Junio de 1983 (2ª).*
277. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Junio de 1983.*
278. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo: absolución. *Sentencia de 17 de Junio de 1983.*
279. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Delito contra la seguridad del tráfico. Robo con intimidación en las personas. Hurto. Falta. Robo en casa habitada.** Delito continuado. **Robo con intimidación en las personas.** Circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 17 de Junio de 1983.*
280. **Salud pública.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 18 de Junio de 1983 (2ª).*
281. **Salud pública.** Venta. **Falsificación de documento de identidad.** *Sentencia de 20 de Junio de 1983 (2ª).*
282. **Falsedad en documento oficial. Falsificación de documento de identidad. Hurto. Estafa.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 20 de Ju-*

nio de 1983 (2ª).

283. **Abusos deshonestos.** Animo lúbrico. *Sentencia de 20 de Junio de 1983 (2ª).*

284. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Frustración. *Sentencia de 20 de Junio de 1983.*

285. **Falsificación de documento mercantil.** Estafa. Falta. Circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 20 de Junio de 1983.*

286. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 21 de Junio de 1983.*

287. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Junio de 1983.*

288. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 21 de Junio de 1983.*

289. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 21 de Junio de 1983.*

290. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de Junio de 1983 (2ª).*

291. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. Lesiones. Falta. *Sentencia de 21 de Junio de 1983.*

292. **Salud pública.** Venta. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 22 de Junio de 1983.*

293. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 22 de Junio de 1983.*

294. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo. Conformidad. *Sentencia de 22 de Junio de 1983.*

295. **Robo con fuerza en las cosas.** Hurto. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Junio de 1983.*

296. **Abusos deshonestos violentos.** No se acredita la participación del

- procesado. *Sentencia de 23 de Junio de 1983.*
297. **Hurto.** Elementos. Delito continuado: requisitos. *Sentencia de 23 de Junio de 1983.*
298. **Robo con intimidación en las personas.** Circunstancia agravante de reincidencia y disfraz. **Robo con intimidación en las personas.** Circunstancia agravante de multirreincidencia y disfraz y atenuante de eximente incompleta de enajenación mental. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 23 de Junio de 1983 (2ª).*
299. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 27 de Junio de 1983 (2ª).*
300. **Parricidio.** Muerte de la esposa. Eximente de enajenación mental. Ingreso del procesado en un Establecimiento Psiquiátrico. *Sentencia de 27 de Junio de 1983 (2ª).*
301. **Estafa.** Engaño. Tentativa. *Sentencia de 28 de Junio de 1983 (2ª).*
302. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 28 de Junio de 1983.*
303. **Salud pública.** La tenencia accidental no es constitutiva de delito. *Sentencia de 28 de Junio de 1983.*
304. **Robo.** Casa habitada. Agravante de multirreincidencia. Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 28 de Junio de 1983.*
305. **Alzamiento de bienes.** No se acredita que el procesado tuviese conocimiento de la existencia de un juicio ejecutivo contra el mismo. *Sentencia de 28 de Junio de 1983*.*
306. **Receptación.** No se acredita ni el aprovechamiento lucrativo, ni siquiera la tenencia de los objetos de procedencia ilícita. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*
307. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*
308. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Conformidad. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*

309. **Atentado.** Ausencia de conducta típica al faltar el ánimo de atentar a la autoridad. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*
310. **Salud pública.** La tenencia para el propio consumo no es constitutiva de delito. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*
311. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*
312. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón de bolso". Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Junio de 1983.*
313. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 30 de Junio de 1983.*
314. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Conformidad. *Sentencia de 30 de Junio de 1983.*
315. **Estafa.** Delito continuado. Agravante de multirreincidencia. **Estafa.** Delito continuado. Encubrimiento. Circunstancia agravante de multirreincidencia y reiteración. *Sentencia de 30 de Junio de 1983 (2ª).*
316. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 1 de Julio de 1983 (2ª).*
317. **Incendio.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 1 de Julio de 1983 (2ª).*
318. **Robo con intimidación en las personas.** Amenaza con un cinturón sin resultado lesivo. *Sentencia de 1 de Julio de 1983 (2ª).*
319. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. *Sentencia de 1 de Julio de 1983.*
320. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 1 de Julio de 1983.*
321. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 1 de Julio de 1983.*
322. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Circunstancias agravantes de reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 1 de Julio de 1983.*

323. **Hurto.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 1 de Julio de 1983.*
324. **Robo con fuerza en las cosas.** Coautoría y cooperación necesaria. *Sentencia de 1 de Julio de 1983.*
325. **Homicidio.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de menor edad. Conformidad. *Sentencia de 4 de Julio de 1983 (2ª).*
326. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 4 de Julio de 1983 (2ª).*
327. **Amenazas.** Elementos. **Tenencia ilícita de armas.** Atenuante de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 4 de Julio de 1983 (2ª).*
328. **Escándalo público.** Exhibicionismo. Eximente incompleta de enajenación mental. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Julio de 1983 (2ª).*
329. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 5 de Julio de 1983 (2ª).*
330. **Robo con violencia en las personas.** Requisitos. *Sentencia de 5 de Julio de 1983 (2ª).*
331. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerradura y cristal de vehículo. *Sentencia de 5 de Julio de 1983 (2ª).*
332. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Conformidad. *Sentencia de 5 de Julio de 1983 (2ª).*
333. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 7 de Julio de 1983 (2ª).*
334. **Robo con intimidación a las personas.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Julio de 1983 (2ª).*
335. **Homicidio.** Elementos. Eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 8 de Julio de 1983 (2ª)*.*
336. **Homicidio.** Ausencia de "animus necandi". **Imprudencia temeraria con resultado de muerte.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 8 de Julio de 1983 (2ª)*.*

337. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia atenuante de embriaguez no habitual y agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Julio de 1983.*
338. **Robo con violencia en las personas.** El procesado agredió a la víctima arrebatándole el bolso. *Sentencia de 11 de Julio de 1983.*
339. **Lesiones.** "Animus laedendi". **Daños.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 12 de Julio de 1983 (2ª).*
340. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 14 de Julio de 1983 (2ª).*
341. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 14 de Julio de 1983.*
342. **Salud pública.** La tenencia para su propio consumo no es constitutiva de delito. *Sentencia de 14 de Julio de 1983.*
343. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Julio de 1983 (2ª).*
344. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 15 de Julio de 1983 (2ª).*
345. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. *Sentencia de 15 de Julio de 1983 (2ª).*
346. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de menor de edad. Conformidad. *Sentencia de 15 de Julio de 1983 (2ª).*
347. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Julio de 1983 (2ª).*
348. **Estafa.** Engaño. Tentativa. *Sentencia de 15 de Julio de 1983 (2ª).*
349. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. **Atentado contra agente de la autoridad.** Elementos. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 16 de Julio de 1983 (2ª).*
350. **Abandono de familia.** Eximente de enajenación mental como causa de inimputabilidad. *Sentencia de 16 de Julio de 1983 (2ª).*

351. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Julio de 1983 (2ª).*
352. **Detención ilegal.** Amenaza a un individuo a quien coloca las espaldas con un revolver de gas, haciéndose pasar por funcionario de Policía. **Estafa.** Falta. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 16 de Julio de 1983 (2ª)*.*
353. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Aplicación del art. 344, reformado por Ley de 25 de Junio de 1983, en virtud del art. 24 del Código Penal. **Delito de Contrabando.** *Sentencia de 16 de Julio de 1983.*
354. **Hurto.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 19 de Julio de 1983.*
355. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Eximente incompleta de estado de necesidad. *Sentencia de 21 de Julio de 1983.*
356. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Julio de 1983.*
357. **Robo con intimidación.** Atenuante de menor edad. Agravantes de reincidencia y de disfraz. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Atenuante de menor edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Julio de 1983.*
358. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 22 de Julio de 1983.*
359. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Frustración. Conformidad. *Sentencia de 22 de Julio de 1983.*
360. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 22 de Julio de 1983 (2ª).*
361. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 22 de Julio de 1983 (2ª).*
362. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 22 de Julio de 1983 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

210

210. ROBO CON HOMICIDIO. Agravantes de abuso de superioridad, reiteración y simple reincidencia. *Sentencia de 12 de Mayo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO PROBADO: —y así expresamente se declara— que: Primero.- El procesado L. H. R., a la sazón mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por delito contra la seguridad del tráfico en sentencias de 4 de abril de 1970 y 9 de julio de 1975 y por delito de robo en la de 12 de junio de 1978, dictada esta última en causa en la que A. P. F. asumió la posición de querellante como perjudicado por el delito, reaccionó ante tal resolución condenatoria de este mismo tribunal en un doble sentido: con irritación frente al señor P. y pensando que el éxito material de su acción había sido escaso ante el patrimonio en joyas y objetos de valor de que aquél era titular y de su difícil identificación en su caso, dado el carácter anárquico que tenía dicho señor P. que hacía que, pese a tener un establecimiento abierto al público, prescindiese de cualquier género de contabilidad e incluso de la adopción de medidas de aseguramiento de sus bienes, e influenciado por ambos móviles entreverados surgió en su mente la idea de repetir su acción con más fortuna, para lo que concibió tres posibilidades: a) Llevar al señor P. a un piso de propiedad del mismo simulando a través de personas desconocidas de aquél que se pretendía el arrendamiento, y una vez en el piso proceder a su inmovilización y retención cogiéndole las llaves del establecimiento y de la caja fuerte. b) Impulsarle a que se trasladase a la trastienda del establecimiento mediante una llamada telefónica, y una vez en aquélla proceder asimismo a su inmovilización y retención con el mismo objeto. c) Atraerle a un lugar no precisado mediante la incitación de una mujer menor, aprovechando la inclinación que al efecto tenía dicho señor P., para que la misma le cogiese las llaves; propósitos alternativos que dicho procesado, ante la imposibilidad de realizarlos solo, puso en conocimiento de dos personas no procesadas, las que se mostraron en principio de acuerdo con la primera de tales opciones e incluso realizaron un ensayo de la misma, desistiendo posteriormente de su puesta en práctica, ante lo que L. H. R. se puso en contacto con los también procesados J. A. D. C. D., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, F. M. P., mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado por delito contra la seguridad del tráfico en sentencia de 24 de mayo de 1973, A. P. N., también mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, y V. D. P., asimismo mayor de dieciocho años y ejecutoriamente condenado en sentencia de 17 de enero de 1977 por delitos contra la seguridad del tráfico, utilización ilegítima de vehículo de motor y robo y en la de 2 de mayo de 1978 por cuatro delitos de conducción ilegal, cinco de utilización ilegítima de vehículo de mo-

tor, tres delitos de robo con violencia e intimidación en las personas y un delito frustrado de utilización ilegítima de motor, reuniéndose los mismos y debatiendo las tres acciones alternativas, optando finalmente todos ellos por la puesta en práctica de la primera, que reputaron la más eficaz, acordando que una vez logrado su fin de obtención de un beneficio económico sería comunicada la retención del señor P. a vecinos del mismo a fin de que fuese liberado.- Segundo: Adoptada tal decisión, en hora no precisada del mediodía del día veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y nueve el procesado A. P. se dirigió al establecimiento comercial del señor P. F., sito en el número 8 de la calle P. de esta ciudad de Palma, consiguiendo que aquél le acompañase a un piso de su propiedad en la calle P. número seis, piso sexto izquierda, con el pretexto de que deseaba verlo a fin de arrendarlo, esperando en la azotea del inmueble, inmediata al piso, los procesados F. M. y V. P., los cuales, una vez P y P. entraron en el piso, se abalanzaron sobre A. P. reduciéndole y procediendo a atarle fuertemente manos y pies, amordazándole con amplias vueltas de esparadrapo para sujetar una masa de venda que habían introducido en el interior de su boca, envolviéndole luego en una alfombra que también sujetaron con ligaduras, quitándole previamente las llaves del establecimiento y de la caja fuerte que P., tras marchar los tres del piso que dejaron cerrado con llave, entregó a L. quien en unión de P. C. les esperaba en un bar, yendo a continuación L. P. y D. C. al establecimiento, en el que, con la finalidad de así beneficiarse todos ellos, procedieron a coger joyas y efectos que no han podido determinarse y que no se han recuperado, marchándose seguidamente de esta ciudad.- Tercero: Prosiguiendo la puesta en acción del plan adoptado, en la mañana del siguiente día, veinticinco de abril, los procesados M. P. y D. C., desde la ciudad de Alicante a la que se habían trasladado, llamaron por teléfono a un joyero vecino del señor P. don J. F. C., al que dijeron "que avisara a la Policía, que había un hombre secuestrado en una azotea al lado de un Banco" cortando seguidamente la comunicación, ante lo que dicho señor F. se puso en contacto con el vicepresidente del gremio de joyeros, acordando ambos dar cuenta a la Policía Municipal, encontrando cuando se dirigían al cuartel a dos agentes de la Policía Municipal, dícese, Nacional, a los que hicieron partícipes de la llamada telefónica y pensando que la misma hacía referencia a la azotea de la finca del señor P. situada a espaldas de la Sucursal de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de la calle P., dícese, C., finca comprendida entre las calles P. y J. A., subiendo todos ellos a la azotea sin encontrar a nadie en la misma. Los referidos procesados a continuación de la anterior llamada telefónica verificaron otra al también joyero de esta ciudad don P. J. M., a quien, tras preguntarle si se trataba de una joyería, le dijeron "que el vecino de la trapería estaba secuestrado y que lo comunicara a la Policía y que dicha trapería estaba sita en la calle Platería número ocho", y ante tal comunicación el señor M., tras cerciorarse de que el establecimiento del señor P., pese a la hora, estaba cerrado, puso la llamada en conocimiento de la Policía. Esta, a las diez horas del día veintiséis de abril comisionó a los Inspectores con carnet profesional números 11.754 y 11.827 para que realizasen las oportunas diligencias, trasladándose los mismos a la joyería y seguidamente en unión de un hijo del señor P. llamado A. P. L. al inmueble de la calle P. en el que registraron los pisos ocupados, sin verificarlo en el que los procesados habían dejado inmovilizado al señor P. al encontrar la puerta de acceso al mismo cerrada, por lo que sin practicar otras diligencias abandonaron la búsqueda de aquél.- Cuarto: El día catorce de julio de mil novecientos ochenta F. R. A. comunicó a la Policía que en el piso sexto izquierda del número 3 de la calle P. se encontraba el cadáver de una persona envuelto en una alfombra, encontrando el Juzgado de Instrucción el cadáver de A. P. F. envuelto en la alfombra y en avanzado estado de descomposición, con ligaduras de vendas en ambas muñecas a los respectivos muslos, con numerosas y muy apretadas vueltas y otra venda sujetando fuertemente ambas piernas por encima de las botas, así como alrededor del cuellos amplias vueltas de esparadrapo que afirmaban dentro de la boca una bola del mismo tejido de venda quirúrgica, no presentando el cadáver señales de violencia fuera de las derivadas de la presión de

ataduras y mordaza y sin que pudiera médicamente al estar por el paso del tiempo reducidas las vísceras y partes blandas a una masa indiferenciada, establecerse la causa efectiva del fallecimiento.

RESULTANDO: Que en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con homicidio previsto y penado en los artículos 500 y 501-1º del Código penal, y designando autores del mismo, con la concurrencia de las agravantes de premeditación y abuso de superioridad en todos los procesados y de las de reiteración y reincidencia simple en H. y D., a todos los procesados, solicitó se les impusieran las penas siguientes: a L. H. y a V. D., la pena de treinta años de reclusión mayor y a los procesados restantes, la de veintiocho años de reclusión mayor, accesorias e indemnización solidaria de tres millones de pesetas a los herederos de la víctima.

RESULTANDO: Que las defensas del procesado V. D., en conclusiones elevadas a definitivas, estimó que aquél no había cometido delito alguno, por lo que solicitó la libre absolución del mismo.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado A. P. M. asimismo elevó a definitiva su calificación en la que negaba toda participación de aquél en los hechos, solicitando en consecuencia su libre absolución.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado L. H. R. también elevó a definitivas sus conclusiones en las que negaba toda intervención en los hechos de aquél, por lo que procedía su libre absolución.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado F. M. P., reconociendo la intervención del mismo, calificó los hechos como constitutivos: a) Un delito de robo con violencia en las personas de los artículos 500 y 501-5º del Código penal en concurso con un delito de homicidio por imprudencia temeraria de los artículos 407 y 565-1º del Código penal, o alternativamente: b) Un delito de robo con homicidio de los artículos 500 y 501-1º del Código penal, estimando en todo caso concurrente como muy calificada la atenuante 4ª del artículo 9 del Código penal, solicitando para el supuesto a), la imposición de una pena de seis meses y un día de presidio menor por el delito de robo y la misma pena para el de imprudencia y, para el supuesto b), una pena de seis años y un día de presidio mayor.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado J. A. D. C. D. en conclusiones definitivas, aceptando la participación del mismo, estimó alternativamente la existencia de un delito de robo de los artículos 500 y 501-5º del Código penal o en su caso un delito de robo del artículo 501-1º con la atenuante muy calificada de preterintencionalidad, solicitando para el primer supuesto una pena de seis meses y un día de presidio menor, y para el segundo, la de seis años y un día de presidio mayor.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta sentencia son constitutivos de delito complejo de robo con homicidio previsto y penado en el artículo 501-1º del Código penal, al concurrir todos los supuestos precisos para la existencia de este delito complejo, al existir un dolo inicial de apoderamiento violento, que es decisivo para la existencia del "tipo" conforme a reiterada doctrina jurisprudencia recogida en la compendiosa S. de 16 de junio de 1975, existir una adecuada relación de causalidad entre la conducta de los autores y la producción del resultado muerte, al regir en nuestro sistema, según pone de relieve la más reciente doctrina jurisprudencial (SS. de 14 de noviembre de 1972, 28 de octubre de 1974, 4 de abril de 1975, 26 de enero de 1977 y 13 de abril de 1982), la doctrina de la causalidad eficiente o de la causación adecuada.

da, que exige que el resultado sea la consecuencia natural del comportamiento del agente y de su acción, ya que aunque, como se recoge en el "factum", no haya podido determinarse la causa real de la muerte, lo cierto es que al haberse hallado el cadáver en la misma forma en que los procesados lo había reducido a inmovilidad muchos meses después de realizada su acción, tal inmovilización prolongada en el tiempo era ciertamente eficiente para producir la muerte, fuese por inanición, deshidratación, fallo cardíaco o incluso por asfixia respiratoria dado el sistema descrito de amordazamiento y que, en el parecer de la pericia médica que realizó el examen necrópico de los restos cadavéricos, pudo ser la más probable aunque no pueda darse como probada por aplicación del principio "in dubio pro reo" hoy elevado a rango de derechos fundamental por el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24 de la C. E.; sin que tal relación causal haya quedado interrumpida como pretendieron las defensas de los procesados por la negligente actuación de la Policía ante la recepción del aviso por parte de los joyeros a los que parte de los procesados comunicaron el secuestro de la víctima, pues si bien es cierto que la actuación de los servicios policiales fue obviamente inadecuada ante las circunstancias del caso, no menos cierto resulta que en todo caso falta la prueba de que su temporánea intervención hubiera permitido hallar con vida a la víctima y, fundamentalmente, que al ser la acción de los procesados causa suficiente, la coexistencia con ella de eventuales causas colaterales o secundarias no alteraría su responsabilidad en el resultado, como para caso muy semejante (inactuación de órganos administrativos) tuvo ocasión de proclamar el T.S. (S. de 30 de abril de 1982); y finalmente, concurre también el requisito de culpabilidad, ya que si es cierto que la más reciente doctrina jurisprudencial ha afortunadamente abrogado el viejo concepto del delito cualificado por el resultado en la figura típica descrita en el ordinal 1º del citado artículo 501, no es menos cierto que en su actual y todavía vigente redacción las expresiones "con motivo u ocasión del robo" configuran normativamente un tipo complejo que engloba las formas dolosas (directa, de segundo grado y eventual) y culposas (con o sin representación), aunque excluyan los resultados fortuitos (SS., por todas, de 18 de marzo de 1980, 18 de febrero, 25 de junio, 30 de octubre, 25 de noviembre y 30 de diciembre de 1981 y 12 de marzo y 3 de mayo de 1982); por lo que, sin perjuicio de lo que se señalará en el siguiente fundamento, procede reputar cometido el delito objeto de acusación.

CONSIDERANDO: Que, ello no obstante, la inminente aprobación definitiva por el poder legislativo de un texto legal de reforma parcial del Código penal, en el que aparecen diferenciados los tipos comisivos doloso (numeral uno del Proyecto de la Ley orgánica reformadora) y culposo (ordinal 4º del mismo artículo 501) con importante proyección en la intensidad punitiva (reclusión mayor para la forma comisiva dolosa), al rebajar la prevista para la forma culposa a la de prisión mayor, imponen a este tribunal el insoslayable deber de en trance fundamentador —y a los efectos que se dirán— de declarar si el homicidio se produjo por dolo directo, por dolo eventual o culposamente; y así: descartada obviamente la producción del resultado por dolo directo como sin esfuerzo se deduce del relato fáctico, la opción resolutoria ha de moverse en el área del dolo eventual o indirecto y la llamada culpa con representación o consciente; dilema que ha de partir de lo aleccionado en la fundamental y muy reciente S. del T.S. de 3 de mayo de 1982, que recogiendo y asumiendo las más autorizadas doctrinas extranjeras y patrias enseña que "cuando el agente después de haberse representado como muy probable (Citamos ahora también en este sentido de la probabilidad las SS. del T.S. de 30 de enero y de la misma fecha 3 de mayo de 1982) la producción a través de su acción de un resultado que no es por él querido ni consentido directamente, consiente, acepta y se hace cargo del mismo si sucediera, con tal de renunciar a la finalidad o resultado directamente proyectado" y que la llamada culpa con previsión o culpa consciente es aquella en la que "el agente aunque intelectualmente prevé que de su ilícita conducta puede derivarse un resultado delictivo distinto y más gra-

ve, actúa confiado en que por resultar el cálculo de probabilidades muy a su favor o por otras causas o razones este último resultado no se producirá, porque de haber sabido que tal resultado extraordinaria iba a tener existencia real hubiera renunciado a realizar lo proyectado"; doctrina que en su aplicación al grave caso ahora decidido impone la decisión en el sentido de eliminar la concurrencia del dolo eventual y reputar por el contrario existente la culpa consciente o con previsión, ya que: a) En el plan o ideación delictiva se previó la llamada telefónica para tograr la tempestiva liberación del señor P. de la situación de inmovilización. b) Esta llamada se realizó y por partida doble; y tal acción o actuación "ex post", frustrada por una incorrecta actuación policial, si no tiene fuerza suficiente, según lo expresado para interrumpir la relación causal, si la tiene como dato objetivado y objetivamente de tal deducción, en cuanto revela por inequívocos signos externos el elemento que, conforme a la S. últimamente citada, vivifica y anima esta forma singular de culpabilidad: "lo prevé como muy improbable" y "tiene la esperanza de que no ocurrirá"; por lo que procede estimar realizado el hecho a través de culpa consciente y no dolosamente, ni en forma directa ni aun eventual.

CONSIDERANDO: Que del referido delito son responsables en concepto de autores directos del ordinal 1º del artículo 14 del Código penal los cinco procesados, al concurrir tanto el elemento subjetivo o "pactum sceleris" previo a la acción comisiva cuanto el elemento objetivo o serie de acciones desarrolladas por los coparticipes, que a través del análisis causal del acto, el elemento derivado del poderío y dominio de la acción y el de la doctrina de la escasez originan la deducción de paritaria intervención, siendo de rechazar la tesis defensiva de no intervención en los hechos de los procesados H. y D., en cuanto: a) El primero ha reconocido ser el autor del plan delictivo y suministrador —por la experiencia por él adquirida en el anterior secuestro del señor P. ya definitivamente sentenciado y en el que resultó condenado— de los datos necesarios para su realización efectiva, por lo que no sólo por aplicación de la genérica doctrina sobre coautoría antes citada, que sanciona reiterada doctrina jurisprudencial (P. ej., SS. de 26 de junio y 19 de octubre de 1981 y 4 de octubre de 1982, por citar recientes), sino también por la específica (SS. de 3 de febrero, 4 de mayo y 16 de junio de 1981 y 27 de octubre de 1982) dictada en orden a incardinar en el numeral 3º del citado artículos 14 a quienes, como es el caso, proponen y proyectan el plan delictivo y/o proporcionan datos y noticias sin cuyo conocimiento previo el hecho no hubiera podido ser realizado en forma eficaz, aun cuando no hayan realizado actos comisivos de carácter material, por lo que la alegación defensiva de que al realizarse los hechos el referido procesado H. se hallaba en ruta hacia otro lugar se desvanece en el alcance lógicamente pretendido, pues aun de ser cierta al no haber realizado actividad neutralizante para la no ejecución del plan por él ideado, siempre su responsabilidad extravasaría la de la forma imperfecta de conspiración con arreglo a reiteradísima doctrina jurisprudencial. - b) El segundo, porque al reputar probada su intervención, en manera alguna se está conculcando el derecho fundamental de presunción de inocencia sancionado por el artículo 24 de la C.E. y que tanto el Tribunal Constitucional (la conocida S. de 26 de junio de 1981) como por el T.S. (S. de 1 de junio de 1982, entre otras), sino aplicando rectamente el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que la deducción en orden a su participación no resulta sólo asistida —como en su parcial y obviamente interesado sentir expresó la defensa de este procesado, al igual que la del procesado H.— por la declaración al respecto de tres de los procesados., sino también, aparte de otros datos objetivados en la causa, por la confesión del mismo no en la instrucción policial, sino ante el Juez instructor; por lo que al apreciar en conciencia lo actuado no se ha incurrido en el vicio o ataque el referido derecho fundamental, pues en absoluto se parte de manifestaciones de atestado, sino de actos judiciales incorporados a la causa como prueba documental.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar en todos los procesados la circunstancia modificativa agravante de la responsabilidad criminal de abuso de superioridad prevista en el ordinal 8º del artículo 10 del Código penal, al concurrir los tres requisitos que el más autorizado comentarista moderno y la más reciente doctrina jurisprudencial (SS., entre varias, de 16 de junio de 1978, 19 y 8 de mayo de, dícese y 8 de junio de 1981 y 25 de enero de 1982) exigen para su aplicabilidad: a) Notoria desproporción o desequilibrio de fuerzas entre el sujeto activo y la víctima del delito. b) Consciencia previa de tal desequilibrio o acción desproporcionada a fin de debilitar o impedir la defensa. c) Que la concreta forma ejecutiva revele una abyección moral o bajeza en el obrar, causante de una mayor repulsa por el ente social: todas concurrentes, como con claridad se desprende de la narración histórica de los hechos; concurriendo además en los procesados H. y D. las agravantes de reiteración y reincidencia simple previstas respectivamente en los numerales 14 y 15 del expresado artículo 10; sin que contrariamente sean de estimar: 1º) Ni la agravante de premeditación invocada por la acusación pública, al ser la misma radical y ónticamente incompatible con la realización culposa. 2º) Ni la atenuante de preterintencionalidad invocada por dos de las defensas con cita del numeral 4º del artículo 9 del Código penal, ya que tanto esta preterintencionalidad he, dícese, homogénea, cuanto la heterogénea (artículos 1, tercero, y 50 del Código penal) descansan en un resultado inicial o previsto dolosamente querido pero que en su realización alcanza una intensidad desproporcionada y no prevista por el agente (SS. de 30 de enero y 6 de marzo de 1982, entre muchas), en tanto que en los supuestos de culpa consciente o con previsión el resultado finalmente producido es representado o previsto como posible en la mente del autor aunque confie, según lo expresado, en que no se producirá; por lo que si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial última del T.S. (S. de 11 de noviembre de 1982, que se cita por su inserción en "La Ley", número de 11 de marzo de 1983) no rechaza en términos generales como la doctrina anterior (SS., p. ej., de 8 de junio de 1956 y 20 de noviembre de 1975) la aplicabilidad de la figura al tipo del robo con homicidio, su concreta aplicación al caso que ahora se decide resulta absolutamente inatínente.

CONSIDERANDO: Que por los motivos expuestos en el segundo resultado de esta sentencia es procedente, en aplicación no sólo de los artículos 2 y 24 del Código penal y 902 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sino incluso —interpretado en contrario sentido— del artículo 9-3 de la C.E.—, proponer en su día al Gobierno de la Nación la concesión a los procesados la conmutación de la pena a imponer por la de doce años de prisión menor que corresponderían por aplicación de la Novela legislativa reformadora caso de estar vigente en el momento de dictarse esta resolución.

CONSIDERANDO: Que la responsabilidad civil y la obligación de abono de costas son secuelas necesarias, conforme a lo, respectivamente, señalado por los artículos 19 y 101 y siguientes del Código penal y 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, de la infracción criminal jurisdiccionalmente declarada.

VISTOS los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 23, 27 y su tabla, 29, 30, 31, 42, 46, 72 y 78 del Código penal y 14, 142, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados V. D. P. P. H., L. H. R., F. M. P. y J. A. D. C. D., en concepto de autores directos y responsables, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia modificativa agravante de abuso de superioridad y en D. y H. de las agravantes de reiteración y simple reincidencia, de un delito consumado de robo con homicidio cometido culposamente en la persona de A. P. F., a las penas siguientes: 1.- A los procesados V. D. y L. H., a la de treinta años de reclusión mayor. 2.- A los procesados A. P., F. M. y J. A. de C., a la de veintiocho años de

reclusión mayor; todas las cuales penas llevarán aparejada la accesoria de inhabilitación absoluta durante sus respectivos tiempos; así como a que conjunta y solidariamente —y por división interna en iguales partes— indemnicen a quienes resulten herederos de la víctima en la suma de tres millones de pesetas, condenándoles igualmente, por ministerio de la ley e iguales partes, al pago de las costas causadas.

Acordamos: 1º.- El abono a los procesados del tiempo que preventivamente hayan estado privados de libertad por razón de esta causa.- 2º.- Proponer en su día al Gobierno de la Nación un indulto parcial que reduzca las penas impuestas a la de doce años de prisión mayor para cada uno de los cinco procesados. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

215

215. DAÑOS. Elementos: a) vulneración de un patrimonio ajeno y b) "animus damnandi". *Sentencia de 19 de Mayo de 1983.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente: que F. C. L., mayor de edad, y sin antecedentes penales, el 25 de Octubre de 1979, después de haber cenado con los otros procesados ya juzgados en esta causa, decidió, en común acuerdo con los demás, acudir a la discoteca "S." de Ca'n P. a tomar unas copas y así, además solicitar explicaciones al gerente de la misma L. P. G. sobre una pelea que días pasados había tenido con A. M. S. y así llegó el procesado al mencionado establecimiento sobre las 3.30 de la madrugada, entrando en el mismo primeramente con otros dos e iniciando de inmediato una violenta discusión con el L. P. que, con la entrada de los demás componentes del grupo, degeneró en violenta pelea rompiendo los agresores sillas, taburetes, y mesas mientras el gerente del local y un camarero repelían el ataque lanzando toda clase de botellas, con todo lo cual llegaron a causarse destrozos en el bar valorados en doscienta cincuenta mil pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de daños del art. 563 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de doscientas cincuenta mil pesetas de multa, con arresto sustitutorio en caso de impago e indemnización de doscientas cincuenta mil pesetas al perjudicado en solidaridad con los demás penados.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, negó su participación en los hechos y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran un delito de daños, previsto y sancionado en el art. 563 del Código Penal, como ya tuvo ocasión de decir esta propia Sala en su sentencia de 20 de Noviembre de 1981 —declarada firme— respecto a los demás procesados de esta causa, y ello porque se dan cuantos requisitos configuran la tipificación legal; vulneración de un patrimonio ajeno y “animus damnandi”.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado F. C. L. reconocido y admitido respectivamente en las actuaciones sumariales como ejecutor material y directo de los hechos imputados.

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, 61-2º, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general y pertinente 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 F. G. L., en concepto de autor responsable de un delito de daños en cuantía de doscientas cincuenta mil pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de multa de doscientas cincuenta mil pesetas con arresto sustitutorio de un día por cada mil o fracción que deje de satisfacer hasta el límite máximo de seis meses; a que por vía de indemnización de perjuicios abone, solidariamente con los demás condenados y por iguales cuotas, la suma de doscientas cincuenta mil pesetas y al pago de costas en una sexta parte. 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 correspondiente pieza de responsabilidad civil. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

231

231. FALSIFICACION DE DOCUMENTO MERCANTIL. Inducción. *Sentencia de 27 de Mayo de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente, que el procesado A. S. F., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de 22.9.1975, por delito de imprudencia a una pena de un mes y un día de arresto mayor, el 25 de febrero de 1976 libró la letra de cambio serie A, número 4.294.228, por importe de ciento setenta y cinco mil

pesetas con vencimiento al 25 de mayo de 1982, a la orden del Banco Exterior de España, con cláusula valor recibido, en la que indicó a persona desconocida de su dependencia hiciese figurar como librado a D. R. T., con una firma en el lugar reservado en la misma para la aceptación que no corresponde a dicho librado, el cual le había comprado un piso al procesado y no firmó la presente letra adeudada al Banco tomador, que en la creencia de la regularidad del efecto puso en marcha él mismo para hacerlo efectivo en el correspondiente juicio ejecutivo, ante el protesto del mismo por su desatención en la fecha del vencimiento al no efectuarse el pago de la misma falsariamente se había hecho figurar por indicación del procesado como librado-aceptante, con los consiguientes gastos y perjuicio por el impago para el tomador defraudado.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsificación de documento mercantil de los artículos 303 y 302-1º y de un delito de estafa de los artículos 529-1º y 528-2º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. S. F., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél las penas de un año de presidio menor y multa de treinta mil pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días, por el primer delito, y una pena de un año de presidio menor por el segundo delito, debiendo indemnizar en ciento setenta y cinco mil pesetas al Banco Exterior de España con los intereses legales, accesorias del artículo 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite, solicitó la libre absolución por estimar no había participado en los hechos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en los artículos 303 y 302-1º y 2º del Código Penal, con las penas de presidio menor y multa de veinte mil pesetas a doscientas mil y de un delito de estafa, que prevé y punen los artículos 529-1º y 528-2º del propio texto legal, ya que el procesado captando la voluntad de persona desconocida entregó el efecto cambiario al tomador ejecutante en el proceso civil en las circunstancias que se detallan en el factum, con nombre de persona de su antigua relación comercial, pero en la que se introdujo por tercero de su órbita comercial una firma ficticia que no es la que realmente corresponde al librado ya que, como recuerdan, entre otras, las sentencias de 21-3, 11-4, y 20-10 de 1981, son delitos autónomos que, de acuerdo con el artículo 71, deben ser penados por separado por el beneficio que ello supone para el reo y que integran figuras jurídicas distintas ya que la falsedad, que en el caso de documentos mercantiles, públicos u oficiales no precisa de perjuicio real o potencial en el patrimonio ajeno por ser el valor jurídico comprometido el interés colectivo; mientras que en la estafa es la defraudación causada por el engaño y supone, siempre que se procede a causarla por medio de documento falso, una segunda actuación delictiva dirigida a producir un perjuicio patrimonial en el que inveracidad del documento actuó como medio determinante, causante del perjuicio denunciado por el tomador con los consiguientes gastos.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor por inducción —artículo 14-1º— el procesado A. S. F. por cuanto estando en su posesión, al menos mediata, la letra se sirvió de persona de su dependencia para presentarla a negociación ante el tomador con una firma que no corresponde en su acepto con la perteneciente a quien en la misma como librado —Sentencia de 12-7-1982— se hizo constar como deudor del mismo.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de responsabilidad criminal, por lo que en aplicación del artículo 61-4º del Código Penal, este

Tribunal aplicará la penalidad correspondiente en la extensión que se dirá.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. S. F., en concepto de autor responsable de un delito de falsificación mercantil, por inducción, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de seis meses y un día de presidio menor, y a una pena de multa de veinte mil pesetas, con arresto sustitutorio de veinte días, caso de impago, y un delito de estafa por importe de ciento setenta y cinco mil pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de seis meses y un día de presidio menor y las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al perjudicado la suma de ciento setenta y cinco mil pesetas, más los intereses legales, y al pago de las costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró solvente a dicho encartado, con la cualidad de sin perjuicio que contiene, y firme que sea la presente, remítase testimonio al Juzgado de Primera Instancia número Uno de ésta, tal como se tiene interesado. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez)

238

238. IMPRUDENCIA SIMPLE ANTIRREGLAMENTARIA CON RESULTADO DE MUERTE Y LESIONES. (Vehículo de motor). *Sentencia de 3 de Junio de 1983.*

RESULTANDO probado y así expresamente se declara: que sobre las 20.15 horas del día 27 de Diciembre de 1979, el procesado S. P. M., mayor de edad, y sin antecedentes penales, circulaba, conduciendo debidamente habilitado para ello, por la carretera C-715 (Palma-Cala Ratjada) en dirección a Palma, el vehículo de su propiedad, turismo Seat 1500, PM-121.462 provisto de seguro obligatorio concertado con la Compañía "Mare Nostrum" póliza nº 9016726, cuando al llegar al Km. 10,200 de esa vía, en el que las características de la calzada son riego de aglomerado de 7,20 m. de anchura, tramo recto de perfecta visi-

bilidad con una ligera curva apenas perceptible, con señalización horizontal consistente en línea central longitudinal discontinua aislada, por una momentánea distracción en la conducción, invadió en parte la calzada izquierda según su sentido de marcha, golpeando y desplazando, todo ello en ese carril izquierdo, al turismo Seat 600 P.M. 88.578, que circulaba por su derecha, en sentido opuesto en dirección a Cala Ratjada, conducido correctamente por su propietario J. R. D., agricultor de 52 años, viudo, que como consecuencia de la colisión, resultó muerto, dejando siete hijos de los cuales, cuatro hijas eran menores de edad, igualmente resultó muerto el otro ocupante del Seat 600, Don M. O. F., agricultor de 48 años, casado, con cuatro hijos de los cuales sólo uno era menor de edad; resultando también daños en el Seat 600 tasados en 185.017.- pesetas, siendo el precio de compra del mismo, notoriamente, de 70.000.- pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565 párrafos 1º, 6º y 7º del Código Penal que de mediar malicia serían constitutivos de un delito de homicidio del art. 407, del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado S. P. M., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, privación del permiso de conducir por dos años, accesorias y costas; y que así mismo la Compañía Mare Nostrum hasta el límite del Seguro Obligatorio, y el procesado en cuanto al resto indemnizcen a los herederos de J. R. D., en 5.000.000.- de pesetas y a los de M. O. F. en 4.000.000.- de pesetas, más intereses legales conforme a lo dispuesto en el artículo 921 bis de la L.E.C.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565-1º, 6º y 7º, que de mediar malicia constituirían dos delitos de homicidio del art. 407 ambos del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal; solicitando contra aquél la pena de dos años de prisión menor, privación del permiso de conducir por cinco años, accesorias y costas, incluidas las de la acusación particular; y que el procesado y la compañía aseguradora Mare Nostrum S.A., ésta hasta el límite del S. Obligatorio solidariamente indemnizasen por los perjuicios materiales y morales sufridos por Doña M. del C. R. G. y a Don N., Don M., Doña M. y Don J. O. R., herederos de Don M. O. F. en la cantidad de 6.000.000.- de pesetas; y a Don F., Don J. y Doña M., Doña C., Doña F., Doña M. y Doña M. R. A., únicos herederos de Don J. R. D. en la cantidad de 6.000.000.- de pesetas, además de 185.017.- pesetas en concepto de reparación de daños sufridos en el automóvil matrícula PM. 88.578, más intereses legales conforme a lo dispuesto en el art. 921 bis de la L. E. Civil.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite, entendiendo que los hechos no eran constitutivos de delito solicitó la libre absolución de su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de imprudencia temeraria que imputa la acusación, tanto pública como privada, pues para apreciar temeridad en la conducta del procesado, sería necesario que por su parte y en el presente caso en la forma de conducir su vehículo, "dejase de prestar la atención o diligencia más elemental o primaria, o la mínima exigible que cualquier persona corriente observaría prescindiendo de la cautela y prudencia más indispensable en el ejercicio de actividades generadoras de riesgo y peligro como sucede en el manejo de vehículos de motor por vías públicas, que se hubiere comportado de forma audaz, irreflexiva, u ostensible torpe e imperita, con clara distracción en el pilotaje de circulación y manifiesto menosprecio del deber objetivo de cuidado en salvaguarda de la integridad personal y bienes aje-

nos". —S.T. de 24 de Enero de 1981—, según se desprende de esta resolución no basta para calificar de temeraria una momentánea distracción, sino que ésta ha de estar acompañada de la audacia, la irreflexión o la ostensiblemente torpe o imperita forma de conducir; así que son en cambio constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos previstos y penado en el art. 565-2º que si mediare malicia constituiría los delitos de los arts. 407 y 563 del Código Penal en relación con el art. 17 e) y 21 del Código de la Circulación, puesto que del relato histórico se desprende que el accidente se debió a que el procesado invadió la parte izquierda de la calzada según su sentido de circulación, no importa el que en el atestado levantado por la Guardia Civil de Tráfico se refleje una huella en retroceso dejada por el Seat 600 que se inicia a 0,90 m. del borde izquierdo en la parte izquierda de la calzada sentido a Palma, y que en los croquis levantados en la inspección ocular practicada por el Juez Instructor, folio 66 y 67 en que el equipo de atestados manifiesta su conformidad lo mismo que los motoristas de tráfico, se consigne una huella que se inicia a 0,50 m. de la línea divisoria en la calzada izquierda sentido a Palma, pues perfectamente la colisión pudo producirse en este punto, y que el Seat 1500 continuase arrastrando por el carril izquierdo al coche de las víctimas, sin que ello desvirtue la apreciación y convicción total de que el choque se produjo en aquel lado, que por otra parte se apoya en que en el lado izquierdo y en las inmediaciones del punto de colisión había gran cantidad de vidrios; y la causa de esa maniobra de invasión fue una momentánea distracción lo que hizo perderse al procesado el dominio de su vehículo, cuando por las circunstancias concurrentes, era de noche, circulaban en caravana vehículos en sentido contrario, tenía que procurar conducir con atención a los avatares y riesgos de la circulación. Y evitar una distracción que produjese tan fatales consecuencias, conculcando con su conducta además el art. 17 d) y 21 del Código de la Circulación; careciendo por lo demás de toda base fáctica la alegación de la defensa de que el Seat 600 circulase con las luces largas, ya que la primera persona en llegar, observó que el mentado vehículo tuviese todavía encendido el alumbrado de cruce, además que la circulación era en caravana, debiendo correr igual suerte la argumentación de la acusación privada de que el procesado conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, por las siguientes razones, si bien el procesado fue encontrado con un estado anormal, ello era propio del accidente; ese hablar pastoso que se le notó, también lo tiene en situaciones normales y que necesariamente había de ser más acentuado por las circunstancias que entonces concurrían y si oía a alcohol podía haber ingerido alguna bebida, pero ello ha de influir en la conducción y ello se podía acreditar en estos casos y dadas las circunstancias con la prueba de alcoholemia, a la que el procesado se prestaba voluntariamente, pero que por una serie de avatares no se llevó a cabo.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado S. R. M., por haber ejecutado directa y voluntariamente los hechos.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancias modificativas 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, incluidas las de la acusación particular por su relevante intervención, y habiendo fallecido Don J. R. D. dejando cuatro hijas menores de las cuales una, C. estaba a punto de cumplir la mayoría de edad; y Don M. O. F., dejó solamente a un hijo menor de edad y viuda, y siendo pauta en materia de indemnización fijarla de acuerdo a las cargas familiares y el quebranto que aquellas suponen, procede señalar como indemnización por los perjuicios económicos y morales ocasionado por el fallecimiento de sus causantes, a los herederos de J. R. D. la suma de 4.000.000 de pesetas y a los de Don M. O. F., la de 3.000.000

de pesetas. Y por lo que respecta a los daños materiales, si bien el coste de reparación del turismo Seat 600 asciende a 185.017.- pesetas y su precio notorio de compra es de unas 70.000 pesetas; y siendo la finalidad de la justicia penal entre otras, el restablecimiento de las cosas al ser y estado que tenían antes del hecho que las alteró o modificó, es claro que en el caso presente los herederos del propietario del vehículo tienen derecho a disfrutar del mismo en iguales condiciones y características que tenía antes del accidente, y la tutela de ese derecho se puede conseguir, o bien mediante la reparación, o la reposición del vehículo; ahora bien si el costo de la reparación excede en mucho del valor del vehículo pero no de venta sino de la inversión que tendría que hacerse para comprar uno de iguales características entonces la indemnización fijará de acuerdo con el precio de compra, y siendo notoriamente éste de setenta mil pesetas (70.000.- pesetas), esa es la suma que por daños materiales deberá pagar el procesado a los herederos de J. R. D.

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 S. P. M. en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria con resultado de muerte y daños, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena y privación del permiso de conducir por dos años y costas, incluidas las de la acusación particular.

La Compañía Aseguradora MARE NOSTRUM, S.A. hasta los límites del Seguro Obligatorio, y el procesado en cuanto al resto indemnizarán a los herederos de Don J. R. D. en cuatro millones de pesetas (4.000.000.- de pesetas) y a los de Don M. O. F. en tres millones de pesetas (3.000.000.- de ptas.); por perjuicios materiales y morales ocasionados por el fallecimiento de sus padres y marido; así mismo el procesado indemnizará a los herederos de D. J. R. D. en 70.000.- pesetas por los daños ocasionados en el turismo de su propiedad; estas cantidades se incrementarán con el interés legal conforme a lo dispuesto en el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 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 si fuera necesario el embargo de bienes del procesado para asegurar aquella. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana)

252

252. DELITO DE CONTRABANDO. Ausencia de conducta típica, ya que la tenencia de drogas no estaba destinada al tráfico. *Sentencia de 10 de Junio de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así se declara expresamente, que en la Ciudad de Palma, la procesada L. G. A. mayor de edad, sin antecedentes penales, de mala conducta informada, el día veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y dos fue detenida por la policía en la zona de Son G., hallándose en su poder, entre otros efectos, cinco barritas de haschís, valoradas en mil quinientas cuarenta y cinco pesetas, que tenía para su consumo.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de contrabando del número tres del apartado 4 del número 1 del artículo 1 de la Ley Orgánica 7/82 de 13 de julio; del que conceptuó autora a la procesada L. G. A. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquella la pena de dos meses de arresto mayor, multa de mil quinientas cuarenta y cinco pesetas, con arresto sustitutorio de tres días en caso de impago, accesorias y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de la procesada, en igual trámite, entendiendo que los hechos no eran constitutivos de delito, solicitó la libre absolución para su patrocinada.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de contrabando de que acusa el Ministerio Fiscal, pues para ser aplicable el precepto que invoca; será requisito indispensable que la tenencia esté preordenada al tráfico, así se desprende del artículo primero, tres, primera, de la Ley invocada, y aplicándolo al caso de autos "cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, cuya tenencia constituya delito", o sea que la tenencia del haschís estuviere tipificada en el artículo 344 del Código Penal, y sabido es que de este precepto se excluye, y para ello es atípica, la tenencia para el propio consumo, y del relato histórico se deduce que la procesada, pretendía destinar la droga que se le ocupó para su consumo; por ello procede su libre absolución con declaración de oficio de las costas causadas.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 13, 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 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a la procesada L. G. A. del delito de que le acusa el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas.

Una vez firme esta resolución, cesen cuantas medidas aseguratorias, personales o pecuniarias se hubieren adoptado respecto de la procesada. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana)

256

256. ABANDONO DE FAMILIA. Ausencia de conducta típica, por no ser el abandono "malicioso". *Sentencia de 10 de Junio de 1983.*

RESULTANDO: Probado y así expresamente se declara que F. A. P., mayor de edad, sin antecedentes penales, casado desde el 21 de febrero de 1966 con C. S. M. y de cuyo matrimonio nacieron cuatro hijos de edades comprendidas entre los 15 y 8 años, a finales del mes de enero de 1981 se marchó del domicilio familiar por las constantes desavenencias conyugales y malos tratos de los parientes políticos que venía sufriendo, habiendo después subvenido a las necesidades de su familia en lo posible mediante la entrega de las cantidades que percibía por subsidio de paro.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de abandono de familia del artículo 487 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquel las penas de dos meses de arresto mayor y multa de 20.000 ptas. con arresto sustitutorio de 20 días, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del acusado, en igual trámite, solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados no integran legalmente un delito de abandono de familia en cualquiera de los modos o formas que prevé el artículo 487 del Código Penal, pues, en cualquier caso, el abandono del hogar conyugal debe ser malicioso, sin causa, injustificado y la inasistencia a los familiares tiene que obedecer a una conducta desordenada, circunstancias en modo alguno se dan en el evento enjuiciado donde es patente que la marcha del hogar y la relativa dejación económica tuvo como base el constante desacuerdo entre el matrimonio, trato vejatorio de los parientes políticos y auténtica miseria económica.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto procede la libre absolución del acusado, sin necesidad de expresa mención de circunstancias concurrentes o responsabilidad civil "ex delicto", declarándose de oficio las costas causadas.

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 F. A. P., del delito de abandono de familia del que vanía acusado, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren acordado contra el mismo y declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

270

270. ESTUPRO. INCESTO. Perdón de la ofendida; extinción de la acción penal. *Sentencia de 16 de Junio de 1983.*

RESULTANDO: Que en fecha 6 de abril de 1982 M. P. F. nacida el 18 de mayo de

1965, declaró ante la Guardia Civil del Puesto de San José (Ibiza), que su padre, el procesado A. P. R., mayor de edad, y sin antecedentes penales, venía sosteniendo desde cinco años atrás relaciones sexuales completas con la misma, habiendo continuado la acción penal su madre M. F. J. En acto de juicio oral M. P. otorgó perdón completo e incondicional.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales habrá calificado los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de estupro incestuoso del artículo 434 párrafo 2º, del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de 5 años de prisión menor, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, estimaba la no participación del acusado en los hechos y solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que ante el perdón completo e incondicionado emitido por la ofendida M. P. F., mayor de edad, en el acto de juicio oral, de conformidad con lo previsto en el artículo 443 del Código Penal, queda extinguida la acción y procede, en consecuencia, dictar sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos inherentes.

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. P. R. del delito de estupro incestuoso del que venía acusado, por expreso perdón de la ofendida, debiéndose dejar sin efecto cuantas medidas se hubieran adoptado contra la persona y bienes del encausado y declarando de oficio las costas causadas. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

305

305. ALZAMIENTO DE BIENES. No se acredita que el procesado tuviese conocimiento de la existencia de un juicio ejecutivo contra el mismo. *Sentencia de 28 de Junio de 1983.*

RESULTANDO probado, y así se declara expresamente: que el procesado M. M. G., mayor de edad, de ignorada conducta, ejecutoriamente condenado por un delito contra la seguridad del tráfico, en sentencia de 7 de diciembre de 1979, vendió en Ibiza, por contrato de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta, al otro procesado S. F. L., ma-

yor de edad de buena conducta, sin antecedentes penales, el kiosko de Playa denominado "Torre d'en B.", sito en la Playa d'en Bossa, término de San José (Ibiza), y terraza anexa al mismo, así como los bienes incorporados al citado quiosco y terraza, siendo el precio de la venta de dos millones trescientas setenta mil pesetas, de los cuales trescientas setenta mil pesetas se destinarían al pago al Ayuntamiento de San J., en concepto de cánon por la concesión de explotación que obtendría el vendedor, renunciando éste a presentarse a los concursos que se pudieran convocar en el futuro en cuanto a la concesión de los bienes vendidos, siempre y cuando el comprador continuase siendo propietario de los bienes tramitados; sin que en la fecha del contrato conociesen ambos que en representación de don R. M. R. y con fecha veintiocho de enero de mil novecientos ochenta, se interpusiera contra el primero de los procesados demanda ejecutiva en reclamación de la cantidad de setecientas treinta y seis mil sesenta y seis pesetas, por principal y gastos más doscientas mil pesetas calculadas para intereses y costas, en base al impago de tres cambiales, y en cuyo procedimiento, por auto del Juzgado de 1ª Instancia de Ibiza de fecha 28 de enero de 1980, se despachó ejecución por el principal pedido y ciento cincuenta mil pesetas por intereses y costas, procediéndose con fecha uno de febrero de mil novecientos ochenta al embargo de diversos bienes del deudor, entre ellos los derechos que tenía en el kiosko objeto de aquel contrato de venta, y después de que con fecha nueve de febrero de mil novecientos ochenta se dictara sentencia en rebeldía al demandado y de que con fecha diecisiete de julio de mil novecientos ochenta se acordase la venta de los referidos derechos sobre el kiosko, el mismo, y sus enseres en pública subasta, publicándose el anuncio en periódico "Diario de Ibiza" del día siguiente; la diligencia de embargo y citación de remate, así como la notificación personal de la sentencia se practicó en la persona de la esposa del procesado, las primeras, y con la portera del inmueble donde tenía su domicilio M. M. G. la segunda; en fecha diecisiete de julio de mil novecientos ochenta éste formalizó a su nombre el contrato para la explotación del kiosko con el Ayuntamiento de San J.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de Alzamiento de bienes del artículo 519 del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado, dicese del que conceptuó autores a los procesados M. M. G. y S. F. L., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquellos la pena de —a cada uno de ellos— seis meses y un día de presidio menor, accesorias del artículo 47 del Código Penal e indemnización de setecientas treinta y seis mil sesenta y seis pesetas al perjudicado y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en igual trámite, calificó los hechos, participación, circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal, y solicitó contra los procesados, a M. M. G. la pena de dos años, cuatro meses y un día a S. F. L. dos años y un día, accesorias y costas, e indemnización de un millón quinientas mil pesetas, por parte de cada procesado.

RESULTANDO: Que la defensa de los procesados, en igual trámite, negando que los hechos fueran constitutivos de delito, solicitó la libre absolución de los mismos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de que vienen acusados los procesados, ni de ningún tipo de infracción criminal, y ello por las siguientes razones: en el juicio ejecutivo seguido contra el procesado M. M. no aparece su firma en ninguna diligencia, la de embargo y citación de remate, así como la de notificación personal de la sentencia se entendieron con su esposa y la portera del inmueble; habría pues que presumir, y las presunciones están reñidas con el derecho punitivo —excepto la de inocencia— que esas personas le notificaron la existencia del juicio contra el mismo, y más todavía, que habiéndosele embargado varios bienes, se los describiese su mujer, y que le manifestase que entre ellos se encontraban los derechos sobre el kiosko "Torre d'en B", abandonada esta prueba de presunción, únicamente existe la manifestación de don L. C. M., procurador de don R. M. R., que dijo en el sumario y también en el juicio oral que S. F., el otro procesado, le consultó sobre si el kiosko estaba embargado y que esta consulta fue anterior al diecisiete de julio de mil novecientos ochenta.

ta, aparte del valor que le podamos dar a esta prueba en cuanto el procesado S. F., no puede apreciarse como prueba en contra del otro acusado y tampoco la documental de que el diecisiete de julio de mil novecientos ochenta suscribió con el Ayuntamiento de San J. la concesión de los derechos de explotación del kiosko, tantas veces mencionado, pues esa suscripción podría ser en cumplimiento del contrato suscrito en quince de abril de mil novecientos ochenta; pues bien, sin más pruebas e indicios no puede fijarse que el procesado M. M. conociese la existencia del juicio ejecutivo número 34 de 1980, del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza. En cuanto al otro procesado S. F., la única prueba de que conocía la existencia del embargo es la declaración de L. C. M., en el sentido ya antes dicho, pero ello no significa nada a efectos inculpatorios y en cuanto a la veracidad del documento de quince de abril de mil novecientos ochenta, pues del mismo se desprende que el vendedor tendría que obtener la concesión de explotación, pudiera que antes del diecisiete de julio de mil novecientos ochenta, supiera que los bienes estaban embargados pero ya se trataba de perfeccionar un contrato que se había celebrado antes de que hubiese, dicese tuviese conocimiento de esa traba, el señor C. M. en ningún momento dijo que la consulta se la hizo antes del quince de abril de mil novecientos ochenta, por ello y sin ninguna otra prueba lo mismo que respecto al otro procesado no puede fijarse que S. F. conocía la existencia de juicio y consiguiente traba sobre los derechos que M. M. tenía sobre el kiosko "Torre d'en B". No puede haber alzamiento de bienes ya que esta figura delictiva exige en el deudor el propósito de colocarse en una situación de insolvencia tal, que desbarate las legítimas expectativas y derechos de sus acreedores, el procesado M. M. hemos sentado que no conocía la existencia del juicio, o al menos de los bienes que se habían embargado; sabía, eso sí, que tenía deudas, pero aparte de los derechos sobre el kiosko tenía otros bienes, y por desprenderse de uno de ellos, no podía presumirse su colocación en un estado de insolvencia de aquella categoría que burlase los derechos de sus acreedores. Desechado el delito de alzamiento de bienes, tampoco se pueden incardinar los hechos en los diferentes tipos de estafa, ya que sin necesidad de entrar en el estudio de si se cumplen o no los demás requisitos de estos tipos delictivos, faltaría el del engaño, que en este caso sería el fingimiento de un documento, que reflejase un contrato con fecha anterior a la real en que se suscribió, y ello hemos dicho no ha sido acreditado de una manera que lleve al Tribunal a la plena convicción de la existencia de aquel engaño. Por todas las anteriores razones, procederá la libre absolución de los procesados del delito de que vienen siendo acusados, con declaración de oficio de las costas causadas.

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; los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 742 y 7452 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados M. M. G. y S. F. L. del delito de que vienen siendo acusados, con declaración de oficio de las costas causadas. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana)

335

335. **HOMICIDIO.** Elementos. Eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 8 de Julio de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así expresamente se declara, que en la Ciudad de Palma, la procesada, la súbdita alemana, I. M. N., mayor de edad, de estado civil viuda, de profesión abogado, sin antecedentes penales en España, de vida desordenada, dada al consumo de bebidas alcohólicas, en prisión desde el día dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos, declarada insolvente en la pieza de responsabilidad civil, el día dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y dos, por la tarde, se encontraba en el chalet de su propiedad sito en la parcela número veinticuatro de la Urbanización Son O., de Palma, con M. P. L., nacido el dos de mayo de mil novecientos treinta y tres, de estado casado con doña A. E. J., de la que estaba separado desde hacía ocho años, y de cuyo matrimonio tenía dos hijos, de veintidós y de veinticinco años, de profesión fotógrafo ambulante, de dudosa conducta, informada, muy dado a la bebida y de carácter muy agresivo y violento y con el que convivía desde el año mil novecientos ochenta, y al que mantenía con su dinero, convivencia que desde el principio venía siendo perturbada por frecuentes discusiones, de las que la procesada salía mal parada al ser golpeada por el referido M. D., lo que motivó que se fuera varias veces del chalet, regresando a Alemania, como ocurrió en las Navidades de mil novecientos ochenta y uno, regresando nuevamente en el mes de enero de mil novecientos ochenta y dos, siendo advertida a partir de entonces por el referido M. D. de que era la última vez que se escapaba viva, ya que disponía de un rifle con dieciséis cartuchos de los que quince serían para ella y el último para él, amenaza que dejó viva impresión en la procesada, la cual el referido día dieciséis de marzo después de haber comido con M. D., discutió con él mismo después de haber realizado el acto sexual, que resultó frustrado, lo que produjo una fuerte irritación a D. L., por lo que golpeó a su amante, quien la arrojó al suelo y entonces viendo que el mismo agarraba la carabina Winchester, calibre veintidós, de su propiedad y que se encontraba cargada a los pies de la cama, logró arrebatárle el arma y sin mediar palabra, sometida a una fuerte excitación propiciada por las anteriores situaciones de violencia que habían minado lentamente sus resortes intelectivos y volitivos, bruscamente se paralizó en forma sensible, aunque no total, su capacidad reflexiva, que al disminuir dichas facultades, la determinó a abrir fuego contra su oponente, alcanzándole con tres disparos, uno en la cara posterior del antebrazo derecho, otro en la región supraclavicular derecha y el tercero que atravesó el tronco de izquierda a derecha y que atravesó ambos pulmones, arterias, bronquios y esófago, que desencadenó una fuerte hemorragia y le ocasionó la muerte instantánea.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal; del que conceptuó autor a la procesada, con la concurrencia de la existente incompleta de legítima defensa y las atenuantes de amenaza de la víctima y de arrebató y obcecación, por lo que solicitó contra aquélla la pena de seis años de prisión menor e indemnización de quinientas mil pesetas a los herederos de la víctima y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en calificación asimismo elevada a definitiva, calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato del artículo 406-1º del Código Penal, con las atenuantes de los números 5 y 8 del artículo 9 del mismo Código, solicitando la imposición de una pena de doce años de prisión mayor, indemnización de dos millones de pesetas y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de la procesada, en igual trámite, solicitó la libre absolución de la procesada, por estimar alternativamente la concurrencia de las eximentes de legítima defensa y la de miedo insuperable.

CONSIDERANDO: Que los hechos precedentes narrados como probados, son constitutivos de un delito de homicidio, previsto y penado en el artículo 407 del Código Penal,

al concurrir todos los elementos del "tipo" o figura delictiva, sin que, contrariamente, sea de estimar existente el delito de asesinato previsto en el artículo 406, ya que la alevosía, invocada por la acusación particular con cita del numeral 1^a de dicho precepto, no fluya en forma alguna de la narración fáctica, pues dada la más reciente concepción jurisprudencial como circunstancia predominantemente objetiva (Sentencias de, por ejemplo, 6 de mayo de 1978, 27 de marzo de 1981 y 23 de noviembre de 1982) y basada en un acometimiento rápido, fulminante e inesperado (Sentencias, entre varias otras, de 10 de junio de 1977, 12 de febrero y 26 de junio de 1981 y 20 de marzo, 7 de julio y 22 de octubre de 1982), las circunstancias en que se produjo la agresión determinante del óbito conlleva una deducción contraria a la de que la víctima fuese sorprendida, el existir una previa y repetida situación de riña o discusión, pues también una reiterada y constante doctrina jurisprudencial alecciona en orden a la exclusión de este plus de antijuricidad en aquellos supuestos en los que está en curso discusión o reyerta entre los contendientes (Sentencias de 4 de noviembre de 1971, 6 de mayo de 1978 y 27 de marzo de 1981) o cuando inmediatamente antes se produjo una discusión violenta (Sentencia de 8 de mayo de 1981) o si existía un ambiente tenso y crispado entre los protagonistas (Sentencia de 24 de mayo de 1982), pues falta entonces el elemento clave definidor consistente en que la víctima no pudiese ni remotamente suponer el propósito agresivo (Sentencia de 12 de febrero de 1981); razones que elimina, pues, la estimación de esta circunstancia cualificativa, máxime cuando —como también se deduce del relato— se produjo un forcejeo previo y la agresión se verifica frontalmente (Sentencia de 3 de mayo de 1982).

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autora directa del artículo 14—1º del Código Penal la procesada I. M. N.

CONSIDERANDO: Que debe desecharse la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa del ordinal 4º del artículo 8º del Código Penal, postulada por la defensa de la procesada, por cuanto, como fluye del relato fáctico, falta el imprescindible requisito de la agresión ilegítima, necesario para la estimación de tal circunstancia incluso en su vertiente de forma degradatoria o eximente incompleta, ya que la situación de necesidad que vertebra equitativamente las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad, había cesado al haberse adueñado o entrado en posesión del arma la procesada, con lo que la situación de riesgo o peligro había desaparecido; siendo al tiempo de rechazar la postulada eximente de miedo insuperable del artículo 8-10º, postulada en su versión integral por la defensa informa de eximente incompleta del Ministerio Fiscal, ya que, como con certeza estima la más solvente doctrina científica, la situación de miedo invencible solo puede ser aducida cuando la comisión delictiva se proyecta frente a tercero distinto a aquel que infunde el miedo, siendo contrariamente de aplicar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio del artículo 9-1º del Código Penal, en relación con igual ordinal del artículo 8-1º del mismo cuerpo legal, con el efecto degradatorio de la penalidad establecido en el artículo 66 del texto legal tantas veces citado, pues, conforme se deduce de la narración histórica al cometer el hecho de procesada se hallaba con sus facultades intelectivas y volitivas muy disminuidas en una situación psíquica que venía siendo preparada por una larga situación de tensión plasmada en continuados malos tratos de palabra y obra, así como vejaciones de orden moral, que fueron minando la resistencia anímica y resortes axiológicos de la procesada, culminando en una reacción brusca e incontrolada que, aún sin anularlos completamente, disminuyó en forma muy sensible sus facultades de querer y entender; no siendo de valorar las circunstancias atenuatorias postuladas por el Ministerio Fiscal en su ponderada calificación acusatoria, al ser las mismas absolutamente incompatibles con la circunstancia modificativa apreciada, como señala una doctrina jurisprudencial que por su reiteración y notorio conocimiento relevan de su fácil cita pormenorizada.

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, 38, 39, 47, 49, 61, 72, 78, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a la procesada I. M. N., en concepto de autora responsable de un delito consumado de homicidio, en la persona de M. D. L., con la concurrencia de circunstancias modificativas eximente incompleta de trastorno mental transitorio, a una pena de cuatro años de prisión menor, con la correspondiente accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo y que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de M. D. L. 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. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicha encartada, con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid)

336

336. HOMICIDIO. Ausencia de "animus necandi". **IMPRUDENCIA TEMERARIA CON RESULTADO DE MUERTE.** Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 8 de Julio de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así expresamente se declara, que en la noche del día veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y dos, el procesado J. M. F. C., mayor de edad, sin antecedentes penales, se encontraba en el bar "Los T. H. C.", sito en la calle J., del Coll d'en Rebassa, en unión de A. T. A. con el que compartía la habitación y con el que mantenía relaciones de amistad, realizando ambos algunas consumiciones que abonaban según los alternativos y aleatorios resultados de consecutivas apuestas y juegos que llevaban a cabo, cuando sobre las veintidós treinta horas del ya mencionado día, sin que ninguno de los dos se encontrara bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se produjo un pacífico desacuerdo sobre quién debía pagar la última de las consumiciones, ante cuya discrepancia, A. T., después de llamar dos veces "payaso" al procesado, salió a la calle. Extrañado J. M. T. del comportamiento de su compañero, salió detrás de él, para, sin ninguna animadversión, obtener alguna explicación del, a su parecer, extraño comportamiento. Una vez en la calle y pedida tal explicación, A. T. reaccionó lanzando un puñetazo al procesado, que no llegó a alcanzarle por esquivarlo y a continuación otro, que pese a ser también esquivado, alcanzó ligeramente al procesado, que a consecuencia de su evasivo movimiento casi cayó al suelo y para evitar la total caída se agarró a la cintura de A. T., separándose a continuación el procesado, que se puso en pie. A. T. le dijo que le iba a reventar la cabe-

za con una piedra. El procesado al comprobar que A. T. hacia además de buscar una piedra, como no la encontrara se disponía a desenterrar una que se hallaba parcialmente hundida en el suelo, sacó del bolsillo una navaja automática con hoja de unos trece centímetros, que abrió, con la exclusiva intención, no de agredir, sino de disuadir a A. T. de su ataque, para cuyo fin, agarrándola con la mano derecha la situó a una altura y posición correspondiente a la mitad de su pecho, con la punta hacia el frente. A. T., que no había conseguido desenterrar la piedra, sea porque no viera la navaja, o porque hiciera caso omiso de ella, se dirigió al procesado J. M. F., lanzándole un puñetazo que no le alcanzó y a continuación, de forma imprevista, se abalanzó sobre el procesado, que mantenía la navaja antes referida, a consecuencia de lo cual, A. T. se la clavó a la altura del quinto espacio intercostal izquierdo de la región precordial, atravesándole el corazón por el ventrículo derecho, herida que le produjo la muerte casi instantánea. Cuando el procesado vio a su compañero que había caído al suelo, tiró la navaja y corrió a socorrerlo para lo cual detuvo un automóvil en el que trasladó a A. T., ya cadáver a un establecimiento hospitalario y pidió a las personas que le acompañaban que avisaran a la policía.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. M. F. C., con la concurrencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo prevista en el artículo 9-9º del Código Penal por lo que solicitó la pena de doce años y un día de reclusión menor, accesorias del artículo 46 e indemnización de un millón quinientas mil pesetas a los herederos de A. T. A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite, solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado, por entender que no son ciertos los hechos que se le imputan o que éste no es autor de los mismos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son legalmente constitutivos del delito doloso de homicidio previsto y penado en el artículo 407 del Código Penal, de que hace acusación el Ministerio Fiscal, pues si bien de un análisis y apreciación previos de los datos objetivos, consistentes en las dimensiones y características del arma empleada y de localización y extremas consecuencias de la herida producida pudiera interpretarse de un directo animus necandi, sin embargo es más cierto el dato, que adquiere la categoría de convicción, de que cuando el sujeto activo de la muerte esgrimió la navaja, no se proponía en absoluto utilizarla como arma agresora, sino emplearla pasivamente para tratar de convencer a su agresor para que cesara en sus ataques, sin que proyectara siquiera su empleo para defenderse o repeler la agresión, todo ello, sin perjuicio de establecer que tal conducta es comprensiva de una actuación grave y temerariamente imprudente, habida cuenta del inminente riesgo, desgraciadamente cumplido, que el acusado creó con su reprochable actuación, todo lo cual lleva a la conclusión de que los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito de imprudencia temeraria, que de haber mediado malicia hubiera constituido un delito de homicidio, previsto y penado en el párrafo 1º del artículo 565, en relación con el artículo 407, ambos del Código Penal, debiendo ser absuelto del delito de homicidio de que es acusado por el Ministerio Fiscal.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. M. F. C., por haber ejecutado directa e inmediatamente los hechos que se le imputan.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo, prevista en el artículo 9 apartado 9º del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente, vieniendo 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 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos, con todos los pronunciamientos favorables, al procesado J. M. F. C. del delito de homicidio de que es acusado por el Ministerio Fiscal, y que debemos condenar y condenamos al procesado J. M. F. C., en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia temeraria, que de mediar malicia constituiría un delito de homicidio, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo a la pena de dos años de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo, del Artículo 47 del Código Penal, y a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de A. T. A. la suma de un millón quinientas mil pesetas, con los intereses establecidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a partir de la firmeza de esta sentencia y al pago de las costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. 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)

352

352. DETENCION ILEGAL. Amenaza a un individuo a quien coloca las esposas con un revolver de gas, haciéndose pasar por funcionario de Policía. **ESTAFA.** Falta. **LESIONES.** Falta. *Sentencia de 16 de Julio de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así expresamente se declara, que el día siete de abril de mil novecientos ochenta y dos, el procesado J. C. R., mayor de dieciocho años de edad y sin antecedentes penales, computables, en el interior de la Freiduría E., sita en el número cuatro de la calle V. de esta Ciudad, hallándose bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas, se negó a pagar las consumiciones que por valor de tres mil cuatrocientas pesetas había realizado, y al ser requerido por el camarero, J. G. B., para que verificase el pago le agarró por la solapa y sacando un revólver de gas marca "Arminius", propiedad del Director de la A. de I. P. JCO, en la que el procesado trabajaba como auxiliar de detective, colocándola en la sien del citado camarero reiterándole la negativa a pagar y ordenándole que saliese de detrás de la barra para esposarle; en cuyo momento un cliente del establecimiento, M. R. P. intervino protestando por lo que ocurría, ante lo que el procesado dijo que era policía y le ordenó que se identificase, empujándole contra la pared dirigiendo a la vez el revólver contra el mismo y colocándole unas esposas que llevaba, asimismo de propiedad del Director de la agencia, causándole erosiones que curaron, sin defecto ni deformidad en cuatro días, procediendo mientras estaba esposado P. a registrar el bolso de mano que llevaba éste, siendo detenido por la Policía instantes más tarde.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de, alternativamente, un delito de usurpa-

ción de funciones del artículo 320, ó delito de detención ilegal del artículo 480-3º, ambos del Código Penal; una falta de estafa del artículo 587-3º del Código Penal y una falta de lesiones del artículo 583-1º del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado J. C. R., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél las penas de seis meses y un día de prisión menor, o alternativamente, la misma pena y veinte mil pesetas de multa, con arresto sustitutorio en caso de impago, ellas por el delito; cinco días de arresto menor por la falta de estafa y diez días de arresto menor por la falta de lesiones, accesorias del artículo 47 del Código Penal y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite, solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado, por no ser ciertos los hechos que se le imputan.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados precedentemente son constitutivos: A) De un delito de detención ilegal del artículo 48-3º del Código Penal, pues aunque cabría también estimar concurrente acumulativamente la existencia del delito de usurpación de funciones del artículo 320 del mismo código, lo cierto es que el obligado acatamiento al principio acusatorio reforme tal solución, en virtud de la norma contenida en el artículo 69 de dicho código. B) De una falta de estafa del artículo 587-3º del Código Penal, al estar despenalizada la estafa por condena antecedente, si la cuantía no es superior a treinta mil pesetas por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de 1983, sobre reforma urgente y parcial del Código Penal. C) De una falta de lesiones del artículo 583-1º del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. C. R.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de embriaguez no habitual ni preordenada al delito del artículo 9-2ª del Código Penal, sin que sea de estimar como rectamente estimó el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, la agravante de reiteración por aplicación de los artículos 10-15ª y 118 del Código Penal, conforme a la actual redacción dada por la expresada Ley de Reforma.

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, 63, 72, 78, 90, 91, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 742 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. C. R., en concepto de autor responsable de: 1º.- Un delito de detención ilegal, a las penas de seis meses y un día de prisión menor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante dicho tiempo y multa de veinte mil pesetas, sustituida caso de impago por un día de arresto por cada mil pesetas. 2º.- Una falta de estafa a una pena de cinco días de arresto menor. 3º.- Una falta de lesiones a una pena de diez días de arresto menor; a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido propietario de la freiduría E. la suma de tres mil cuatrocientas 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. Remítase la pieza de responsabilidad civil al Sr. Juez Instructor para que la concluya con arreglo a Derecho. (Ponente: Ramón Monte-ro Fernández-Cid)

C. INDICE ANALITICO .

- Abandono de familia, 256, 350.
 Abusos deshonestos, 213, 247, 283, 296.
 Alzamiento de bienes, 305.
 Amenazas, 327.
 Apropiación indebida, 205.
 Atentado a agentes de la autoridad, 225, 240, 309.
- Contrabando, 252.
- Cheque en descubierto, 214.
- Daños, 215, 228.
 Detención ilegal, 352.
- Escándalo público, 211, 212, 237, 274, 328.
 Estafa, 200, 222, 243, 244, 301, 315, 348.
 Estupro-Incesto, 270.
- Falsedad
 En documento mercantil, 231, 265, 285.
 En documento oficial, 282, 299.
- Homicidio, 239, 325, 335, 336.
 Hurto, 209, 223, 234, 235, 263, 297, 323, 333, 344, 354.
- Imprudencia
 Simple antirreglamentaria con resultado de muerte y lesiones, 238.
 Temeraria con resultado de muerte, 196.
- Incendio, 317.
- Insultos a agentes de la autoridad, 195.
- Lesiones, 197, 216, 266, 269, 339.
- Parricidio, 300.
- Robo, 204
 Con fuerza en las cosas, 198, 206, 207, 217, 219, 221, 224, 229, 232, 233, 241, 242, 246, 248, 250, 254, 257, 259, 260, 271, 272, 277, 286, 287, 293, 295, 307, 313, 319, 320, 321, 322, 324, 326, 331, 337, 341, 343, 345, 347, 349, 351, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 362.
 Con homicidio 210.
 Con intimidación, 201, 255, 261, 298, 318, 334, 357.
 Con violencia, 226, 248, 262, 264, 275, 288, 289, 291, 294, 312, 316, 329, 330, 338, 346.
- Receptación, 284, 306, 311.
- Resistencia a los agentes de la autoridad, 276.
- Salud pública, 202, 204, 208, 218, 230, 236, 245, 251, 253, 258, 267, 268, 278, 280, 281, 290, 292, 302, 303, 308, 310, 314, 340, 342, 353.
- Seguridad del tráfico, 203, 227.
 Sustitución de placas de matrículas, 220.
- Tenencia de útiles para el robo, 273.
- Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, 199, 279, 332.

TARJETA POSTAL



CUADERNOS

FACULTAD DE DERECHO
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
PALMA DE MALLORCA



CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"