

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

**7-1984**



**Universidad de Palma de Mallorca**

**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

---

**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**

**7-1984**



## **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.*

## **Consejo de redacción**

### **Director**

Gregorio Delgado del Río

### **Vocales**

Miguel Coca Payeras  
Bartolomé Colom Pastor  
José Ferrer Marcel  
Manuel García Fernández  
Juan López Gayá  
Román Piña Homs  
Gregorio Robles Morchón

### **Secretaría**

Guillermo Alcover Garau  
Andrés Ribas Maura

## **Colaboran en este número**

**Enrique Argullol i Murgadas**  
Titular de Derecho administrativo  
Universidad autónoma de Barcelona

**Miguel Coca Payeras**  
Titular de Derecho civil  
Universidad de Palma

**Manuel García Fernández**  
Titular de Derecho del trabajo  
Universidad de Palma

**Carlos Gutiérrez González**  
Titular de Derecho procesal  
Universidad de Palma

**Iván C. Ibán**  
Catedrático de Derecho canónico  
Universidad de Jerez

**Antonio Millán Garrido**  
Doctor en Derecho

**Luis Sánchez Agesta**  
Catedrático de Derecho político  
Universidad Complutense de Madrid

**Joaquín Tomás Villaroya**  
Catedrático de Teoría del Estado  
Universidad de Valencia



# SUMARIO

	<b>Págs.</b>
<b>ESTUDIOS</b>	
Miguel Coca Payeras <i>Notas sobre el sistema de tutela "judicial", en la Ley 13/1983 de 24 de octubre</i>	9
Manuel García Fernández <i>Los límites del Derecho del trabajo en las sociedades industrializadas</i>	39
Carlos Gutiérrez González <i>Tratamiento procesal de los recursos en el proceso de ejecución de sentencias</i>	69
Luis Sánchez Agesta <i>El gobierno y la función de gobierno en la Constitución española de 1978</i>	95
Joaquín Tomás Villaroya <i>El gobierno provisional de la segunda República</i>	111
<b>NOTAS</b>	
Enrique Argullol <i>Nota sobre algunos aspectos relativos a las fundaciones de beneficencia particular</i>	133
Iván C. Ibán <i>Religión y Ejército</i>	147
Antonio Millán Garrido <i>La nueva ordenación del mercado de seguros</i>	155

## **BIBLIOGRAFIA**

- Feliciani, Giorgio, *Le basi del diritto canonico. Dopo il codice del 1983*  
(Iván C. Ibán) 169
- Alvarez Cortina, Andrés-Corsino, *Violencia y miedo en el Código civil español. Su aplicación al matrimonio* (Iván C. Ibán) 173
- Marantónio Sguerzo, Elsa, *Legislazione ecclesiastica e autonomie locali*  
(Iván C. Ibán) 175

## **JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA**

- I. Sala de lo Contencioso-administrativo 185
- II. Sala de lo Civil 207
- III. Salas 1ª y 2ª de lo Criminal 285

# NOTAS SOBRE EL SISTEMA DE TUTELA "JUDICIAL", EN LA LEY 13/1983 DE 24 DE OCTUBRE

MIGUEL COCA PAYERAS

SUMARIO: INTRODUCCION. 1. EL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL O "DE AUTORIDAD", DESIDERATUM DEL LEGISLADOR DE LA REFORMA. 1.1. La "Memoria-Exposición" del Proyecto de reforma presentado por el Gobierno en la Iª Legislatura. 1.2. La "Exposición" del Proyecto presentado por el Gobierno en la IIª Legislatura. 2. EL SISTEMA DE TUTELA DE "FAMILIA", DEROGADO. 2.1. La situación de primacía del Consejo de familia 2.1.1. Antes de la constitución. A) En la tutela testamentaria. B) En la tutela "legítima". 2.1.2. Una vez constituida la tutela. A) Respecto del tutor. B) Respecto del protutor. C) Respecto de ambos cargos (tutor y protutor). 2.2. Funciones atribuídas al Juez. 2.2.1. Su posición, como órgano provisional de guarda. A) Autoerigiéndose en tal órgano provisional. B) Nombrando un defensor. 2.2.2. Actuación en relación al Consejo de familia. A) En su constitución. B) En relación a las decisiones que tomase aquel órgano. 2.2.3. Otras funciones puntuales. A) En el nombramiento del tutor. B) En la declaración de incapacidad. C) En la enajenación, por el cónyuge del declarado pródigo, de bienes de éste. D) Examen anual del Registro de tutelas. 3. EL SISTEMA DE TUTELA "JUDICIAL" INSTAURADO POR LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 24 OCTUBRE 1983. 3.1. El Juez, en la declaración de incapacitación. 3.1.1. Antes de iniciarse el procedimiento. A) Promoviendo. B) Tomando "medidas necesarias". 3.1.2. Constante el procedimiento. A) Nombramiento de defensor. B) Elección de medios de convicción. C) Medidas de protección del presunto incapaz. 3.1.3. En la sentencia que declara la incapacitación. A) Extensión y límites de la incapacitación. B) Régimen de guarda. 3.2. Actuación judicial en el internamiento de un presunto incapaz. 3.2.1. Antes del internamiento. 3.2.2. Tras el ingreso en el establecimiento. 3.3. Actuación del Juez sobre las instituciones de guarda. 3.3.1. Respecto de la tutela. A) En la constitución de la tutela. B) Tras la constitución de la tutela. C) En el ejercicio de la tutela. D) En la extinción de la tutela. 3.3.2. Respecto de la curatela. A) Determinación de que ese, debe ser el tipo de guarda. B) Determinación del ámbito de actuación del curador. C) Supuesto de curatela precedida de tutela. 3.3.3. Respecto del defensor judicial. A) Nombramiento. Casos. B) Esfera de actuación. 3.3.4. Respecto del guardador de hecho.

## INTRODUCCION

Esta "Comunicación", tiene como único punto de destino el ilustrar, a grandes rasgos, el contenido jurídico-positivo del término "tutela judicial", que es uno de los que permite definir el sistema adoptado por el legislador español, en la reforma del Código Civil actuada sobre la materia que nos ocupa estos días en Lleida. La reforma, ha supuesto un vuelco mas que regular en los planteamientos legales antecedentes que, como todos sabemos, seguían el sistema francés denominado "de familia". La mutación de sistema aparece plasmada tanto en el texto legal aprobado definitivamente a finales del pasado año, como en las propias palabras que los promotores de la reforma dedicaron reiteradamente a su conceputación. Por lo dicho, he creído que un correcto método de trabajo es el de comenzar sacando a la palestra esos confesados deseos del legislador, para a continuación bosquejar el sistema derogado (siempre, claro es, desde la reducida óptica en que por hipótesis de partida se va a mover el estudio), y de esta forma tener un sólido punto de referencia para detenernos, con algo de más atención, en el sistema vigente.

### 1. EL SISTEMA DE TUTELA "JUDICIAL" O "DE AUTORIDAD", DESIDERATUM DEL LEGISLADOR DE LA REFORMA

1.1. *La "Memoria-Exposición" del Proyecto de reforma, presentado por el Gobierno en la 1ª Legislatura.*

Es notorio que el *iter* modificativo de los preceptos del Código Civil en materia de tutela o guarda, arranca en su historia reciente en el Proyecto de Ley presentado al Legislativo, al Congreso de los Diputados, en la 1ª Legislatura, el 24 de junio de 1981 (aunque, el Proyecto llevaba fecha de 9 de junio), por el Gobierno de entonces, al que para abreviar llamaré desde este momento *Proyecto de U.C.D.*

El articulado del proyectado texto legal iba precedido de una "Memoria-Exposición de Motivos", en la que se comienza poniendo en tela de juicio la oportunidad, y sobre todo la eficacia, de la normativa vigente a la sazón cuyos pilares estaban formados por una serie de "principios", de los que se citaban "el de la unidad de guarda legal y el del llamado sistema de familia..."; por el segundo, se organizó el Consejo de familia como pieza esencial del nuevo y unificado, aunque complejo, organismo tutelar. Ambas importantes innovaciones, como las demás que el articulado incorporó a nuestro ordenamiento, eran bien intenciona-

das y coincidían con tendencias a la sazón perceptibles en las legislaciones latinas" (1). Tras lo cual, y haciéndose eco de una creencia unánime en la doctrina civilística del momento, se lamentaba: "La aplicación de este régimen legal, sin embargo, ha constituido en la práctica, a través de sus casi cien años de vigencia, un fracaso..."; entre otras causas, porque "en cuanto al sistema de tutela de familia, la realidad del funcionamiento del Consejo de familia ha sido en todo tiempo muy pobre, constituyendo hoy un hecho notorio e indiscutido su ineficacia real en la mayoría de los casos y aun su completa falta de actuación en no pocos" (2).

A estas motivaciones, deben adicionarse, según la "Memoria-Exposición de Motivos", otras de igual importancia que hacían necesaria la reforma, y que resumiría en tres:

1ª) La inadecuación de las normas anteriores a la realidad social, y particularmente de la familia española en proceso de reducción en sus integrantes (familia nuclear) y de democratización en sus relaciones (3).

2ª) La discordancia con el derecho comparado, en el que se ha ido imponiendo el sistema de tutela judicial, o mejor, de autoridad (4).

3ª) La necesidad de adaptar y concordar esa parte del Código, con la reforma que en materia de filiación y patria potestad había operado la Ley 11/1981 de 13 de mayo (5).

---

(1) Cfr., en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I, pág. 1401.*

(2) Lug. cit. en nota anterior, pág. 1401-1402.

(3) Lug. cit. en nota anterior, pág. 1402, en donde leemos: "La inadecuación de las normas a la realidad social, tempranamente observadas —como lo demuestran las críticas que pronto se formularon a la normativa desde la doctrina civil— se fue acentuando, por otra parte, con el transcurso del tiempo en función de la evolución de la familia española, que, como la de otros países, ha acusado, entre otros fenómenos, un sensible estrechamiento —al pasarse progresivamente de la familia patriarcal a la conyugal o nuclear— y una considerable democratización al sustituirse lentamente las relaciones de autoridad por las de reciprocidad".

(4) Lug. cit. antes, pág. 1402: "Junto a este desfase entre el Código Civil y la realidad social en tema de tutela se ha producido también un alejamiento entre aquél y el derecho comparado, cuyas tendencias se orientan hoy hacia el sistema tutelar llamado de autoridad, caracterizado por una mayor intervención del Estado a través de autoridades judiciales u órganos de la Administración, para mejor vigilar y asegurar el funcionamiento de la tutela".

(5) Lug. cit. antes, pág. 1402: "... la reforma del Derecho de familia recién llevada a cabo en el Derecho español —que tan trascendentales modificaciones he hecho en el articulado del Código— hace necesaria e inaplazable la reforma del sistema tutelar para otorgarle la debida concordancia con las nuevas normas regidoras de las instituciones familiares y de modo especial con las que han venido a regular la filiación y la patria potestad".

Visto lo cual, se finalizaba concluyendo que entre los principios básicos incorporados al Proyecto se hallaba el de "tutela judicial", por el que "se centran en la Autoridad judicial los poderes para la constitución, vigilancia y extinción de los organismos tutelares (6). Advierta el lector, la carencia de alusiones al texto constitucional, por contra a lo que es común a las reformas operadas en el Código civil desde el año 1978. Y ello, es así, porque la reforma de la tutela, globalmente entendida, no era una exigencia constitucional. Tan acorde con ella podía serlo un sistema de "tutela de familia", como el de "tutela judicial". De ahí que no se buscasen razones de esta índole en la justificación del Proyecto.

El que ese Proyecto de U.C.D., en lugar de acabar convirtiéndose en Ley como era su destino, no pasara de esa condición de proyecto, no le resta interés para el estudioso. La trascendencia del reiteradamente citado proyecto, y por ende de su "Memoria-Exposición de Motivos", queda sólo levemente empañada por la circunstancia de que el fin de la Legislatura impidiera su promulgación, a pesar de haber sido aprobado tanto en el Congreso como en el Senado (7). Y digo que su trascendencia es sustancial, porque el Proyecto de Ley que, siendo presentado al Congreso por el Gobierno en la IIª Legislatura el 27 de enero de 1983, desembocó en la Ley de 24 de octubre 1983, con ofrecer algunas variaciones respecto de su antecesor —cuya enunciación nos apartaría ahora del objetivo propuesto— puede decirse, sin rubor, que era sustancialmente idéntico (8).

### 1.2. La "Exposición" del Proyecto presentado por el Gobierno en la IIª Legislatura

Este Proyecto, al que abreviadamente llamaré *Proyecto del P.S.O.E.*, mantiene fielmente el sistema de tutela "de autoridad", y particularmente de "autoridad judicial". Para cerciorarse de ello es suficiente con echar una ojeada a la "Exposición" que sirve de pórtico al proyecto. En ella, que por otra parte no recibe el calificativo de "Exposición" ni otro alguno, la sinonimia se llevó hasta el punto de no sólo afirmar, en esencia,

(6) Lug. reiteradamente citado, pág. 1402.

(7) Cfr. el texto definitivamente "congelado" en las Cámaras, en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. I Legislatura, Serie II, Núm. 258 (f).

(8) Pone de relieve esta similitud, junto a alguna diferencia, como la de las "causas de incapacidad" que elencaba el art. 200 del Proyecto, GETE-ALONSO, Mª del Carmen, en "La incapacitación", págs. 8 y 9 (Ejemplar mecanografiado de la Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma. De próxima publicación en la Rev. Jur. Cat.).

lo mismo que en el *Proyecto U.C.D.*, sino inclusive ordenar las ideas con parecida estructura. Al principio, se declara la ineficacia e insuficiencia del sistema de tutela de familia en la legislación española: “se ha revelado, tras casi cien años de vigencia, ineficaz e insuficiente. Su pieza básica —el Consejo de familia— apenas ha funcionado en la práctica, como es notorio, con el consiguiente grave perjuicio para las personas sometidas a tutela, que sufieron en su mayoría los negativos efectos de la negligencia o inhibición de los parientes” (9). Más adelante, y como justificación de la reforma, la trilogía enunciada en el anterior texto es sintetizada, centrando su atención, casi en exclusiva, en lo que antes he catalogado como discordancia respecto del derecho comparado; o, como dice el párrafo ahora comentado, “de las legislaciones modernas”, orientadas “hacia un sistema de autoridad que acentúa la intervención del Estado para garantizar el mejor cumplimiento de la función tutelar en beneficio de los tutelados” (10). Y también ahora, se concluye esta faceta proclamando como uno de los principios fundamentales (junto al de “pluralidad de guarda legal”), el de la “tutela de autoridad, que suprime al Consejo de familia y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria”. Idea recalcada nuevamente cuando al hacer balance del proyecto, se autocalifica dentro de las “novedades de alto interés”, el hecho de que “se atribuyen amplísimas facultades al Juez, en todo lo relativo a la constitución, vigilancia y extinción de la tutela y para autorizar al tutor con ocasión de los actos más importantes” (11).

No hay duda, por lo que se ve, sobre cuáles eran las intenciones del legislador de la reforma: articular un sistema de autoridad, de tutela de autoridad judicial, arrumbando el de tutela de familia. Pero, para seguir el plan trazado al principio y con ello facilitar la comprensión de la plasmación concreta, normativa, del nuevo sistema, bueno será delinear antes el derogado.

---

(9) Cfr. en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I (27 enero 1983), pág. 11.*

(10) Cfr. lug. cit. en nota anterior, pags. 11 y 12. Detalladamente, éste es el fragmento glosado: “Alejado así de la realidad, y por ende inoperante en la práctica, nuestro sistema se fue distanciando al propio tiempo de las legislaciones modernas. Si varios ordenamientos, en efecto, habían coincidido esencialmente con el nuestro en el enfoque de la regulación de la tutela, como inspirados en el Código de Napoleón, muchos de ellos revisaron ya a lo largo de este siglo sus normas tutelares, orientando las ahora promulgadas hacia un sistema de autoridad que acentúa... El proyecto de ley que hoy se presenta, acomodándose a la realidad y a las mejores tendencias del Derecho comparado, construye un nuevo sistema sobre principios opuestos a los del anterior...”

(11) Lug. cit. pág. 12.

## 2. EL SISTEMA DE TUTELA DE "FAMILIA", DEROGADO

Una aproximación superficial a los Títulos IX y X del Libro I del C.C. permitía apreciar ya, el sentido de la institución tutelar que recogían. En efecto, mientras que el encabezado del primero era el "De la tutela"; el del segundo, "Del Consejo de familia", era un indicio claro del punto en el que se apoyaba la tutela. Pero es que, además de los 21 artículos del Título X (arts. 293 al 313) dedicados específicamente a aspectos internos de formación y funcionamiento del organismo, éste era directamente aludido en el Título IX en 40 artículos. Es decir, de un total de 115 preceptos dedicados a la tutela (del art. 199 al 313), 61 (más de la mitad) contemplaban en forma directa el Consejo de familia (12). Por contra, aquellos en los que aparecía explicitada alguna actuación del Juez o de los Tribunales sumaban 28 (13). El dato estadístico, se nos puede refutar con razón, no es decisivo pero, en esta aproximación inicialmente tildada de superficial, constituye un indicio significativo o revelador de la dirección en que se escoraba el Código ante la dicotomía tutela judicial-tutela familiar. Para mejor esclarecer este pormenor, debemos adentrarnos en el análisis de cuál era el círculo de actividades previstas legalmente en cabeza del Consejo de familia y cuales otras se reservaban a la actuación judicial.

### 2.1. La situación de primacía del Consejo de familia

Orillando los preceptos, a los que he aludido antes, y que tratan del régimen interno (arts. 293 al 313), el cuadro general de su actividad se escinde en dos grandes apartados. Común denominador es el de reflejar su situación de primacía respecto de los restantes órganos tutelares: tanto antes como después de la constitución de la guarda.

#### 2.1.1. Antes de la constitución de la tutela: órgano que la defería

En efecto, el art. 204, 3º contemplaba esa posibilidad, especificada en los arts. 231 y 232 (la llamada tutela "dativa"). Esta función de puesta en marcha de la tutela era aleatoria, pues de darse las tutelas "testa-

(12) Eran, a parte de los arts. 293 al 313, los siguientes: 201, 204,3º, 207, 209 últ. párf., 216, 217, 219, 221, 231, 232, 233, 236,3º,4º, y últ. párf., 238,2º, 239, 240, 241, 242, 243, 247, 249,1º y 2º párf., 250, 255, 256, 258,3º, 260,2º, 261, 264,1º, 3º y 5º, 265, 266, 268,1º párf., 269, 270, 271, 274,2º párf., 275,4º, 276,2º párf., 277, 279, 282 y 285,2º párf.

(13) Eran los siguientes artículos: 203, 215, últ. párf., 216, 217, 220,2º, 223, 225,3º, 227,1º, 232, 240, 243,2º párf. *in fine*, 244,4º, 245, 249,1º párf., 255, 276, últ. párf., 279,2º párf., 290,1º, 292, 293, 294, 296, 297, 300, 301, 306, 310.

mentaria" o "legítima" desaparecía esa actuación deferidora. Pero entonces, aparecían otra serie de facultades. Así:

A) *En la tutela "testamentaria", el Consejo de familia era quien:*

a) En caso de nombramiento testamentario de tutor por quien no era progenitor del sujeto a tutela, el Consejo *ex art. 207*, tenía en sus manos la efectividad del nombramiento, porque "no surtirá efecto hasta que... haya resuelto aceptar la herencia o el legado".

b) Dándose multiplicidad de nombramientos de tutor, realizaba el discernimiento del cargo (*art. 209* últ. párf.).

c) Determinaba la pensión alimenticia del menor o incapacitado, en ausencia de previsión por el testador (*art. 268*).

B) *En la tutela "legítima", según se tratara de la que recaía sobre:*

- a) Dementes o sordomudos. Estaba prevista su actuación como:
- Órgano consultivo antes de que el Juez declarase la incapacidad (*arts. 216 y 217*).
  - Órgano que debería autorizar al defensor de los incapaces para recurrir el auto que ponía fin al expediente de incapacidad (*art. 219*).

b) Pródigos. El *art. 221*, 2º párf. *in fine*, hacía factible el que la sentencia determinara ciertos eventos en los que el tutor o el incapacitado deberían consultar al tal Consejo.

### 2.1.2. *Una vez constituida la tutela*

La situación de primacía, de órgano clave del sistema tutelar, puede apreciarse si se averiguan cuáles eran sus relaciones con los restantes organismos.

A) *Respecto del tutor. El elenco de manifestaciones es amplio. Lo resumo en siete apartados*

- a) En relación a su obligación de prestar fianza.
1. Le señalaba al tutor la cuantía, y calificaba la fianza que antes de que se le defiriese el cargo debía prestar (*art. 255*).
  2. En caso de fianza pignoraticia o hipotecaria, el depósito o la inscripción podía, y debía, ser pedida por cualquier vocal del Consejo (*art.*

258, 3º).

3. El Consejo, era quien decidía si a pesar de tratarse de un tutor testamentario relevado de la obligación de afianzar, debía hacerlo por haber sobrevenido causas ignoradas por el testador (art. 260, 2º).

b) En relación a la obligación de hacer inventario.

El Consejo tomaba determinaciones en una serie de extremos, como el término en que debía hacerse (art. 264, 3º), si debía autorizarlo un Notario o no (art. 265), o si determinados bienes deben estar en poder del tutor o no (art. 266).

c) En relación a la retribución, en los casos tasados del art. 276, 2º párf. era quien la fijaba. (Además, *vide*, el viejo art. 277).

d) Respecto a las obligaciones, en general, del tutor, el Consejo era quien las modulaba. Muestra de lo que decimos, cabe hallarla en las de los números 1º y 3º del art. 264 (alimentos y educación del tutelado; y el ya citado inventario).

e) El tutor estaba, con frecuencia, sometido en su actuación a un régimen de autorizaciones por parte del Consejo de familia. Ejemplos son: los actos recogidos en los arts. 269, 270, 271, 274, 2º párf., 275, 4º, sobre los que se pronuncia el art. 264, 5º, calificando la solicitud de autorización de obligación del tutor.

f) El tutor era "vigilado" por el Consejo (art. 201).

g) Para concluir, esa supremacía se manifestaba en el instante de la rendición de cuentas, que debía ser llevada a término por el tutor también ante el Consejo, según se desprendía de los arts. 279, 282 y 285, 2º párf.

*B) Respecto del protutor. Las manifestaciones se escalonan en este caso en una cuadruple partición*

a) A falta de designación previa, era el Consejo de familia quien nombraba al protutor (art. 233).

b) Era quien recibía las comunicaciones del protutor, relativas a la actuación del tutor (arts. 236, 3º y 4º).

c) Carecía de derecho de voto en las deliberaciones del Consejo de familia, *ex art.* 236 últ. párf.

d) En tanto se constituyera la fianza, el protutor debía administrar los bienes del menor o incapacitado, realizando los actos que el Consejo estimara indispensables (art. 256).

*C) Respecto de ambos cargos (tutor y protutor), las manifestaciones eran:*

a) Era precisamente el Consejo de familia el encargado de poner en posesión de su cargo tanto al tutor como al protutor (art. 261).

b) En lo tocante a las excusas de la tutela y protutela, resultaba que:

1. Para que deviniera eficaz la alegación de la causa debía hacerse ante el Consejo (art. 247).

2. El Consejo, resolvía las alegaciones de aquellas excusas (art. 249).

3. Era ese mismo órgano quien podía nombrar un sustituto mientras durase el juicio de excusa (art. 250).

## *2.2. Funciones atribuidas al Juez*

Hasta aquí he intentado resumir el cuadro de actuación del Consejo de familia en la legislación derogada, del que se desprende su carácter de basamento de aquel sistema tutelar o de guarda. Pero, no debe silenciarse que junto a este órgano coexistía, en aquella normativa, la figura del Juez del que se preveía distintas actuaciones. Estas, ya hemos visto que cuantitativamente eran inferiores a las del Consejo. Ahora, constataremos la misma circunstancia desde la perspectiva cualitativa, apareciéndonos como marginal, externa al mecanismo tutelar, su función.

Destacaban dos funciones, junto a otras puntuales y de menor alcance. Las primeras eran: ser un órgano provisional de guarda, y actuar en relación al Consejo de familia.

### *2.2.1. Su posición, como órgano provisional de guarda*

Los preceptos del Código de donde cabía obtener esa conclusión, aludían al Juez tanto:

*A) Erigiéndose, él mismo, en ese órgano provisional: supuestos de los arts. 203 y 301 (antes, y tras la constitución del Consejo de familia).*

*B) Nombrando un defensor, lo que podía suceder tanto en el proceso de incapacitación de los locos y sordomudos (art. 215, últ. párf.), como en el de los pródigos (art. 223).*

### 2.2.2. Actuación en relación al Consejo de familia.

Una vez más, en aras a la claridad expositiva he subdividido esa actuación según tenga lugar antes o después de la constitución del Consejo.

#### A) *En su constitución, el Juez:*

a) Debía poner en funcionamiento el proceso de constitución de la tutela, de tener noticias de la existencia de un menor o incapaz (art. 293). Su omisión originaba, según el art. 232, responsabilidad.

b) En el nombramiento de miembros de ese Consejo, sus facultades eran escasas, condicionadas por la falta de nombramiento testamentario o de las personas designadas legalmente... (arts. 294 y 297).

c) Presidía la junta de formación, teniendo unas facultades disciplinarias mínimas (art. 300), incluso una vez ya constituido (art. 306).

d) Subsanción de errores en la formación del Consejo... (art. 296).

#### B) *En relación a las decisiones que tomase aquel órgano*

Su implicación tenía lugar, básicamente en dos polos: en ocasiones, aprobándolas, y en otras (la mayoría) siendo el órgano o la instancia ante el que podían recurrirse aquellas.

a) La aprobación del Juez era necesaria cuando el Consejo tomaba decisiones para proveer a los cuidados de la tutela, por causa de haber sido declarado incapaz o removido de su cargo el tutor (art. 243, 2º párf.). Esta exigencia de aprobación judicial de una decisión del Consejo tenía, según vemos, un marcado carácter excepcional.

b) Como instancia ante la que se recurrían los acuerdos del Consejo de familia, tenía un juego mucho mayor. Citemos, las decisiones relativas a:

1. Declaración de incapacidad o remoción del tutor (art. 240).
2. Desestimación de excusas de la tutela (art. 249, 1º párf.).
3. Señalando la cuantía o calificando la fianza (art. 255).
4. Fijando la retribución del tutor (art. 276 últ. párf.).
5. Decisiones, en general, de darse los presupuestos fijados en el art.

### 2.2.3. Otras funciones puntuales

He hallado cuatro. A saber:

A) En el nombramiento del tutor, sus facultades estaban encorsetadas, tanto en la tutela de los locos y sordomudos (art. 220, 2º), como en la de los pródigos (art. 227, 1º), dado que las podía actuar sobre un círculo de personas predeterminado legalmente.

B) En la declaración de incapacidad, ex art. 216, debía examinar por sí al presunto incapaz.

C) Debía autorizar la enajenación, por el cónyuge del declarado pródigo, de los bienes de éste que enumeraba el art. 225, 3º.

D) El examen anual del Registro de tutelas (art. 292).

### 3. EL SISTEMA DE TUTELA "JUDICIAL", INSTAURADO POR LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 24 DE OCTUBRE DE 1983

Si, a la manera en que hemos hecho con el sistema tutelar derogado, intentamos una aproximación panorámica, y por tanto superficial, a la nueva regulación, comprobaremos de entrada una reducción del número de artículos. Son ahora 109 los que existen con contenido (frente a los 115 de antes); esto es, del art. 199 al art. 306, excluyendo el art. 305 que aparece vacío, e incluyendo en el cómputo dos bisados (el 237 bis y el 299 bis). Esta panorámica, refleja el escaso cuidado con que se ha operado desde la óptica de la técnica legislativa. Primeramente, porque el bisado de artículos es un recurso que evidencia poco cuidado por la racional presentación del Código, que por sus "canas" seguramente merecía un mayor respeto por parte del legislador. Y más si se tiene en cuenta que uno de los bises (el art. 299 bis), ya aparecía así en el Proyecto que el P.S.O.E. presentó al Congreso. Y lo que hace injustificable este modo de legislar es que, paradójicamente, quedan 8 artículos vacíos de contenido. No creo que sea mucho pedir el que se hubiera reordenado la numeración, buscando acomodo en esos 8 vacíos a los 2 bisados, y con algo de imaginación desdoblarse otros artículos para cubrir los 6 huecos que existirían. Algo parecido a lo que se hizo en la reforma de los arts. 1315 a 1444 (Régimen económico matrimonial) por la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

La distribución sistemática de esos 109 artículos se continúa haciendo, como no podía ser menos, so pena de desajustar todo el Libro I a partir del Título IX, en dos títulos. El IX “De la incapacitación” (Arts. 199 a 214), y el X “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, mejorando la distribución derogada y evidenciando la desaparición tantas veces referida del Consejo de familia, sustituido y aún superado en sus funciones por la actuación del Juez. Este, o su actividad plasmada en sentencias, resoluciones, autorizaciones... etc, aparecen en 70 artículos (14), lo que constituye un indicio del peso de la figura congruente con el mentado desiderátum del legislador de instaurar un sistema de tutela judicial.

Para saber en qué consiste, cómo ha sido traducido legalmente ese sistema de guarda, hay que proceder —al modo en que se ha hecho con el sistema derogado— a la averiguación de cuáles son los diferentes apartados en que puede dividirse la actuación de la Autoridad judicial en la normativa vigente. Lo que nos conduce a tres mojonos. El primero trata de su actuación en el marco de la declaración de incapacidad; el segundo, en el internamiento de presuntos incapaces; y el tercero, a sus relaciones y actuaciones con los órganos encargados de la guarda y protección de los menores, pródigos y/o incapacitados, que en el actual art. 215 se cifran en el tutor, curador, y defensor judicial.

### 3.1. *El Juez, en la declaración de incapacitación*

A la vista del art. 199, en el que se establece un vínculo necesario entre “declaración de incapacitación” y “sentencia judicial”, se cae en la cuenta del carácter medular que tiene en este terreno la actividad judicial y consiguientemente la figura del Juez. Su trascendencia se produce

---

(14) Con estos 70 artículos, pueden hacerse hasta 6 grupos diferentes. Uno, el más nutrido, formado por 44, se refieren al “Juez” o a la “Autoridad judicial”, personalizan, en suma, y son: 203,2º párf., 207, 208, 209, 211, 216, 219, 224, 225, 228, 230, 231, 232, 233, 234,4º y últ. párf., 235, 236,4º, 237, 240, 245, 246, 248, 249, 256,2º párf., 259, 260, 261, 263, 264, 265, 269,4º, 273, 274, 275, 276,1º, 279, 280, 285, 292, 296, 299 bis, 300, 302 y 303.

Un segundo bloque, formado por aquellos 10 que aluden a la “sentencia judicial”: 199, 210, 212, 222,2º, 267, 278, 287, 289, 290, 298. Otros tantos, hablan de “resolución judicial”: 214, 218, 219, 243,1º, 245, 246, 250, 277,2º, 287 y 299 bis. Tres, hablan de “autorización judicial”: 271, 272 y 290. Y, en dos, se habla de “juicio”: 295 y 296.

En último lugar, los que citan o tratan del defensor “judicial”: 215,3º, 249, 256,2º párf., 280, 296, 299, 300, 301 y 302.

Si el lector se hubiera tomado la molestia de sumarlos, habrá obtenido un resultado de 78, al que hay que restar aquéllos que se citan en más de un bloque, por aludir a los diferentes conceptos señalados, y de esta forma se obtiene la cifra de 70.

a lo largo del camino que va desde la puesta en acción del mecanismo de incapacitación, hasta la correspondiente sentencia. Estas son sus etapas:

### 3.1.1. *Antes de iniciarse el procedimiento*

Son dos las actuaciones:

A) Promoviendo la declaración. No se trata de una autopromoción, sino de la exigencia de que el Juez, en ocasiones (según el art. 203 últ. párf.), ponga el hecho que justifica la incapacitación en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que éste realice la promoción. Todo ello, de no haber procedido a ello las personas a quienes corresponde según el art. 202. (15).

B) Tomando, "de oficio las medidas que estime necesarias", en los supuestos de falta de promoción de la declaración, referidos antes (art. 203, 2º párf. al principio).

### 3.1.2. *Constante el procedimiento*

La figura del Juez, aparece en tres diferentes hipótesis:

A) De ser el Fiscal, el promotor de la incapacitación, será el Juez quien nombre al presunto incapaz un defensor si es que carece de él (art. 207).

B) En la fase de constatación de si el presunto incapaz puede gobernarse por sí mismo (arg. art. 200 *in fine*), el Juez goza del máximo de

---

(15) Esta posibilidad, apareció tardíamente en el Proyecto de reforma. Inexistente en su totalidad en el 2º párf. del art. 203 en el *Proyecto de U.C.D.* (cfr. *Boletín...*, citado en nota 1, págs. 1404 y 1405), se introdujo como consecuencia de la aceptación por la Ponencia, de una enmienda del Grupo Comunista, con este tenor: "El Juez competente, en los mismos casos, iniciará de oficio el procedimiento, dando traslado al Ministerio Fiscal y a los legitimados para promoverla conforme al artículo anterior" (Cfr. en *Boletín...* I Legislatura. Serie A. Núm. 202-I-2 (30 abril 1982), pág. 1416/4).

Con este tenor, aparecía en el *Proyecto del P.S.O.E.*, y a pesar de ser presentada una enmienda por el Grupo Popular tendente a que se distinguiera entre "el oficio judicial y la posición institucional del Fiscal". (Puede verse en: *Boletín...* II Legislatura. Serie A Núm. 4-I-1 (26 abril 1983), pág. 26/2), la Ponencia no la aceptó. De modo que, así aparece en el Dictamen de la Comisión (cfr. *Boletín...* III Legislatura. Serie A, Núm. 4-II (21 mayo 1983), pág. 26/26), y sólo se altera, surgiendo el tenor actualmente en vigor, cuando es aprobado por el pleno del Congreso (cfr. *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-III (30 mayo 1983), pág. 26/42).

discrecionalidad en la elección de los medios de prueba, pues “podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes” (art. 208 *in fine*). Y su intervención es vasta, debiendo oír “a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, oírá el dictamen de un facultativo” (art. 208). No admite paragón, el actual art. 208, con el abrogado art. 216 en el que como ya apuntaba líneas antes (16), su intervención obligada se ceñía a examinar por sí mismo “al denunciado como incapaz”.

C) Pareja amplitud de facultades, aparece en la adopción de “las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”, pues *ex art.* 209 el Juez puede hacerlo “en cualquier estado del procedimiento” (17).

### 3.1.3. *En la sentencia que declara la incapacidad*

Dejando al margen la declaración en sí misma, el Juez es quien determina, según el nuevo sistema, dos extremos sumamente importantes: la extensión y límites de la incapacitación y el régimen de guarda (art. 210).

#### A) *Extensión y límites de la incapacitación*

Este primer inciso del art. 210, supone una generalización del arbitrio judicial que en el sistema anterior sólo le permitía establecer esos límites y extensión en la incapacitación de sordomudos (cfr. el derogado art. 218 *in fine*).

De cualquier forma, esa mayor o menor “intensidad” en la incapacitación no las determina indefinidamente, pues el art. 212 posibilita un nuevo enjuiciamiento y una nueva decisión modificativa o que, incluso, deje sin efecto la declaración de incapacitación como tal.

#### B) *Régimen de guarda*

La norma que estamos analizando, el art. 210, dice literalmente so-

(16) En el epígrafe 2.2.3.B.

(17) También, este art. 209, procede exactamente del *Proyecto de U.C.D.*, alterado por una enmienda del Grupo Comunista añadiendo la referencia al patrimonio, justificándola en la posibilidad —hoy recogida en el art. 236,1º— de separar la guarda de la persona y la del patrimonio. *Vide: Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-1-2 (30 abril 1982), pág. 1416/5.*

bre este particular que “La sentencia que declare la incapacitación determinará... el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”. Esta disposición pone al Juez en la tesitura de “elegir” el tipo de guarda que debe actuar sobre el incapacitado. Opción que no facilitaba el sistema derogado, en tanto en cuanto tampoco existían estos diferentes tipos de guarda (principio de unidad de guarda). El viejo art. 200 en sus números 2º, 3º y 4º agotaba el elenco de incapacitados, y de todos ellos afirmaba que “Están sujetos a tutela”. Hoy, como ya apuntaba, el art. 215 cita tres tipos de guarda (tutela, curatela, defensor judicial), aunque la elección a que se refiere el art. 210 sólo es predicales de los dos primeros (tutela y curatela). Porque, por una parte, las posibles hipótesis de nombramiento de un defensor judicial recogidas en el Código presuponen (como veremos en el epígrafe 3.3.3) la existencia, o bien de una persona aun no declarada incapaz, o bien estándolo ya que además esté sujeto a tutela o curatela. Y por otra, tanto en sede de tutela como de curatela está prevista su constitución, entre otros casos, en el de incapacitación (art. 222, 2º, que sujeta a tutela a “Los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido”; y, art. 287, que entiende procedente la curatela “para las personas a quienes la sentencia de incapacitación, o en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”).

Por lo que estamos viendo, el único factor que debe valorar el Juez para decidir el régimen de guarda del incapaz, es su mayor o menor grado de discernimiento, que le conducirá, respectivamente, a estatuir la curatela o la tutela.

### *3.2. Actuación del Juez en el internamiento de un presunto incapaz*

Es esta una problemática que, en sentido estricto, cae fuera de las fronteras del sistema de guarda, por cuanto es una medida que, tal como la diseña el Código civil, recae sobre un “presunto incapaz”, y no afecta a la posterior constitución de un régimen de guarda sobre el sujeto, una vez que se le declare incapacitado.

Con anterioridad a la reforma que nos ocupa, esta temática era ajena al Código Civil. El cuerpo legal básico en la materia era el *Decreto de 3 julio de 1931 sobre Asistencia de enfermos psiquiátricos*, que establecía tres procedimientos de ingreso “en un establecimiento oficial o privado”: “a) Por propia voluntad. b) Por indicación médica. c) Por orden gubernativa o judicial” (art. 8º). De estos cuatro posibles proce-

dimientos, en los tres primeros el control judicial brillaba por su ausencia, previo o posterior (18).

El *Decreto* de 1931, se ha mantenido en vigor hasta la Ley de reforma del C.C. de 24 octubre 1983, en cuyo art. 2º, dos es expresamente derogado. Al mismo tiempo, surge por esa Ley, el actual art. 211 C.C., que, en todo caso, somete el internamiento a un serio y extenso control judicial. Control que actúa en dos momentos:

### 3.2.1. *Antes del internamiento*

El primer párrafo, al principio, del art. 211 C.C., propone la regla general: necesidad de una previa autorización judicial para que ese presunto incapaz, ese sujeto que ofrece una presunta enfermedad o deficiencia que le impide gobernarse por sí mismo, sea ingresado en un establecimiento. Y para que tal autorización sea concedida, son precisos tres requisitos explicitados en la ley (art. 211, 2º párf.): el examen de la persona por el propio Juez, oír el dictamen de un facultativo designado por él, y en tercer lugar, comunicar la circunstancia al Ministerio Fiscal con el fin de que éste promueva la declaración de incapacitación como prescribe el art. 203, 2º párf. (19).

Excepcionalmente, puede prescindirse de ese filtro previo, cuando concurren "razones de urgencia", pero entonces el control, aunque posterior al internamiento debe ser inmediato, "dentro del plazo de veinticuatro horas" (art. 211, 1º párf: *in fine*).

---

(18) Esta conclusión, es la que se extrae de la contemplación de los arts. 9º, 10º y 17º, entre otros. En el 9º (ingreso voluntario) se exigía: certificado médico legalizado, declaración firmada del paciente, y admisión por el Director Médico del establecimiento. En el art. 10º (ingreso por indicación médica): certificado médico legalizado, declaración firmada por el pariente del paciente más cercano, y admisión por el Director. En el art. 17º (ingreso por orden gubernativa): decisión del Gobernador Civil, Jefe de Policía, o Alcalde, sumado al "juicio positivo" de un Médico.

(19) Tanto el primer como el segundo párrafo de ese art. 211 se corresponden con el mismo artículo del *Proyecto de U.C.D.*, excepto en éste último particular, en la remisión al art. 203. Diría más, en la discusión de aquel proyecto, el Grupo Socialista presentó una enmienda, en la que solicitaba que se condicionara el internamiento a la previa promoción de la declaración de incapacidad. Y la Ponencia de entonces no la admitió, por "considerar que está implícito en el texto" y por tanto innecesaria. (cfr. *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-1-2 (30 abril 1982), págs. 1416/5 y 1416/6). Posteriormente, en el proyecto que acabó siendo ley, el del P.S.O.E., ya aparece el artículo en su actual redacción.

### 3.2.2. *Tras el ingreso en el establecimiento*

El tercer párrafo del art. 211, establece ese control judicial posterior al internamiento. La filosofía subyacente al mandato jurídico, queda recogida en la enmienda que el Grupo Comunista presentó en este punto al *Proyecto de U.C.D.*, al que inicialmente faltaba este tercer párrafo del art. 211. Decía, escuetamente la enmienda: "nadie podrá ser internado ni mantenido en un establecimiento de salud en contra de su voluntad, salvo con autorización judicial" (20). Admitida parcialmente la enmienda por la Ponencia, el artículo quedó redactado tal cual hoy, ya que el *Proyecto del P.S.O.E.* lo recogió tal cual había quedado redactado en la anterior Legislatura.

Esta vigilancia posterior, tiene como objetivo el de "recabar información sobre la necesidad de proseguir el internamiento", y su periodicidad es obligada, "cada seis meses", aunque no obstante el Juez podrá recabarla "cuando lo crea pertinente".

### 3.3. *Actuación del Juez sobre las instituciones de guarda*

La calificación general a todos los órganos tutelares, la aporta el art. 216: "Las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Ese amparo o protección que reciben los órganos tutelares por parte del Juez, tiene su contrapartida en el sometimiento de aquellos a la vigilancia de éste. Extremo, este último, que a pesar de recogerse en la "Exposición" del *Proyecto del P.S.O.E.* (21), no tiene una traducción normativa general en el C.C., como sucede con la "salvaguarda" (22). En todo caso, ocasión habrá de constatar su implícita

(20) La enmienda del Grupo Comunista, pretendía reconstruir todo el precepto, que se iniciaría con la frase transcrita en el texto. Además, esa autorización judicial, seguía diciendo, 'debe ser concedida cuando aquel sea imprescindible y por sólo el tiempo necesario, previo dictamen del facultativo oficial, del designado por el enfermo, oyendo al Fiscal e iniciando inmediatamente y de oficio el procedimiento de incapacitación. La prosecución del internamiento se autorizará por el Juez cada seis meses, con iguales requisitos" (Cfr. *Boletín...*, citado en nota anterior).

(21) Cfr. lug. cit. nota 11, pág. 12.

(22) Este detalle, como algunos otros del art. 216, fue polémico ya en la discusión del *Proyecto de U.C.D.* Dejando al margen las discusiones referentes a si la tutela es un "deber de carácter público", o bien un "oficio de derecho privado". (Véase en: *Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2, pág. 1416/7. Y, en Boletín... II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I-1, pág. 26/5*), hay que resaltar que el *Proyecto del P.S.O.E.*, fue enmendado por el propio Grupo Socialista en lo que atañe al art. 216, sugiriendo que se incluyera la "vigilancia" junto a la "salvaguarda", con objeto de coordinarlo con otros preceptos, y específicamente con el art. 233. Pero la Ponencia, no la admitió. (Cfr. *Boletín... II Legislatura, cit. antes*).

existencia, y su existencia explícita en sede del organismo tutelar de mayor fuste, la tutela.

Hechas estas consideraciones generales, estamos en actitud de detener nuestra atención en las relaciones individualizadas del Juez con cada uno de los órganos de guarda.

### 3.3.1. *Respecto de la tutela*

La mayor importancia, predicada antes, de éste organismo de guarda en relación a los restantes se expresa cuantitativamente en los 65 preceptos que le dedica en exclusiva el C.C. (Todo el Cap. II del Título X, arts. 222 a 285, incluyendo el art. 237 bis), frente a los 13 dedicados a la curatela (El Cap. III, Título X, arts. 286 a 298), y los 5 que afectan al defensor judicial (Cap. IV, Título X, arts. 299 al 302, mas el art. 299 bis, al margen de otros dispersos en los que, como veremos en el epígrafe 3.3.3.1., es aludido). Esa amplitud, nos obliga a estudiar la incidencia del Juez a partir de una división cuadruple.

#### A) *En la constitución de la tutela*

La actuación, y el arbitrio del Juez es constante, como decía la "Exposición" del *Proyecto del P.S.O.E.*, "... se atribuyen amplísimas facultades al Juez, en todo lo relativo a la constitución..." (23). El desglose, podría ser como sigue:

a) Puesta en marcha, de oficio, de la constitución de la tutela cuando el Juez tenga conocimiento de la existencia en el territorio de su jurisdicción de alguna persona de las enumeradas en los tres números del art. 222 (art. 228). El precepto, que se complementa con el art. 230 ("Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad judicial el hecho determinante de la tutela"), une a la importancia de esa posible actuación de oficio del Juez, su carácter de norma indiscutida, no enmendada, desde su aparición en el *Proyecto de U.C.D.*, en cualquiera de las cámaras.

b) Determinación, cuando se trate de una persona declarada incapaz, de que debe ser este tipo de guarda (la tutela) y no otro, el que la sujeta (arg. art. 222, 2º "... cuando la sentencia lo haya establecido"). Como decía líneas arriba (24), el único baremo legal que debe tener en

---

(23) En: *Boletín...* II Legislatura. Seria A, Núm. 4-1 (27 enero 1983), pag. 12.

(24) En el epígrafe 3.1.3.B.

consideración al tomar esa decisión es (arg. art. 287 *in fine*), la medida del “grado de discernimiento” del incapacitado. Ahora bien, en la apreciación de ese mayor o menor grado, el Juez actúa con amplio margen valorativo, como señala el art. 208 interpretado hace un momento.

c) El Juez es quien, siempre “ nombra ” al tutor o tutores. E incluso sus facultades llegan a la designación, que podrá realizar también en todo evento, aun contradiciendo la designación voluntaria (*inter vivos*, o *mortis causa*), hecha por los padres del tutelado, o rectificando la designación legal. Veámoslo.

### I. Designación de tutor por voluntad de los padres

1. El art. 223 nos acerca a la hipótesis (en “testamento o documento público notarial”), y el art. 224 *al principio*, afirma que estas disposiciones “vincularán al Juez, al constituir la tutela”. Pero, acto seguido, excepciona la regla: “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”. De donde, dos son los presupuestos que permiten al Juez hacer caso omiso a la voluntad de los padres: que el beneficio del menor así lo exija, y motivar la decisión.

Esta regla del art. 224, y las derivadas que estudiaré después, aportan uno de los datos más espectaculares de la reforma, y al mismo tiempo constituyen uno de los puntos fronterizos del sistema, una muestra de hasta dónde llega la intervención judicial en el sistema implantado. Curiosamente, el artículo original en el *Proyecto de U.C.D.* contenía una mayor concesión al arbitrio judicial, pues no exigía que el Juez motivara su decisión (25). Fue una enmienda del Grupo Socialista la que añadió ese requisito (26), quedando en esa Iª Legislatura el redactado tal cual hoy rige.

La importancia de la cuestión hizo, además, que fuera explícitamente mencionado en la “Memoria-Exposición de Motivos” del *Proyecto de*

---

(25) Decía el art. 224 del *Proyecto de U.C.D.*: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa”. Cfr. en: *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I (24 junio 1981), pág. 1407.

(26) Así aparece en el *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2 (30 abril 1982), pág. 1416/9: “En garantía de respeto a las disposiciones de los padres, la enmienda número 58 (Grupo Socialista) obliga al Juez a fundar su resolución cuando se aparte de aquéllas. La Ponencia recomienda su aceptación”.

*U.C.D.*, con estas palabras: “Las nuevas normas reguladoras del llamamiento a las funciones tutelares traducen el sistema de tutela de autoridad ahora adoptado. El Juez adquiere un papel decisivo, ya que si los padres podrán mediante testamento nombrar tutor, o establecer órganos de fiscalización u ordenar otras disposiciones, éstas no vincularán al Juez si el beneficio del menor o incapacitado exige otra cosa. La Autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente a las disposiciones testamentarias...” (27).

2. En caso de incompatibilidad entre las designaciones del padre y de la madre, el Juez, según el art. 225 *in fine*, es quien busca la salida al callejón, a la vista de los dos presupuestos anteriores. La conveniencia del tutelado como criterio rector de su decisión, y la motivación de ésta como criterio formal. La semejanza con el artículo precedente se tradujo, como es de razón, en una misma peripecia parlamentaria (28).

3. En caso de designación negativa de los padres (declaran quien no desean que sea tutor), también el Juez puede obviarla, concurriendo los dos presupuestos mentados. Así se expresa el art. 245: “Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre... salvo que el Juez en resolución motivada...”.

4. De haber procedido los padres a subsanar la teórica inhabilidad de la (o, las) persona designada como tutor (posibilidad que el art. 246 reduce a dos de los ocho supuestos que recogen los arts. 243 y 244), por su designación conociendo la causa de inhabilidad, el Juez, nuevamente, puede sobreponerse a esa designación, si como afirma el art. 246 *in fine*, concurren los dos presupuestos reiteradamente significados.

## II. *Faltando la designación de tutor por los progenitores*

A priori, entran en juego las reglas que para tal nombramiento establece el art. 243 en sus cuatro números. En donde se ordenan las personas que el Juez debe nombrar para tal cargo. Pero, una vez más, se ofrece al Juez la posibilidad de eludir la ordenación legal. Concretamente:

1. El último párrafo del art. 234, es elocuente: “Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo ante-

(27) En: *Boletín...*, cit. en nota 25, pág. 1043.

(28) Cfr. en lug. cit. nota 26.

rior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere". Notemos, que la previsión legal, aunque se funde sobre los mismos presupuestos que en las hipótesis anteriores, opera sobre una plataforma diferente. Ahora, el Juez no está facultado para arrinconar la voluntad de los padres, lo que significa una quiebra del principio de autonomía de voluntad, sino para arrinconar la previsión legal. La ley, por tanto, sitúa al Juez (con la salvedad de que ello "beneficie al tutelado") en la posición de decidir entre la aplicación del orden que ella misma propugna o del que él crea conveniente. Si esto es así, no tiene excesivo sentido el establecer ese orden legal. Y menos, si tenemos en cuenta que, como prevé el art. 235, puede ocurrir que no exista ninguna de las personas enumeradas en el art. 234. Entonces, la solución sigue siendo la misma: "... el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo" (art. 235 *in fine*).

La repercusión de estas reglas, su importancia, había sido expuesta ya en la "Memoria-Exposición de Motivos" del *Proyecto de U.C.D.*, si bien ese párrafo excepcional del art. 234 fuera introducido por la Ponencia en el curso de las discusiones: "... La autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente a las disposiciones testamentarias, como no lo estará ya tampoco al orden férreo de la anterior tutela legítima" (29).

2. En caso de designación de más de un tutor, y dándose el régimen general (el de actuación conjunta, o en su defecto mayoritaria, arg. art. 237, 1º y 2º párrs. al principio) el Juez puede intervenir en un doble sentido. Primeramente, a falta de acuerdo entre los tutores, "resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente", aunque —entendiendo— siempre siguiendo el criterio del "beneficio del tutelado", a pesar de la elipsis legal de ese art. 237, 2º párrf. En segundo lugar, de persistir los desacuerdos, y si "entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela", las facultades judiciales vuelven a ser amplísimas, por cuanto "podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor" (art. 237, 2º párrf. *in fine*). En conclusión, tanto puede variar el régimen de actuación, como prescindir de los tutores en discordia y designar un, o unos, nuevo. De decantarse por esta solución, resultaría que el Juez, no sólo puede designar como tutor a persona diferente de la que —por

---

(29) Cfr. en: "Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I (24 junio 1981), pág. 1403. La introducción por la Ponencia de este último párrafo, y las enmiendas que lo originaron pueden consultarse, en resumen, en: *Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2* (30 abril 1982), pág. 1416/11.

ejemplo— hubiesen elegido los padres, sino además alterar el tipo de tutela prevista por aquéllos (arg. art. 236, 4º), que dejaría de ser plural y pasaría a ser individual.

3. Tratándose de un menor acogido en un establecimiento público, el art. 239, posibilita, aunque no exige, que el Juez nombre tutor al Director del establecimiento. La regla puede parecer extraña, y superflua, de no tener en cuenta su origen. Digo que puede parecer extraña, por cuanto el art. 235 ya le permite al Juez, tomar esta decisión. Es más, seguramente se lo exigiría, habida cuenta de que a primera vista es la persona más idónea “por sus relaciones con el tutelado” (235, *in fine*). En suma, la dicción del art. 239 “podrá ser atribuida al Director...”, no abre ninguna puerta que antes no estuviera ya franca por el art. 235.

La explicación, radica en el origen, como ya he adelantado. En el Proyecto original, tenía otro sentido. Decían tanto el art. 239 del *Proyecto de U.C.D.*, como el homónimo del Gobierno socialista: “Si se tratase de un menor acogido y protegido en un establecimiento público, la tutela corresponderá al Director del establecimiento, salvo que el Juez disponga otra cosa” (Existía un segundo párrafo, que no es del caso reproducir) (30). Es decir, que el criterio preferente en la designación, la hacía recaer en el Director, y el Juez para nombrar a persona distinta como tutor —aunque el proyectado precepto no lo aclarara suficientemente— hubiera debido justificar que esa designación no era beneficiosa para el menor, por aplicación analógica de los artículos atinentes a la designación del tutor, vistos hasta aquí. La mutación del “corresponderá”, por el “podrá ser atribuida” operada en la discusión en el Congreso (Iª Legislatura), transformó el artículo en superfluo pero, seguramente, no desapareció del Proyecto (y se mantuvo luego en el del P.S.O.E.) como solicitaba la minoría catalana, por no alterar la numeración de los posteriores (aunque se podía haber dejado en blanco, puestos a hacer mal las cosas), y por no dejar inaludida expresamente la hipótesis pues ya se le dedicaba un artículo (el art. 212) en la legislación anterior (31).

d) El último aspecto por el que asoman las amplias facultades judiciales en la constitución de la tutela, lo he creído adivinar en cuanto a las personas que deben ser oídas para esta constitución. El art. 231, es

---

(30) Puede verse en: *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-1... pág. 1408. Y el del P.S.O.E., en *Boletín...* cit. en nota 23, pág. 18.

(31) La enmienda del Grupo Minoría Catalana puede verse en: *Boletín...* I Legislatura, cit. en nota 29, pág. 1416/13.

elocuente, pues junto al deber de dar audiencia a los “parientes más próximos” y al propio “tutelado si tuviera suficiente juicio”, aparece, una vez más, una cláusula abierta: “las personas que considere oportunas”.

### B) *Tras la constitución de la tutela*

Antes de entrar en el ejercicio propiamente dicho, y como ocurría en la legislación anterior (visto quedó, en el epígrafe 2.1.2.A.), al tutor se le imponen una serie de actuaciones, controladas entonces por el Consejo de familia y que hoy lo son por la Autoridad judicial. Podemos esalonadamente distinguir:

a) La toma de posesión del cargo, llevada a cabo *ex art.* 259, por esa Autoridad judicial

b) La prestación de fianza, que en contra de lo que rezaba el derogado *art.* 255, no es precisa como criterio general. Efectivamente, a pesar de que el *art.* 260 (derogado) eximía a ciertos tutores de prestarla, el *art.* 255 era contundente: “El tutor... prestará fianza para asegurar...”. Hoy, el *art.* 260 nos dice que “El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure...”. Está en manos del Juez, decidir si el tutor debe prestarla o no, y si se decanta por la afirmativa, es también su voluntad la que determina:

1. La “modalidad y cuantía” (*art.* 260 *in fine*)

2. Su modificación, una vez prestada y en cualquier momento, con tal que entienda que concurre una “justa causa” para ello, pudiendo llegar a su supresión (*art.* 261).

c) En relación a la obligación de realizar inventario de los bienes del tutelado, aunque es una obligación del tutor y, por tanto, cae lejos del ámbito de decisión del Juez el que la preste o no (*arg. art.* 262), éste acredita sobre las operaciones de realización un importante poder decisivo, en tanto que:

1. Puede prorrogar el plazo de 60 días, que el *art.* 262 establece, con tal que concurra causa para ello, y motive la prórroga (*art.* 263).

2. El inventario, dice el *art.* 264, “se formará judicialmente”, y serán citadas “las personas que el Juez estime conveniente”.

3. Como resultado del inventario, reaparece el poder decisorio del

Juez, ya que “El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio de la Autoridad judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado al efecto” (art. 265, 1º párf.).

d) Respecto de las excusas del desempeño del cargo, tanto si es inmediatamente posterior al nombramiento (en el plazo de 15 días, posterior al conocimiento por el nombrado. Art. 252), como si es durante el ejercicio (arts. 253 y 255), debe realizarse ante el Juez, aunque no lo expicite el Código en los seis artículos que dedica a la figura.

e) Por último, hay que añadir, para cerrar este apartado, que la inscripción en el Registro Civil de la resolución judicial nombrando tutor (o curador, en su caso), así como aquellas relativas a las incidencias de tales nombramientos (art. 218), se deben realizar a través de la comunicación que el Juez debe dirigir al Encargado del Registro (art. 219).

### C) *En el ejercicio de la tutela.*

Este ejercicio de la tutela, se gobierna por un principio medular, acogido por el art. 232: “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez...”. Como adelanté en el epígrafe 3.3., este sometimiento o control del Juez es común a todos los órganos de guarda, aunque sólo venga referido, en este artículo, a la tutela.

La “vigilancia”, se actúa por medio de unos cauces preestablecidos, y en momentos diversos. Los cauces o posibilidades de actuación judicial, los concreta el art. 232 *in fine*: de oficio, a solicitud del Fiscal, o instancia del interesado. Y los momentos, aparecen en el siguiente precepto (art. 233): en la misma resolución que constituya la tutela, o con posterioridad, sin mayor especificación. Tampoco hay cortapisas a la exigibilidad de informes al tutor, sobre la situación personal del tutelado y sobre la administración de su patrimonio. Este último control judicial, se superpone al deber que recae sobre el tutor —medie o no, exigencia del Juez— de informarle, como mínimo, una vez al año, de la situación personal del tutelado, y rendirle cuenta de su administración (art. 269, 4º).

Adosadas a esta vigilancia general, en el ejercicio de la tutela existen otras dos concretas actividades del Juez. A saber:

a) El régimen de autorizaciones de los arts. 271, 272 y 273. La razón por la que el tutor necesita autorización judicial para llevar a cabo los

actos contenidos en los arts. 271 y 272, es la misma que la que fijaba la legislación derogada a cargo del Consejo de familia (recuérdese el epígrafe 2.1.2.Ae.). Por la importancia para la esfera jurídica del menor o incapacitado del acto a celebrar, se impone un control judicial anterior al mismo, de manera que cuando actúe el tutor está garantizada la integridad de la posición del tutelado. En la "Exposición" del *Proyecto del P.S.O.E.*, se explica escuetamente: "... se atribuyen amplísimas facultades al Juez... para autorizar al tutor con ocasión de los actos más importantes" (32).

De todas las previsiones legales de autorización, destacan tres. La del art. 271, 4º que al tratar de la partición de la herencia o de la división de la cosa común, redobla el control del Juez adicionando otro posterior al acto: la aprobación de la partición o división, una vez efectuadas. Disposición que genera una antinomia respecto del art. 1060 del C.C. sostenedor de lo contrario: "... no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial".

Las otras dos previsiones de autorización que traigo a colación, resaltan por su absurda redacción. Son las del art. 272, 6º y 7º, que tal como aparecen son redundantes o ininteligibles. Dice el art. 272, 6º, "También necesitará el tutor autorización judicial:... 6º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial". Esto es, cuando haya autorización judicial para disponer de esos bienes, el tutor no la necesitará. Lo mismo ocurre en el nº 7, con la cesión de créditos que el tutelado tenga contra el tutor... La explicación, que no la justificación, de este pequeño desaguisado, hay que buscarla en el proceso formativo de la ley reformadora. Estos dos últimos números del art. 272, no existían ni en el *Proyecto de U.C.D.*, ni en el del *P.S.O.E.*, y fueron añadidos, a pesar de no prosperar inicialmente la enmienda del Grupo Popular que los auspiciaba (33), en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior (34), en el Congreso, conteniendo ya ese lapsus. Lo difícil de comprender, es cómo no fue detectado ni en la aprobación por el pleno del Congreso, ni en su paso por el Senado.

b) El régimen de retribuciones del tutor. Según el art. 274, cuando haya lugar a él porque el patrimonio del tutelado lo pueda soportar, será

---

(32) Cfr. *Boletín...*, citado en nota 9, pág. 12.

(33) Curiosamente, la enmienda del Grupo Popular, no proponía esa coletilla, porque los situaba (al número 6º y al 7º) correctamente en el seno del art. 272, que ya hablaba en sus inicios de la autorización judicial. Puede verse, en *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I-1 (26 abril 1983), págs. 26/16 y 26/17.

(34) Cfr. *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-II, pág. 26/33.

el Juez quien lo fije en su montante y en el modo de percepción. A tal fin, el mencionado artículo 274, le ofrece unas pautas que, o son ambiguas (“trabajo a realizar”, “valor y rentabilidad de los bienes”), o no le son impuestas realmente (“procurando en lo posible que la cuantía...”). Como tampoco se le impone en este campo, la voluntad testamentaria de los padres que nombren tutor determinando que “haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos”. Porque, como concluye el art. 275, “el Juez, en resolución motivada”, puede disponer “otra cosa”.

#### D) *En la extinción de la tutela*

Cabe referirse a la actividad judicial en dos situaciones: en la remoción y en la rendición de cuentas.

a) En la remoción del tutor, el Juez actúa esencialmente en tres momentos. Para comenzar, suspendiendo en sus funciones al tutor —si cree oportuno— mientras dura el procedimiento de remoción (art. 249). En segundo lugar, decretando la remoción (art. 248). Y, por último, nombrando tras la remoción un nuevo tutor (art. 250).

La linealidad de la regulación legal, y su claridad, hizo que estos tres artículos mencionados (arts. 248, 249 y 250), procedentes del *Proyecto de U.C.D.*, no levantaran discusión ni enmienda alguna en las dos Legislaturas.

b) En la rendición de cuentas. Tengamos en cuenta que esta obligación del tutor, una vez ha cesado en sus funciones, tiene como beneficiario precisamente al Juez. Es ante él, que “deberá rendir la cuenta general justificada de su administración” (art. 279, 1º párf.). Y será él, quien le prorrogará, o no, el plazo de tres meses que tiene para hacerla. Y como colofón, lógicamente si es él el beneficiario, si las cuentas se le rinden a él, será también el Juez quien tenga la potestad de aprobarlas previa audiencia de las personas indicadas en el art. 280.

#### 3.3.2. *Actuación del Juez respecto de la curatela*

La menor envergadura de esta institución de guarda, concretada en un menor campo de actuación del guardador (curador), y en una menor trascendencia jurídica de su actuación (el tutor, actúa en lugar del tutelado, *ex art.* 267, mientras que el curador según el art. 289, únicamente “asiste” al menor, incapaz o pródigo en los actos que realice), arrastra

un menor protagonismo de la actuación judicial, que se da en estas circunstancias:

A) Cuando la guarda se constituye por razón de incapacitación de la persona, quien decide que ésta quede sujeta a curatela y no a tutela, es el Juez (art. 287), por entender que su grado de discernimiento aconseja este régimen de guarda atenuado.

B) En los supuestos mencionados en el apartado anterior, decidirá, además el ámbito de actuación del curador, o, lo que es lo mismo, el de restricción de la capacidad de obrar del incapacitado (art. 289).

Ante la carencia de delimitación por el Juez, entra en escena el criterio legal del art. 290, que remite al régimen de autorizaciones en la tutela. Esta remisión, puede parecer chocante en una primera lectura, pues si el tutor que es el organismo de guarda con mayor radio de acción e importancia, necesita autorización judicial para los actos referidos en el art. 271 y en el 272, no es muy coherente que el curador, con su más modesto rol en la guarda, tenga precisamente como campo de actuación legalmente previsto la intervención en aquellos actos. Podría pensarse, de esta forma, que el cargo de curador es de mayor confianza que el de tutor. Pero no deben olvidarse dos circunstancias que justifican la regla que comentamos. En primer lugar, el incapacitado sometido a curatela, lo es a éste régimen porque tiene un cierto grado de discernimiento, que le permite llevar a término los actos ordinarios y sólo para estos actos especialmente trascendentes es lógico que requiera la intervención del guardador. Y en segundo lugar, como dije al principio de este epígrafe 3.3.2, mientras que el curador “interviene” (art. 288), o “asiste” (art. 289) en los actos que el menor o pródigo (en el art. 288), o el incapacitado (en el art. 289), emprendan, el tutor (art. 267) es quien emprende y concluye los actos por cuenta del incapaz o del menor. La autoría del acto, en la curatela pertenece al sujeto a ella, mientras que en la tutela pertenece al tutor. De esta guisa, se justificaría que en el primer caso no exista control judicial, y sí en el segundo. En cualquier caso, tampoco debe olvidarse que el sujeto a curatela es —en nuestro caso— un “incapaz” y que aunque tenga cierto grado de discernimiento, sus iniciativas de actuación pueden estar afectadas por esa carencia de total discernimiento.

C) Para terminar, cuando la curatela se aplica a un sujeto previamente sujeto tutela, el criterio legal es el de mantenimiento de la persona del guardador en el nuevo cargo. Criterio que, empero, puede ser modificado por el Juez (art. 292). Entiendo que, a pesar de la omisión legal,

para ello rige de nuevo el principio del mayor beneficio para el sometido a guarda. Mayores dudas me asaltan, respecto a si deberá motivar su decisión o no. Dudas, que no ofreció a nuestros parlamentarios, ya que procede del *Proyecto de U.C.D.*, sin que en ninguna de las dos Legislaturas fuera enmendado siquiera.

### 3.3.3. *Actuación del Juez, en relación al Defensor judicial*

El propio nombre de esta figura de guarda patentiza el estrecho cordón que la une al Juez. Antes de concretarlo, hay que puntualizar un extremo sobre la naturaleza del defensor como institución de guarda. A pesar de su situación en el art. 215, al lado de las dos vistas hasta ahora (tutela y curatela), le separan apreciables diferencias: su total dependencia de las otras dos, y su provisionalidad dependiente de aquéllas. Especificando más, el defensor judicial sólo tiene razón de ser a la espera de que se constituya la tutela o la curatela, o estando constituida una u otra, para resolver algún conflicto en su funcionamiento. Sin olvidar que, además, su esfera de funcionamiento excede el de las instituciones de guarda en sentido propio, llevándonos en ocasiones —en virtud de la remisión abierta del art. 299, 3º— a otras sedes, como la de la ausencia (art. 181) o la de la patria potestad (art. 163).

Dicho lo cual, hay que proseguir diciendo que la actuación judicial opera en tres direcciones:

A) Fundamentalmente, en el nombramiento (art. 300). Re caerá, sobre quien “estime más idóneo”. ¿Cuándo debe proceder a nombrarlo? En el Título X, Libro I del C.C., se recogen algunos casos:

a) Conflicto de intereses entre el sujeto a patria potestad, tutela o curatela, y sus padres, tutor (o tutores) o curador. (art. 299, 1º).

b) Paralización momentánea de la tutela o curatela, de las funciones de uno u otro. (art. 299, 2º).

c) Durante la tramitación del proceso de remoción, si el Juez suspende en sus funciones al tutor o curador (art. 249, y 291, 1º párf. *in fine*). En realidad, estamos ante un sub supuesto específico del supuesto descrito antes: paralización de las funciones del tutor o curador (art. 299, 2º).

d) En tanto se resuelva la excusa de la tutela o curatela, si el guarda-

dor no continúa ejerciendo sus funciones (art. 256, 2º párf., en relación al primero).

Nuevamente, se trata de una especificación del art. 299, 2º.

d) Cuando el pródigo no comparezca, y el Fiscal haya sido quien promovió la declaración de prodigalidad (art. 296). Este “defensor”, lo es para representarlo en el correspondiente juicio.

e) Mientras dura el proceso tendente a constituir la tutela. Aunque, entonces el Juez no puede nombrar a quien estime “más idóneo”, pues el art. 299 bis impone al Ministerio Fiscal. Recordemos que —como dije en el epígrafe 3.— este precepto está bisado porque no existía en el *Proyecto de U.C.D.*, incluyéndose en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior (35), y pasando con la misma situación y *nomen* al *Proyecto del P.S.O.E.*

En otro orden de cosas, de producirse el supuesto previsto en la norma, la segunda parte del artículo (299 bis), faculta al Juez para nombrar un “administrador” de los bienes (36). Esta “defensa compartida”, reproduce para esta forma de guarda (defensor judicial) la previsión que en materia de tutela contiene el art. 236, 1º: disociación de ámbitos (personal/patrimonial) de actuación en los guardadores.

B) El art. 302, nos pone en la pista de otras dos facultades judiciales sobre el defensor: delimitar su esfera de actuación, y ser el destinatario de la rendición de cuentas.

### 3.3.4. Actuación del Juez, respecto del guardador de hecho

Esta figura cae, indudablemente, fuera de las de guarda en sentido jurídico, como se desprende de su no inclusión en la trilogía del art. 215, y del sentido común (si es guardador “de hecho”, es porque no lo es “de derecho”).

La novedad legislativa, está en ser contemplada jurídicamente. Y dentro de esta contemplación, se perfila un control judicial aleatorio (“po-

(35) Cfr. *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-II (30 abril 1982), pág. 1416/38.

(36) Este nombramiento, tanto en el *Proyecto de U.C.D.* que finalmente quedó “bloqueado” por la disolución de la Legislatura, como en el *Proyecto* original del *P.S.O.E.*, era atribuida al propio Ministerio Fiscal. Fue a raíz de una enmienda del Grupo Socialista que se atribuyó al Juez. Cfr. en: *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I-1, pág. 26/21.

drá requerirle...”, dice el art. 303) sobre su actuación. Actividad que es construida en este art. 303, a imagen de la que ejerce el Juez sobre los órganos de guarda: informes sobre la situación de persona y bienes, y en general establecimiento de “las medidas de vigilancia y control que considere oportunas” (37).

---

(37) La “novedad” ya existía en el *Proyecto de U.C.D.*, y en la “Memoria-Exposición de Motivos” se justificaba con estas palabras (*Vide: Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I (24 junio 1981), pág. 1404*): “Colofón del Título X lo constituye un capítulo breve, pero de evidente novedad: el consagrado a la guarda de hecho. No es raro el caso de que la protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación sea desempeñada de hecho por quienes no tienen —ya sea porque no la tuvieron nunca, ya porque la perdieron— la consideración legal de tutores. La figura, no contemplada en el Código Civil, ha sido estudiada en sus hipótesis y problemática por la doctrina del Derecho Civil. El nuevo texto la incorpora al articulado a través de dos normas que serán suficientes para encauzar las principales cuestiones planteadas en la práctica”.

# LOS LIMITES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LAS SOCIEDADES INDUSTRIALIZADAS

MANUEL GARCIA FERNANDEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORANEA: 1. El Derecho del Trabajo y la evolución de la técnica. 2. El Derecho del Trabajo y la evolución de las relaciones sociales. 3. El Derecho del Trabajo y las mutaciones jurídico-políticas. 4. El Derecho del Trabajo y la "cultura industrial". III. EL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO. IV. LAS DEFINICIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO. V. UNIDAD Y SISTEMA DEL DERECHO DEL TRABAJO. VI. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

## I. INTRODUCCION

La formulación del concepto actual del Derecho del trabajo, atendidas las realidades normativas en que necesariamente ha de fundamentarse, no está exento de ciertas perplejidades. Las instituciones que se encuadran en ese complejo normativo son de muy variada índole y naturaleza, especialmente aquéllas que Alonso Olea (1) ha denominado gráficamente como instituciones "mediales" o de soporte. En consecuencia, el iuslaboralista ha de emplear técnicas extraídas de disciplinas distintas cuya formación se realizó en razón del objeto de las mismas. La práctica manifiesta las ventajas a que da lugar esta situación, sobre todo en nuestro país, ya que la selección académica de los juristas ha provocado una especialización poco enriquecedora. Sin embargo, este especial "pluralismo" gnosológico plantea sus problemas a la hora de formular un concepto actualizado del Derecho del Trabajo, o, dicho en otros términos, delimitar la extensión de su objeto.

El jurista tiene que ser sensible a la realidad social en que la norma se apli-

---

(1) M. Alonso Olea, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pg. 138.

*Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 7 (PALMA DE MALLORCA 1984).

ca. Se ha señalado con frecuencia en tiempos recientes y lugares distintos (2) que el Derecho del trabajo no puede entenderse ya sólo como el conjunto de normas que ordenan la actividad de quienes trabajan y en cuanto a su trabajo se refiere, sino también de aquellas otras normas que condicionan de forma más o menos directa las posibilidades laborales de quienes se hallan en expectativa de obtener un empleo. Este hecho, tan perceptible en el discurrir cotidiano de las relaciones laborales (3), viene también a indicar que el Derecho del trabajo no formaliza solamente el trabajo como fenómeno social, sino otro más amplio, que denominaré, por comodidad, empleo (4). No cabe así hablar de un derecho regulador de un tipo determinado de prestaciones personales y patrimoniales. Sin embargo, delimitar el empleo en el sentido indicado no está exento de dificultades, sobre todo si se ha de acotar como objeto de determinadas normas.

Conste, además, que, en nuestro ordenamiento jurídico, la definición del Derecho del Trabajo no presenta un interés preferentemente académico como corresponde a toda definición. Me refiero a las exigencias interpretativas de la vigente Constitución española por cuanto su art. 149,7 establece que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado y dicho así, sin más, implica un entendimiento preciso de qué es lo laboral como premisa de la titularidad correspondiente. El Tribunal constitucional ha dado ya una definición. Una definición, sin embargo, que no puede aceptar un laboralista como criterio operativo para estudiar o exponer su disciplina por cuanto lo "laboral" es, obviamente, algo más que las normas que regulan la conclusión y contenido del contrato

---

(2) Vid. M. Voisset, *Droit du Travail et crise*, Droit Social, 6, 1980, pg. 287; M. Rodríguez Piñero, *Derecho del Trabajo y concertación social como instrumento de la política de empleo*, Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo, I.E.L.S.S., Madrid, 1981, pgs. 143 y ss.

Es significativo que un acuerdo general haya recibido la denominación de "Acuerdo Nacional sobre el Empleo". Las partes de este acuerdo tenían seguramente el convencimiento de que no podía escindirse el tratamiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores empleados y la "protección social del no empleo", según la dicción de la Voisset.

(3) Característico al respecto es el tratamiento que recibe la protección del desempleo y la inserción del parado en nuestra sociedad. Los parados, a través de sus propios instrumentos de acción y formas organizativas, condicionan la actividad de las organizaciones sindicales. Se es "parado" en tanto se es trabajador en potencia y tal realidad se refleja en todo el proceso social. El actual Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical se ve en la precisión de establecer que "...los trabajadores en paro... podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares..."; afirmación pues de la "laboralidad" plena de esos intereses. Difícilmente puede prescindirse de ello al definir el Derecho del trabajo.

(4) No solamente, claro está, por esa razón, lo que implicaría arbitrariedad manifiesta. Ya de antiguo la literatura especializada viene denominando "empleo" al conjunto de acciones ejecutadas por instituciones y personas físicas que hacen posible y realizan la prestación de trabajo —en este caso tanto el realizarlo por cuenta ajena como el que se efectúa por cuenta propia—. Toda acción administrativa, sindical, personal, relacionada con la prestación de trabajo, sea o no actual, es decir, se relacione en fase preparatoria de ejecución o posterior a la prestación física, es una acción de empleo.

de trabajo (5). No cabe duda, a la vez, de la operatividad del concepto vertido por el Tribunal constitucional a sus propios fines (6). Pero ello no excusa su insuficiencia.

La definición del concepto de Derecho del trabajo exige hoy prudencia y un cierto espíritu de provisionalidad en la calificación de los resultados debido al acentuado dinamismo de lo que es objeto de definición. Y, sobre todo, rigor metodológico puesto que, como se ha puesto de relieve, la concepción de una disciplina —o de un sector del Ordenamiento jurídico— es, en buena medida, un problema de método (7). En definitiva, un concepto se deduce de una función, de una locación —en este caso en el mundo de las instituciones jurídicas— e incluso de la forma en que se aborde su explicación sistemática. Problemas, todos ellos, de método, de interpretación en los dos primeros aspectos, de enseñanza en el último.

## II. EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORANEA

El itinerario lógico y obligado en este tipo de indagaciones debe iniciarse por la consideración de los hechos o fenómenos sociales como causas que han provocado la aparición del Derecho del trabajo. No es cuestión ahora de perspectiva histórica, es decir, de origen o génesis, sino de valoración de las funciones de ordenación que el Derecho del trabajo cumple en el presente, puesto que sólo así puede aprenderse su esencia como principio de formalización y el significado de sus raíces como disciplina. Denominaré a esas causas “bases constitutivas del Derecho del trabajo”, que pueden limitarse a cuatro: la tecnología de la producción moderna, el modo económico de esa producción, la organización jurídico-política de las sociedades contemporáneas y, finalmente, aunque de forma indirecta, el conjunto de creencias y valores que la sociedad actual comparte mayoritariamente.

---

(5) A.V. Sempere Navarro, *Establecimiento y sanción de obligaciones laborales por las Comunidades Autónomas*, Revista de Política Social, 136, 1982, en esp. pgs. 44 y 45. También su estudio sobre la sentencia del Tribunal Constitucional fundamental en la materia, la 35/1982 de 14 de junio, *El Consejo de Relaciones Laborales como institución autonómica*, R.E.D.T., 12, 1982, pgs. 601 y 602.

(6) En definitiva, no cabe duda de que lo “laboral” se realiza desde acciones cuyos orígenes son distintos y que en lo jurídico suponen actividades institucionales de distintos niveles que necesariamente han de proceder de entidades no menos diversas. El “fomento de la producción” en el territorio de una Comunidad Autónoma ha de interferirse, por fuerza, con el sector laboral. Vid. E. Casas Bahamonde, *Sistema de fuentes jurídico laborales y Comunidades Autónomas*, R.E.D.T., junio, 1980, pgs. 36 y ss. El Tribunal Constitucional no puede prescindir de ese dato al definir lo laboral. El iuslaboralista ha de prescindir necesariamente del mismo.

(7) A. Brimo, *Les grandes courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, París, 1968, pg. 10.

### 1. *El Derecho del trabajo y la evolución de la técnica*

El Derecho del trabajo contemporáneo es un componente inescindible de la técnica actual de la producción social. El Profesor Alonso Olea ha insistido atinadamente en que la Revolución industrial —dicho en otros términos, la industrialización (8)— comporta la “emergencia” del Derecho del trabajo, precisamente porque la Revolución industrial impone unos cambios profundos de la técnica de la producción social. Puede decirse, con Mumford (9), que esos cambios consisten principalmente en la introducción de un nuevo tipo de maquinismo —aunque ahora esa fase de la historia de la técnica se conozca sencillamente por la “era del maquinismo”— y su más significativa derivación, los talleres o fábricas.

El maquinismo moderno supone la aplicación directa a la máquina de energías extrañas al hombre. Los efectos sociales de este fenómeno —cuya complejidad no debe quedar oculta por una descripción sencilla y operativa— consisten en que la herramienta deja de ser un útil directamente manejado por la mano del hombre y se convierte en un artefacto automático controlado y vigilado por el hombre y capaz de producir directamente. La herramienta deja de ser un medio entre el productor y su producto y se convierte en productor ella misma, en la forma de máquina-herramienta, a la que se une el obrero como añadido (10). Sucede así el efecto social más trascendente, el itinerario histórico que va del ar-

---

(8) La Revolución Industrial es un conjunto de acontecimientos que se producen en Inglaterra. Pero esa secuencia de acontecimientos se repite en sus “constantes”, aun con diferencias mayores o menores, en los países que actualmente consideramos como industrializados. De ahí que, por encima de una estricta localización histórica —la “Revolución Industrial inglesa”—, sea preferible aludir a un “proceso histórico”, la “industrialización”. La cita en M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4ª ed. revisada, E.D.E.R. S.A., Madrid, 1981, pgs. 229 y ss.

(9) L. Mumford, *Técnica y civilización*, 3ª ed. A.U. Madrid, 1979, pgs. 178 y ss.

(10) Vid. la descripción de Mumford en *Técnica y civilización*, cit., pgs. 27 y 193. Al referirme a “añadido”, intento subrayar que el productor directo es la máquina, no el hombre; que el conocimiento del producto, del bien, cede al conocimiento de la máquina y del producto de la máquina, la operación parcelizada, simple, repetitiva. Algo que A. Smith señalaba como virtud de las nuevas factorías frente al taller artesano. Cfr. *The Wealth of Nations*, Ed. Penguin Books, Lib. I, Cap. I, pg. 115. Hasta llegar al extremo de la producción plenamente mecanizada en la que se puede producir algo cuyo proceso de fabricación es absolutamente desconocido; vg. un obrero en la cadena de montaje de una fábrica de automóviles no tiene ni tan siquiera que saber qué es un automóvil. No hace falta subrayar la diferencia entre el artesano gremial o el artesano: la condición se adquiere por el conocimiento del arte, del producto en el que el arte se manifiesta; conocimiento y trabajo van unidos; de ahí que el trabajo sea una condición exterior de realización espiritual. Ese es el verdadero principio del gremio y del “compagnonage”. Perdido el gremio, las uniones de oficiales no pasan de ser servidumbres odiosas. De ahí también el ritual de los gremios que ocupaba un lugar en su existencia que la historiografía social moderna está lejos de reconocer y más lejos aún de estudiar. Cfr. Luc Benoist, *Le compagnage et les métiers*, P.U.F., 4ª ed., 1980, pgs. 60 y ss.; en general R. Guenon, *Etudes sur la Franc-Maçonnerie et le Compagnage*, Les Editions Vega, París, 1964.

tesano al obrero industrial, a saber, la escisión entre el hombre-productor, el "homo-faber" (11) y la producción social. Dicha escisión sería calificada por Marx, al observar correctamente este proceso, como la alienación fundamental del sistema productivo industrial (12).

Esta escisión no ha dejado de progresar posteriormente con las innovaciones técnicas que luego han ocurrido hasta llegar a la robotización. La introducción de la máquina herramienta impuso la concentración de la producción en nuevas unidades que combinaban las fases del proceso productivo, en especial cuando se trató de aprovechar una única fuente de energía (13). Las fábricas —antítesis del taller artesanal— aceleraron la separación entre los trabajadores y la organización del trabajo, por un lado, y la organización técnica de la producción y titularidad de los frutos del trabajo, por el otro. Si la aparición de las fábricas dió como resultado la formación de colectivos humanos de considerable magnitud en la producción —y donde hay colectivos hay Derecho—, la estructura similar de la organización del trabajo en diferentes procesos productivos (14) proporcionó una homogeneidad a esos colectivos suficiente para justificar la necesidad social de una normativa "universal" del trabajo, es decir, no vinculada con un particular arte u oficio.

Se ha repetido con cierta frecuencia que el Derecho del trabajo nació como un derecho de fábricas y lo sigue siendo en buena medida. Ahora bien, si nos atenemos a la organización económica de la producción, puede denominársele derecho de empresas (15). Ha de concluirse que, en buena parte, es así y, lo que

---

(11) El "homo-faber" auténtico es el artesano medieval no el obrero industrial moderno. Otra cosa es la centralidad del trabajo productivo en la vida de las sociedades modernas. El trabajo, como consecuencia de su división social, no es ya un medio de realización personal sino de realización económica. Otra cosa es que se valore la realización económica como plenitud de la realización personal, lo que es falso. El trabajo se exalta en la cultura liberal y en la cultural marxista... pero el hombre odia el trabajo, procura reducirlo en el tiempo e intensificar su vida en la evasión de esa exigencia económica, incluso en aquellos que forman el elemento directivo. De hecho el productor-material —y sobre esto volveré— no es más que una de las posibilidades inferiores del hombre. A lo más una condición para posibilidades más elevadas. Sobre las consecuencias de la división del trabajo en las relaciones sociales, véase O. Spengler, *El hombre y la técnica*, Austral, 1967, pgs. 59 y ss.

(12) *El Capital*. Ed. E.D.A.F., Madrid, 1967, Libro I, Sección 4ª.

(13) A. Smith observó también ese fenómeno y le atribuyó el origen de las fábricas: *Wealth of Nations*,... cit., pgs. 114 y 115. Vid. asimismo Mumford: *Técnica y civilización*,... cit., pg. 182.

(14) Esta similitud era extraña a las artes pre-industriales. De ahí el culto que se rinde al "secreto" del oficio, aunque ese secreto simbolizaba, a la vez, otros ajenos propiamente a la ejecución del arte. Cuanto más dificultades técnicas planteaba esta ejecución, mayor era la exigencia del secreto, la intimidad del oficio. El ejemplo histórico "par excellence" es la masonería operativa. Cfr. J. Palou: *La Franc-Maçonnerie*, Payot, Paris, 1964, pgs. 19 y ss.

(15) Aunque propiamente se conoce como "derecho de empresa" otra cosa. Ocurre que la organización de las decisiones sobre la producción se superpone la organización de

es más importante, será así mientras la técnica de la producción social tenga ciertas características, cualquiera que sea su régimen económico o su marco institucional. Prueba de ello es la similitud entre las instituciones jurídico-laborales de países cuyo desarrollo tecnológico es parecido y, a su vez, el fracaso de esas instituciones cuando se pretende introducirlas en medios cuyo desarrollo tecnológico es muy distinto (16).

## 2. *El Derecho del trabajo y la evolución de las relaciones sociales*

Técnica y economía están, en general, estrechamente unidas. Las innovaciones técnicas que introdujo la Revolución industrial no podían establecerse bajo el sistema corporativo de los Oficios, por lo que su establecimiento y desarrollo supusieron la liquidación progresiva de éste último. El desplazamiento, a su vez, de los gremios dió lugar a una completa transformación del aparato productivo y los mecanismos, se diría hoy, de distribución de la renta. La formación de colectivos obreros cuyas condiciones de vida y trabajo eran similares, cualquiera que fuese su oficio o el sector productivo en que empeñaban su trabajo, dió lugar a la formación de una "clase social" (17) cuyas condiciones de existencia

---

la producción misma; de forma que "empresa" y "establecimiento" son soporte indistintamente y, a veces de forma confusa, de las normas laborales.

(16) Un ejemplo significativo está constituido por las organizaciones sindicales. El respeto a la libertad de sindicación (Convenio 87 O.I.T.; Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos, económicos y sociales, de 1966) puede carecer de sentido en economías muy poco desarrolladas en las que el incremento de la eficiencia de la mano de obra imponga una disciplina incompatible con esa libertad como exigencia ineludible, precisamente, de la mejora de condiciones de vida y trabajo que todo sindicato tiende a alcanzar. Dicho de otro modo; la libertad sindical carece de sentido en toda economía en que no exista un sector que cree y acumule riqueza por procedimientos que le son propios y exclusivos. El sindicalismo libre necesita del capitalismo para ser algo con sentido.

(17) Ya es sabido que la definición de "clase social" es difícil pese a que su percepción como realidad inmediatamente sensible parece —pero solamente parece— incuestionable. De hecho el mismo Marx —que le dedicó tan sólo unas páginas en su obra cumbre, pese a hacer de las clases "sujetos" de la historia (*El Capital*, Libro III, Sección séptima, ... *cit.*, pgs. 1337 y 1228)— hallaba en la "conciencia" de una clase la esencia de su realidad histórica. Lo cual coloca a las clases sociales a medio camino de los datos determinables históricamente. Porque de ser así, difícilmente puede hablarse de "clases" en la antigüedad, sobre todo en la antigüedad romana, tantas veces aludida; o en el organicismo "medieval", por utilizar una identificación tan poco grata como científica. Lo que sí es cierto —y lo que se quiere señalar en el texto con denominación de contenido poco claro— es que la burguesía mercantil es la primera agrupación social que se distingue como clase. Es decir, que pretende imponer un criterio universal de gobierno en la Comunidad acorde con el objeto de su actividad aun cuando tal actividad y tales intereses no fuesen sino los de un sector de la sociedad. Esa obra universal de destrucción de las diferencias —convertidas en "privilegios"— es lo que Marx admiraba en la burguesía y lo que considera *absolutamente* perfectible sólo por el proletariado. Por cierto, las páginas citadas de Marx fueron publicadas después de su muerte.

exigían determinativamente y con mayor o menor consciencia cambios profundos de toda la sociedad.

La distribución de la riqueza dejó de ser un dato deducido inexorablemente de la estructura social —entre otros motivos, porque la riqueza cumplía una función en aquella sociedad orgánica— para convertirse en objeto de negociación y, consecuentemente, de conflicto, puesto que la riqueza no tuvo otra “función” que la de su disfrute de acuerdo con las conveniencias de la propiedad individual (18). La determinación del nivel y cuantía de las rentas salariales (“asalariados” se denomina todavía a los trabajadores por cuenta ajena en algunos derechos occidentales y normas internacionales), la jornada de trabajo (19) y demás condiciones económicas que componen el tratamiento del trabajo humano entran a formar parte de ese objeto de negociación que exige una ordenación jurídica colectiva debida a su importancia social, autónoma o heterónoma que eso no son sino modalidades de un mismo fenómeno histórico, como pusieron de relieve los WEBB hace ya bastantes años.

Se insiste en que el Derecho del trabajo sería inconcebible sin la formación de la clase obrera. Así es, aunque la naturaleza de esa relación y la función que el Derecho del trabajo cumple en el desarrollo del Movimiento obrero es una cuestión que suscita interpretaciones y respuestas harto diferentes. Hay un hecho económico que, de todas formas, se presta poco a las divergencias. La economía industrializada exige mecanismos apropiados a sus características para distribuir la renta generada por el aparato productivo. Los intereses de colectividades agrupadas en torno a los mismos se reflejan con mayor o menor intensidad en esos mecanismos que son otras tantas instituciones en la vida jurídico-política de una sociedad. Entre esas colectividades se halla, claro está, la clase trabaja-

---

(18) Ciertamente es que con el absentismo se abrió paso la desidia en la explotación de la riqueza agraria vinculada. Pero sería ociosa la cita de cuantos han observado ya que el proceso de desamortización de los bienes comunales o eclesiásticos fué un factor decisivo en la situación de miseria que se crea para multitud de campesinos durante el siglo XIX y que tan trágicas consecuencias iba a tener en nuestra historia. El mismo proceso, por otros instrumentos —por ejemplo, las “enclosures” en Inglaterra—, iba a producirse por doquier. Nuestro país tuvo la mala fortuna de no industrializarse al tiempo que se privaba del único medio de subsistencia a numerosos campesinos —convertidos así en “obreros” del campo— y de no disponer de un arsenal represivo —las leyes de pobres— como y a semejanza del último de los países citados. Aquellos bienes eran de “manos muertas” sólo para esa burguesía que encubrió uno de los despojos más colosales que conoce la Historia.

(19) La jornada de trabajo es un ejemplo singular. Las luchas por la disminución de la jornada adquirieron una importancia creciente en los procesos de industrialización por la razón que se ha apuntado. La distribución de la jornada fue un dato “indiferente” a los procesos productivos hasta la introducción de las máquinas. Venía establecido por exigencias de orden superior a las que se adaptaba ese proceso productivo y las necesidades consiguientes. En la medida en que es la producción social la que determina las exigencias de jornada se hace imposible fijar cual es la que conviene al hombre. De ahí que en el fondo carezcan de sentido tanto las disminuciones drásticas, que suelen reducir la producción en vez de redistribuir el trabajo, como los incrementos exagerados. No hay, en realidad, “jornada a nivel humano” si nos atenemos a las reglas del juego.

dora y sus organizaciones. Se concluye, así, que el Derecho del trabajo forma parte necesariamente del conjunto de instituciones de una sociedad industrializada en cuanto contribuye a la ordenación de la distribución de la riqueza de acuerdo con las condiciones que impone la estructura económica de esa sociedad.

El hecho salarial es así un factor trascendente en la formación del Derecho del trabajo y ese hecho es consecuencia de las condiciones de ajenidad en que se presta el trabajo. Sin ese factor y sus derivaciones, el Derecho del trabajo carecería realmente de objeto. Los primeros desarrollos de la legislación laboral fueron considerados universalmente como una conquista de una clase social emergente, la clase o clases obreras. Conviene no olvidar, sin embargo, que tales conquistas no eran consideradas por algunos sino como logros parciales de un objetivo mucho más ambicioso (20). Vivimos hoy, por lo menos en los países industrializados, en una sociedad que no ha conocido la realización de ese objetivo, cuya concreción, por otro lado, es problemática, pero en la que se ha alcanzado un nivel de bienestar material y garantías en la protección del trabajo y los trabajadores que era impensable en el período de industrialización temprana.

Desde luego no sólo el Derecho del trabajo ha contribuido a que se alcancen tales niveles y garantías. Quienes han visto frustrarse objetivos más universales que la mejora gradual de las condiciones de vida y de trabajo se aproximan ahora de forma mucho más crítica a lo que antes se consideraron conquistas sociales. Sin que el logro de una reivindicación desnaturalice este carácter, puede también ser un medio para conseguir que los trabajadores acepten y sostengan un sistema cuya esencia —cuyo principio— es la marginación y la degradación del trabajo humano a la condición de mercancía. El Derecho del trabajo es, desde tal consideración, un derecho “bifronte” por utilizar la expresión de Lyon-Caen (21). Si ciertamente es un medio para mejorar las condiciones existenciales de las clases trabajadoras, es también un instrumento para “integrar” a esas clases en el sistema y adaptar eventualmente el sistema a las contingencias provocadas por el descontento o la presión obrera. Claro está, tal consideración sólo es posible si se parte de otra premisa, a saber, que, por la naturaleza de las cosas, los

---

(20) La formación del moderno movimiento obrero se hizo, indudablemente, bajo la advocación de la “revolución social” en todos los órdenes. Este es el contenido “mítico” del socialismo decimonónico. Que luego la mayor parte de los movimientos socialistas hayan limitado sus objetivos a la “reforma social” —es decir, a cambios limitados en la organización de la sociedad— es otra cosa. Tampoco puede interpretarse que en realidad esto es lo permanente de los movimientos socialistas por cuanto es lo inmediatamente posible. El reformismo es una obra de adecuación histórica y, en cierto sentido, un fracaso de lo revolucionario. El problema está en interpretar el significado de este fracaso.

(21) Vid. G.H. Camerlynck-G. Lyon Caen, *Droit du Travail*, 10 ed., 1980, pgs. 18 y 19; Id., *Manuel du Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, L.G.D.J., 1955, pg. 7; J.C. Javillier, *Droit du Travail*, 2ª ed., 1981, pgs. 122 y 123. Muy especialmente A. Jeammaud, *Proposition pour une compréhension matérialiste du Droit du Travail*, *Droit Social*, 1978, pgs. 337 y 338; A. Roudil, *A propos des réformes: le Droit du Travail, pour quoi faire?*, *Droit Social*, 9-10, 1982, pgs. 616 y ss.

trabajadores forman una colectividad excluida y hostil al sistema económico, cualquiera que sea la conciencia o grado de conocimiento que tengan de esa marginación y esa hostilidad (22).

Caracterizar el Derecho del trabajo como un Derecho por y para los trabajadores es opinión cuanto menos discutida. Este criterio no puede ignorarse en una indagación sistemática del concepto de la disciplina. Constituye el fundamento de una metodología en su aplicación e interpretación, el uso alternativo del Derecho, que conoció en años recientes un auge importante aunque quizás ahora esté en declive (23). Lo que queda, después de eliminar añadidos artificiosos, es que se trata de una normativa jurídica cuyo nacimiento y posterior desarrollo tiene pleno sentido en un modo de producción en el que una parte sustancial de la sociedad vive principalmente del salario que le procura la enajenación de su trabajo, sus energías, habilidades o conocimientos. Es, por decirlo así, un fenómeno organizativo necesario en las economías industrializadas. El Derecho del trabajo, tal como hoy lo conocemos, cambiaría profundamente si la enajenación del trabajo dejase de ser un medio generalizado de procurarse la existencia. Hoy esto, como cuando Aristóteles hizo por primera vez la observación respecto a relaciones jurídicas obviamente distintas (24), sigue siendo un futurible, ya que esa enajenación es la habitual, sea a las organizaciones —entre ellas el Estado— sea a otras personas.

### 3. *El Derecho del trabajo y las mutaciones jurídico-políticas*

El Derecho del trabajo es, se acaba de señalar, un fenómeno organizativo cuyo origen y desarrollo inmediato al mismo fué consecuencia del cambio político y jurídico provocado por la irrupción y asentamiento del liberalismo. El moderno Derecho del trabajo no tenía cabida en los principios en que se asentaba

(22) Obsérvese que la demostración de esa premisa en términos "científicos", tal como se entiende hoy en las ciencias experimentales y pretende apropiarse la sociología positiva es, sencillamente, imposible. Si por ideología se entiende una visión proyectiva de la sociedad, no hay premisa más ideológica y menos teórica, si entendemos por teoría una explicación.

(23) El "uso alternativo" —no se sabe bien si teoría, práctica, instrumentación, manipulación, magia o estupidez— apareció en Italia como corriente interpretativa, aunque muy conectada con corrientes germánicas enfrentadas o marginadas por el grueso del pensamiento jurídico germano de la postguerra. Su actualidad decreció notablemente al percibirse que reproducía una vieja práctica aunque los términos eran novedosos, la de usar —sin más— del Derecho como puente de intereses paralelos o contradictorios. Una defensa eminente del procedimiento, entre nosotros, en J. Cabrera Bazán, *Método jurídico y función del jurista*, en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla A.U.H., 1978, pgs. 54 y ss.

(24) Me refiero, claro está, a la esclavitud como régimen generalizado de sujeción personal. Sin embargo, el hecho mismo de que esa procura pase por una enajenación de la persona es lo que no ha cambiado. Y es donde el Estagirita vé la peculiaridad del trabajo subordinado, dependiente, en el que nota como sustancia la instrumentación. El esclavo es un instrumento porque ejecuta y en la medida que ejecuta. Los demás accidentes que dan forma a esa relación son secundarios: *Política*, II, Edic. Austral, pgs. 29 y ss.

la sociedad corporativista y organicista cuya plenitud se sitúa en la impropia-mente denominada Edad Media (25), por más que se haya considerado este organicismo como paradigma de paz social en tiempos más actuales (26). El liberalismo impuso la "autonomía de la voluntad" como principio de organización social por excelencia y, consecuentemente, el contrato se convirtió en medio fundamental de relación social. El trabajo humano dejó de constituir una función social valorada según situaciones y actividades (27) y pasó a ser un objeto, una mercancía y, como tal, un bien económico susceptible de contratación casi sin distinción alguna, mientras se tratase de labores más o menos mecánicas. Se ha negado que ésto fuese así en todos los ordenamientos (28). Sin embargo, la evolución del derecho positivo en los países que se consideran hoy industrializados deja poco lugar a la duda.

El Derecho del trabajo ha sido, en buena parte una reacción contra esa patrimonialización contractualista del trabajo, pero también una acomodación del mismo, como fenómeno social, a ese nuevo régimen contractual. Se debe a lo

---

(25) Lo impropio de la calificación se muestra en lo que se refiere a estas relaciones, puesto que el régimen social considerado como típico del período se prolonga durante la llamada edad moderna y eso sin mencionar los cambios que en ese régimen se producen durante más de mil años. Como pone de relieve Spengler, el mismo calificativo no puede ocultar la intención peyorativa, como si se tratase de un puente entre etapas luminosas. Así ha pasado efectivamente, a la mentalidad popular. Lo "medieval" es señal de oscuridad, terror, brutalidad... como si la sacralización de la vida mereciese esas calificaciones. Claro está que desde una óptica materialista no podía esperarse otra cosa. Sobre el origen del término véase *La decadencia de Occidente*, Trad. de García Morente, Madrid, 12 ed., Tomo I, pgs. 41 y ss.

(26) La referencia a la reinterpretación de los gremios es aquí obligada. En tal apreciación han coincidido diversas corrientes del pensamiento y no sólo de la derecha. Esta interpretación es desafortunada porque la realidad gremial partía de supuestos totalmente ignorados en esas corrientes y donde no —caso del espiritualismo Evoliano— no parecen entender las exigencias técnicas de la industrialización moderna en relación al aparato productivo regido por las corporaciones gremiales. Otra cosa es que la desorganización social del régimen industrial haya de repudiarse como un aspecto degenerativo más del mundo moderno. Sobre la apreciación de Evola, vid. *Le fascisme vu de Droite. Notes sur le III Reich*, París, 1981, pgs. 72 y ss.

(27) El trabajo es, obviamente, función social en la medida en que se "funde" en un determinado proceso productivo; porque en tal caso el conocimiento se sobrepone y rige la actividad mecánica. Esto explica el especial orgullo gremial en relación a actividades que hoy nos parecerían bien humildes. La valoración del trabajo se encuentra así relacionada íntimamente con la posición y poder del gremio. La idea de "mercado de trabajo" es absolutamente extraña a ese mundo, como va a ser característica del mundo industrializado. Tan característica que acabará por imponerse a quienes más duramente justifican la degradación del trabajo en las sociedades contemporáneas. Sobre lo que se ha dicho en relación con los gremios, vid. L. Benoist, *Le compagnonage et les métiers*, pgs. 49 y ss.

(28) Así la posición mantenida por O. Gierke respecto al origen del contrato de trabajo en el derecho germánico. Sin embargo, el autor alemán prescinde de la inserción histórica del trabajo manual y aplica a todo el trabajo de este carácter un régimen aplicable a los servicios personales en el régimen señorial. Vid. *Las raíces del contrato de servicios*, Trad. y comentario crítico de G. Barreiro, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pgs. 15 y ss.

primero la actitud intervencionista del Estado en las relaciones de trabajo ante el decaimiento del principio de igualdad de las partes —la “*pars conditio contrahendum*”— en el contrato de trabajo. Intervencionismo que es un rasgo característico del moderno Derecho del trabajo. A su vez, la negociación colectiva nació y se desarrolló como un medio para equilibrar el poder económico-contractual (poder de negociación o “*bargaining power*”) del empresario (29).

Esta comprobación nos lleva a la segunda. Ni la sociedad industrial contemporánea puede prescindir del contrato como medio básico de relación social —cualesquiera que sean sus transformaciones—, ni ese medio o instrumento social es el más idóneo para el tratamiento jurídico del trabajo humano. El Derecho del trabajo ha efectuado una importantísima tarea de acomodación social, imperfecta, eso es obvio, pero decisiva. Esa acomodación se manifiesta en varios sentidos, principalmente en la adaptación de la disciplina de las obligaciones contractuales a la realidad del trabajo industrial; en la formación de principios y técnicas de excepción como el derecho de huelga; en la constitución de instrumentos que introducen en la organización de las relaciones contractuales la colectivización inherente a la prestación en masa del trabajo tales como la negociación colectiva o los medios de solución de los conflictos colectivos; y lo mismo puede decirse de la celeridad que predomina en la vida industrial como se patetiza en el proceso de trabajo.

Todo el Derecho del trabajo está impregnado, por decirlo así, de los rasgos característicos de la organización liberal del Estado y de la sociedad aunque sea como medio corrector, eventualmente, de sus más escandalosas iniquidades. Es seguro, por lo que en seguida se referirá, que mientras se dé un determinado tipo de trabajo, de prestaciones humanas en cuanto a su relación con el medio y a su consiguiente régimen jurídico, habrá Derecho del trabajo, cualesquiera que sean las transformaciones jurídicas que aguarden al Estado. Pero, razonablemente, habrá de convenirse que para bien o para mal no será el mismo Derecho del trabajo (30). El Derecho del trabajo, como se perfila hoy en los principales países

---

(29) En esta premisa descansa toda la teoría de la negociación colectiva aunque luego se hayan añadido otros elementos tales como el concepto de “gobierno industrial” (Flanders y sus seguidores), que vienen, realmente, a completar esa función económica. Su formulación se debe a los Webb que determinaron en ella la esencia del sindicalismo.

(30) Derecho del trabajo, como derecho regulador del trabajo humano de carácter mecánico o manual, ha habido siempre bajo diferentes formas de regulación: costumbre de la tierra, cartas municipales u otras, por citar ejemplos en los que puede constatar esa presencia. Derecho del trabajo, como conjunto de instituciones surgidas de la prestación del trabajo en determinadas condiciones jurídicas, es decir, el fenómeno que estamos examinando, es cosa que se forma a partir del siglo XIX para alcanzar ahora una plenitud relativa. Considerar, sin embargo, que eso, y sólo eso, es el Derecho del trabajo posible es cosa muy propia de la mentalidad racionalista y también un ejemplo de fetichismo jurídico. Los sindicatos libres, por ejemplo, forman parte de la esencia de ese Derecho. Pero, no es ésta razón suficiente para mantener ese régimen sindical. Las asociaciones sindicales pueden llegar a ser instrumentos completamente inadecuados a las exigencias sociales del futuro. En tal caso, habrá que transformar el sindicalismo y no mantener regimenes peri-

industrializados, está estrechamente vinculado a una forma política de Estado, el Estado liberal-democrático (31). La interpretación "dinámica" y sistemática de la Constitución española vigente es un ejemplo, en especial si se efectúa un contraste con las Leyes Fundamentales que vino a derogar, al menos semánticamente.

#### 4. *El Derecho del trabajo y la "Cultura industrial"*

Recientemente se ha puesto en circulación una expresión, "cultura industrial", en la que se quiere definir un modo de vida caracterizado por ciertas formas de conducta y hábitos arraigados en los países industrializados (32). El Derecho del trabajo ha contribuido grandemente a forjar esa cultura, pero, a su vez, es en mayor medida producto de la misma. Un hecho social recibe normación jurídica cuando adquiere determinada relevancia en la colectividad. De otra forma, queda en los márgenes de la conciencia jurídica colectiva, es decir, como un hecho cuya normación le es indiferente a esa colectividad. Los hombres han trabajado (33) desde siempre, pero el trabajo no ha recibido una valoración so-

---

clitados por el sólo hecho de integrar el Derecho del trabajo en la forma en que se ha producido, ciertamente, con mayor plenitud. Quizás nos acerquemos ahora, aceleradamente, a ese momento.

(31) La denominación corresponde, en este caso, a la esencia, no a su autorrepresentación. Esencia en el devenir de las formas de convivencia humana. Que un Estado — como el español — se denomine "Social y Democrático de Derecho" (art. 1, C.E.) no cambia la realidad de una forma jurídica cuyo principio estructurador es la defensa de las libertades del individuo tal como las define el Estado y sus limitaciones como exigencia del orden democrático de vida en común. Bien distinto será por su principio el Estado socialista, el Estado nacional, el Estado racial o el Estado corporativo.

(32) La expresión tiene origen italiano, como no, y viene a acotar un posible terreno de actuación de los sindicatos ante las limitaciones que la recesión económica ha impuesto en la amplitud de lo que ha sido siempre el aspecto más importante de la negociación colectiva, los salarios. Vid. G. Giugni, *Il Diritto del Lavoro negli anni 80*, en *Giornale del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 15, 1982, pgs. 408 y 409.

(33) Conviene precisar que la palabra "trabajo" carece de sentido para indicar una actividad *concreta* hasta el advenimiento del maquinismo industrial. A lo sumo indica, sencillamente, actividad manual, mecánica, que exige un esfuerzo físico — de ahí su origen latino "tripaliare", triturar — y simple, es decir, no exige aplicación de inteligencia o conocimiento adquirido. En lo demás actúa como una mera "adjetivación" — el acto en sí — de la actividad concreta de la persona: carpintero, orfebre, zapatero, tintorero, etc. Por eso "trabajador" es sinónimo de oficio bajo, prácticamente de actividad sin "oficio" como habilidad o conocimiento. Es significativo que la industrialización extienda el calificativo a todos los oficios, a medida que el conocimiento se transfiere a la máquina o al proceso de producción en su conjunto por lo que, efectivamente, lo que queda a disposición es energía, "fuerza de trabajo", concurrente a la "fuerza de la máquina". Este dato se ignora muchas veces al reflexionar sobre el trabajo; pero sería inútil pedirles a nuestros antepasados un concepto de "trabajador" tal como se nos presenta hoy a nuestra consideración. Nos hallamos, sencillamente, ante una abstracción que sólo el mundo moderno ha hecho posible.

cial relevante hasta el advenimiento de la Sociedad industrial. Valoración que no ha hecho sino intensificarse con la dignificación —incluso hasta la mitificación— de la condición obrera (34).

Esta valoración plantea interpretaciones muy divergentes y afecta claramente al destino de nuestra sociedad, dominado por la confusión entre lo principal y lo imprescindible (35). El trabajo es, además de una actividad, un “valor” (36) axial en nuestras sociedades que informa casi todas sus manifestaciones, por lo menos hasta la aparición de esos fenómenos que se denominan comúnmente “contracultural” (37). Ahí está la raíz de esa fuerza expansiva de principios y técnicas

---

(34) Párese, sino, en las manifestaciones artísticas del “realismo socialista” que están hoy plenamente vigentes en la U.R.S.S., hasta en sus rasgos más zafios, especialmente en la cinematografía. El mismo fenómeno puede detectarse en el arte “oficial” del nacional-socialismo, aunque aquí se prestó atención al campesino por su mayor enraizamiento en la tierra y al medio social (W. Darre); también a la cultura de lo físico. Evola —y no sólo él— señala el característico tuteo del fascismo italiano —y en general de los movimientos similares— como manifestación de esa hiperelevación o mitificación del trabajo y “el trabajador” en la cultura industrial moderna. No ha de dejar de observarse como los movimientos populistas han extraído el trabajo mecánico de la función subordinada a que estaba relegado en las sociedades tradicionales jerarquizadas. La esencia del populismo es el resultado de lo que se ha venido a denominar “rebelión del cuarto estado”, sea en el socialismo marxista, sea en el socialismo nacional. Lo que ocurre es que las democracias industriales han sido invidias progresivamente de ese mismo espíritu, ajeno formalmente al liberalismo pero plenamente contenido en su noción. La mitificación del trabajo resulta ser así uno de los rasgos característicos del mundo moderno. Vid. R. Guenon, *La crise du monde moderne*, Gallimard, París, 1946, pgs. 32 y ss. y 110 y ss.

(35) “En tal equívoco —concluye Ortega, autor de la cita— nutren sus raíces todas las subversiones”. Y, añade en nota, “El ejemplo más grueso de este equívoco ha sido la exaltación política del trabajo manual, simplemente porque es imprescindible...”, *La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología*, en G.W.F. Hegel, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Revista de Occidente, Madrid, 1974, pg. 25.

(36) Término muy en consonancia con el materialismo conceptual que esa axialidad implica. La aparición de la “filosofía de los valores” y sobre todo —porque la “escuela” se fijó en una obra tan inacabada como la de Husserl— la difusión del concepto valor indica bien a las claras cuáles son las voliciones o pulsaciones fundamentales del mundo moderno. Reproduzco unas palabras de Guenon: “... La misma estimación por la abundancia material ha sucedido también con la palabra “valor” y, conviene señalarlo, en eso se funda el abuso curioso que hacen del mismo algunos filósofos recientes que han llegado a inventar, para caracterizar sus teorías, la expresión de “filosofía de valores”; en el fondo de su pensamiento está la idea de que toda cosa, cualquiera que sea el orden con el que se relacione es susceptible de concebirse cuantitativamente y expresarse numéricamente; y el “moralismo” que es por otra parte su preocupación dominante, se encuentra por ello mismo asociado directamente al punto de vista cuantitativo. Estos ejemplos muestran también que hay una verdadera degeneración del lenguaje que acompaña inevitablemente a la de todas las cosas; en efecto, en un mundo en el que hay un esfuerzo para reducir todo a la cantidad, es preciso servirse de un lenguaje que no evoque sino ideas cuantitativas...”, *Le regne de la quantité et les signes des temps*, Ed. Gallimard, París, 1945, pgs. 152-153. (La traducción es mía).

(37) Si bien se mira los “contraculturales” cuestionan las raíces éticas del capitalismo industrial, pero también de la “cultura proletaria”. Se podrá estar de acuerdo en mayor

forjados en el Derecho del trabajo "tradicional" (38). Nuestra sociedad está poseída por fenómenos tales como la sindicalización —más que sindicación— de intereses (39). Se extiende el concepto de huelga a acciones de la ciudadanía que nada tienen que ver con la prestación de trabajo por cuenta ajena ni en las acciones ni en los sectores de la ciudadanía afectados (40).

---

o menor grado con la conocida tesis de Max Weber pero es incuestionable que el crecimiento de nuestra sociedad se ha acompañado de una serie de virtudes o defectos, según como se mire; vg. la laboriosidad, el culto del éxito, la fe en la competitividad, el rechazo de la extravagancia y la aceptación de la uniformidad, entre otras. Lo que es curioso es que esta misma sociedad mime ahora corrientes y modas que afean y ridiculizan todas estas virtudes sin tener consciencia —afortunadamente— que las virtudes alternativas han de destruir necesariamente el tipo de sociedad que ahora conocemos. Claro está que la sociedad confía no menos ciegamente en la "absorción" de la contestación cuando en realidad esta contestación no ha hecho sino ganar terreno. El malestar social que afecta hoy a Occidente —por encima de ocasionales conflictos laborales— es producto de otro conflicto subyacente: el que corre entre ese inconformismo que se forja y socializa en sus primeras manifestaciones en la postguerra y las normas imperativas de la vida industrial. La socialización del inconformismo es la causa de la autoflagelación del capitalismo; pero esa especie de cinismo no puede perpetuarse por mucho tiempo, como advirtió agudamente Schumpeter. No va a ser el socialismo, sin embargo, el sustituto porque el socialismo, en cuanto a sus raíces éticas y virtudes consecuentes, no es más que capitalismo bien entendido. El abandono progresivo de la laboriosidad y la moral del éxito supone la liquidación de la civilización industrial tal como se ha forjado. A señalar un fenómeno no menos significativo: la vinculación entre "contracultura" y movimientos contrademocráticos. Véase, por ejemplo, el libro de E. Cadena, *Los marginales*, Ed. Acervo, Barcelona, 1978.

(38) Fenómeno especialmente señalado por J. Rivero y J. Savatier, *Droit du Travail*, 8ª ed., París, 1981, pgs. 29-30. El entrecomillado responde a una prevención en el uso de un término como "tradicional" o "tradición". En un mundo dominado por la pasión del cambio, más que por la objetividad del cambio, se aplica una palabra que tiene un significado preciso, a cualquier referencia cuya antigüedad no llega tan siquiera, en ocasiones, a la docena de años... Por ejemplo una sociedad tradicional, si se aplica rigurosamente el término, no puede forjar un Derecho del trabajo tal como lo conocemos (sí, evidentemente, la regulación del trabajo que en dicha sociedad se realice). La expresión usada en el texto es, pues, meramente convencional.

(39) La sindicación de intereses es una manifestación jurídica ya antigua y que precedió al sindicato, ya que esta denominación de las asociaciones de trabajadores se deriva de aquélla. La sindicalización —la formación de grupos para presionar por intereses de sector, privativos, parciales— es un fenómeno moderno que además está en alza habida cuenta la "flojedad" de una sociedad inorgánica y carente de jerarquización ante cualquier presión sectorial organizada —lo que se llama ahora *fraudulentamente* "corporativismo". El efecto ha sido denunciado por los neoliberales (Friedman, Lepage), cuya "receta", como es sabido, es el retorno al imperio de las leyes del mercado, lo que es contradicción insalvable pues en ese mismo "imperio" se halla la raíz de la "flojedad". La destrucción de la estructura orgánica de las sociedades tradicionales tenía que acabar necesariamente en un enfrentamiento entre intereses sectoriales, grupusculares, que no menos necesariamente han acabado por organizarse. Esta es una de las características de la crisis del mundo moderno.

(40) Ocurre, sin embargo, que la semántica acaba por justificar el contrabando ideológico. Así, durante los últimos años, se ha podido oír cosas como que la *huelga* de inver-

Tal extensión plantea asimismo dificultades para definir los límites del Derecho del trabajo moderno, ya que hay situaciones y fenómenos en los que la aplicación de aquellas técnicas es algo claramente inadecuado como cuando se habla de la huelga de impuesto o la huelga de inversiones. Sin embargo, es más difícil mantener este criterio en otras situaciones. No puede afirmarse hoy, por ejemplo, que el derecho sindical se mueva estrictamente en los marcos de lo que se ha considerado habitualmente como Derecho del trabajo (41).

Técnica, economía, política, cultura, en suma, de las sociedades industrializadas configuran la formación del Derecho del trabajo y dan contenido, al tiempo que dinamizan, a sus instituciones. A través de esa formación dinámica, ha de buscarse ese núcleo de conexión o núcleo de imputación, por usar de expresiones acuñadas en la doctrina iuslaboralista española, que sirve de referencia central a estas instituciones. Ese núcleo se obtiene casi intuitivamente ya que todas las instituciones jurídico-laborales, cualquiera que fuese su impacto social posterior, tienen como primer y principal cometido o función la de regular un determinado tipo de trabajo o la de establecer medios y procedimientos para la regulación de ese tipo de trabajo. Así, por ejemplo, el sindicato podrá llegar a ser un sujeto político de primer orden, pero su función principal y trascendente—su condición de posibilidad existencial— es negociar las condiciones de trabajo y sin esa función no existiría, y si existe no puede denominarse apropiadamente “sindicato”.

### III. EL OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Objeto del Derecho del trabajo es, pues, la regulación de un determinado tipo de trabajo. Objeto que significa, aunque no implica necesariamente, una definición puesto que una definición funcional sería necesariamente una definición incompleta (42) y porque esta disciplina no se proyecta solamente sobre este

siones era la respuesta a las huelgas obreras. Como si ambos hechos tuvieran la más mínima relación de significado. Este es otro de los ecos remotos del antiguo corporativismo, muy a pesar de quienes usan de semejante argumentación. Porque, en definitiva, viene a fundamentarse en que hay una determinada “clase”, el empresariado, cuya “función” es invertir. Ello es negado rotundamente por la misma naturaleza del capitalismo y debería captarse en la lógica socialista. Si verdaderamente existiese esa “clase” y su función, el socialismo sería un concepto abortivo.

(41) Me refiero, a la extensión del derecho de sindicación y la actividad sindical subsiguiente en la función pública. A su vez, la participación de los sindicatos en organismos y actividades públicas—vg. administración de la Seguridad Social, servicios de empleo, y no digamos otros, como los Consejos Sociales previstos en la reciente Ley de Reforma Universitaria o los organismos rectores de otras entidades— desborda lo que viene entendiéndose como materia propia del Derecho del trabajo.

(42) La función del Derecho del trabajo es, claramente, dotar de contenido al contrato de trabajo, a un singular contrato de trabajo. Claro que la definición debe concretar los distintos elementos que realizan esta función. Por eso, como se advertirá más tarde, decir que el Derecho del trabajo es el derecho regulador del contrato de trabajo es plantear una certeza que no ofrece sino un entendimiento incompleto de lo que se define.

tipo de trabajo aunque sí de forma principal.

Este tipo de trabajo es el trabajo libre, remunerado, por cuenta ajena y bajo dependencia o, como dice ahora el Estatuto de los trabajadores, "dentro del ámbito de dirección y organización" de otra persona (art. 1,1). Las dos primeras notas son inherentes a la libertad de la persona que actúa no sólo como presupuesto del Derecho del trabajo sino también de los fundamentos jurídico-políticos de la sociedad contemporánea. Interesa señalar, sin embargo, que, aunque sin trabajo libre como tipo social medio de prestaciones personales no existe Derecho del trabajo, no deja por ello de existir reglamentación del trabajo. La historia ha conocido situaciones generalizadas de servidumbre del trabajo manual o mecánico, incluso "intelectual", sin que estas situaciones carecieran de regulación colectiva de las condiciones propiamente laborales de la prestación (43). De efecto tan natural se prescinde en ocasiones al analizar la naturaleza de la reglamentación moderna del trabajo (44). Esta reglamentación se aplica a situaciones jurídicas libremente constituidas, pero en su raíz es un fenómeno regulatorio de carácter social, público o político, como se prefiera, puesto que es una exigencia de la masificación de la prestación que constituye su objeto. Por eso es erróneo adoptar como punto de partida la consideración de que la reglamentación del trabajo es una derivación de la heteronomía estatal o de la autonomía sindical debida a la masificación de los contratos de trabajo. Como si esta última fuese el fundamento de la acción colectiva.

Hecha esta salvedad, sin libertad y obviamente sin remuneración (45) no hay Derecho del trabajo socialmente considerado. Libremente se contrata la presta-

---

(43) Por ejemplo, el trabajo en las minas en la antigüedad o las costumbres en el trabajo agrícola, según noticia que se tiene, por ejemplo, entre los romanos: Vid. J. Regla y L. Sanz, *El trabajo en la España antigua*, en L.H. Parías, *Historia general del Trabajo*, Barcelona, 1965, pgs. 456-457; M. Rostovtzev, *Historia social y económica del mundo helenístico*, Madrid, 1967, I, pgs. 279 y ss; respecto a Roma, F. de Robertis, *I rapporti di lavoro nel Diritto Romano*, Milano, 1946, pgs. 265 y ss. Lo mismo puede decirse de la Edad Media. Basta hacer referencia a la extensa reglamentación municipal del trabajo no gremial, analizado entre nosotros por R. Gibert, *El contrato de servicios en el derecho medieval español*, Revista de Política Social, 101, 1973, pgs. 3 y ss.

(44) Un problema típicamente de método, puesto que partiendo de la destrucción de la reglamentación gremial y del principio de la autonomía de la voluntad, la nueva reglamentación tenía que sistematizarse como un contenido "heterónomo" del contrato y así ha seguido con importantes consecuencias en cuanto a la elaboración e interpretación del Derecho del trabajo. Lo cierto es que las peculiares características del contrato se explican en función del rol que cumple la reglamentación del trabajo que modaliza dicho contrato y no viceversa. Así la aplicación de categorías dogmáticas del derecho de obligaciones al contrato de trabajo queda fuertemente condicionada. La jurisprudencia —y buena parte de la doctrina— ha reflejado este hecho en la adopción de decisiones, posturas e interpretaciones a veces harto contradictorias.

(45) Esta es la raíz misma de la "locación" o arrendamiento del trabajo. Hoy no cabe la menor duda, universalmente, de que el fundamento del contrato de trabajo está en las respectivas obligaciones de trabajar y pagar el trabajo prestado. No obstante, y en razón de esa consideración social del trabajo asalariado de que se ha hecho mención, ha existido

ción cualesquiera que sean las necesidades vitales que obliguen a ello; libremente se constituye la asociación sindical, o libremente se acude a los tribunales de la justicia laboral. De ahí que, cuando falte no ya la libertad como régimen de determinación de la voluntad de las personas sino algunas libertades como determinaciones libres respecto a ciertos objetos jurídicos, el Derecho del trabajo presente perfiles borrosos respecto a otras ramas del Derecho como, por ejemplo, el Derecho administrativo lo que, dicho sea de paso, no supone enjuiciamiento alguno respecto a la consistencia de la política jurídica que se produce en tales situaciones (46).

Ajenidad y dependencia son así las notas caracterizadoras del trabajo de que aquí se trata respecto a otras actividades humanas que pueden ser asimismo objeto de regulación. La más característica es la ajenidad porque es propiamente una condición necesaria para que se dé ese tipo de trabajo, aunque no sea suficiente para delimitar el contenido de aquel objeto. Llegamos así a una discusión ya clásica en la doctrina iuslaboralista, la definición de la ajenidad como nota caracterizadora, tema principal desde siempre aunque la polémica mantenida al respecto haya amainado considerablemente, probablemente por las perplejidades que apuntaba al principio de este trabajo y que hace especialmente buena en la ocasión la apreciación de Moliere acerca de la prosa y el saberse o no en uso de ella.

La ajenidad se presenta ante todo con una significación fáctica que condiciona su definición jurídica. Viene a mostrar un efecto característico del trabajo dependiente, a saber, la situación enajenante en que se coloca el trabajador que presta sus servicios a otra persona. El término alienación (47) define bien la si-

---

la posibilidad de concluir contratos de servicios gratuitos, por lo menos en ciertos ordenamientos. Así el inglés en los denominados "gratuitous contracts of employment under the seal". Vid. C.D. Drake, *Labour Law*, Third Edition, London, 1981, pg. 92.

(46) La "administración" del Derecho del trabajo no supone *per se* ninguna degradación cualitativa de la política laboral, como parece entenderse implícitamente por muchos laborlistas. El gran reproche que se había dirigido a esa "administrativización", desde una perspectiva liberal o socialdemócrata, era que "enrarecía" el mercado de trabajo y los procesos de ajuste en el mismo, al tiempo que limitaba la "transparencia" salarial. Los últimos años han demostrado, como *hechos*, que la actuación política laboral basada en el voluntarismo de las que habitualmente se denominan "partes implicadas" no pasa de ser un desideratum —en todo caso es más difícil hablar *realmente* de política— y que la transparencia pretendida no pasa de ser una pretensión o incluso —en el caso de España— puede haber sufrido una regresión respecto a la etapa anterior, plenamente administrativizada. Por lo demás, es evidente que por doquier, de forma más o menos explícita, se avanza en ese proceso de administrativización. *¿Cómo puede la acción administrativa ser indiferente a un fenómeno social como el trabajo?* Repárese, por ejemplo, en nuestro Estatuto de los Trabajadores: ¿de cuántas y variadas formas está prevista la intervención de la administración pública a la que previamente se ha castigado y se castiga, con el mote de "paternalista"? Por lo demás, el mismo mote *no deja de tener su qué*; porque, si por paternalismo se entiende tuición o protección, el Derecho del trabajo es, *naturaliter* paternalista, aunque el paternalismo consista en facilitar los medios de autoprotección.

(47) La cita del excelente estudio del Profesor Alonso Olea es aquí obligada por nece-

tuación que se crea cuando una persona pone facultades inseparables de su subjetividad, de su persona, a disposición de otra. La relación de trabajo procura un poder indiscutible sobre las personas por medio de la patrimonialización de sus energías y, en definitiva, de la cosificación de la propia persona (48). De ahí la casi general tendencia, que han conocido casi todas las culturas, a fundir relaciones de trabajo con relaciones de dominio y hacer del trabajador un instrumento vivo, pero instrumento al fin, poseído por quien usa de sus energías (49).

---

saria y necesaria por obligada. Un ejemplo, si cabe, de la universalidad intelectual del jurista: *Alienación, historia de una palabra*, I.E.P., Madrid, 1974. El Profesor Alonso Olea parte de un detallado estudio del significado del término en la Fenomenología de Hegel y examina su contenido en otros pensadores posteriores. El autor ha insistido en otros estudios sobre la traslación de ese significado a la prestación de trabajo, especialmente en su *Introducción* y en su monografía *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

(48) No puede explicarse de otra forma la referencia a la *locatio* romana como precedente del "louage d'ouvrage" o de industria o del arrendamiento de servicios. Como es sabido, en el esquema evolutivo de la *locatio conductio operarum*, sólo tardamente se asimilaron las *operae* del locator al *factum*; que socialmente, por otro lado, esto fuese así es más que cuestionable si se analiza la historia del típico trabajo dependiente fuera de las asociaciones corporativas y aun en ellas mientras se adquieren los conocimientos habilitantes. El arrendamiento por sí mismo supone uso de cosa a cambio de precio y la Codificación lo que injerta en el arrendamiento de cosas es el de servicios y no viceversa. Aun plena y largamente consagrado el principio de la autonomía de la voluntad —la libertad contractual—, la doctrina iuslaboralista en sus inicios plantearía como tema capital el del "objeto" del contrato de trabajo en su configuración dogmática. Vid, por extenso, L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1955, pgs. 37 y ss.

(49) Del "casi todas" se libera, precisamente, la civilización occidental, cristiana sería mejor decir y más exacto, por cuanto, como puso de relieve Hegel, por su misma estructura el cristianismo sitúa al hombre como ser dotado de libertad "*in radice*"; y de ahí, dice el filósofo alemán, la repugnancia del mundo cristiano —de aquél que él conoce, naturalmente— a la esclavitud, una "escoria añadida" de tiempos pasados de la que el cristianismo, por su propia necesidad interna, tuvo que deshacerse. Hegel y con él todo el pensamiento moderno no marxista —el marxismo simplifica el planteamiento hegeliano— conciben así la evolución de nuestra civilización. Pero, la cosa no es tan sencilla. Quizás, porque la "instrumentalización" del hombre no implica la negación tajante de su libertad —es conocido que ninguno de los Padres de la Iglesia se opuso a la esclavitud, ni explícita ni explícitamente— en buena medida porque el concepto absoluto que el racionalismo tiene de la esclavitud no se concilia con el concepto instrumental en que se ha tenido de hecho a través de la Historia. Compárese, sino, la legislación colonial de algunos Estados decimonónicos sobre la esclavitud y la legislación islámica. La absoluta cosificación del esclavo es, contra todas las apariencias, un producto del racionalismo y eso se evidencia a medida que conocemos la realidad de esa institución en la antigüedad greco-romana. El cómo se liquidó esa no menos odiosa institución entre nosotros tiene otra explicación. Pero ello no debe oscurecer el hecho, ya puesto de relieve por Aristóteles, de que el fundamento de la esclavitud es esa instrumentalización y que hasta que los instrumentos "no trabajen por sí mismos", esa instrumentalización supondrá un estado de su sujeción, de servidumbre, sea cual sea la forma jurídica en que se manifieste. Sobre este tema y de un modo original y sugestivo, véase la obra de J. Evola, *Rivolta contro il mondo moderno*, 5ª ed., 1976, pgs. 134-135 y 397 y ss.

Esta no es cosa que, además, haya que referir a tiempos remotos, a culturas ajenas a la que se denomina "occidental". La cosificación subyace en la configuración del trabajo humano como objeto de arriendo o locación en la codificación francesa. Sin embargo, la distinción tajante entre la persona del trabajador y los servicios que presta es el fundamento del trabajo libre en las sociedades industriales modernas y por lo tanto del Derecho del trabajo. Es lógico, de todas formas, que esta significación alienante del trabajo dependiente haya tenido un fuerte impacto en la definición jurídica de la ajenidad como nota caracterizadora de ese trabajo. Así, por ejemplo, cuando se identifica ajenidad con traslación al empresario del riesgo económico subsiguiente a la colocación en el mercado de lo producido por el trabajador o, como indicativo de la posición de los trabajadores dependientes en un proceso productivo cuya titularidad organizativa y patrimonial les es extraña a pesar de que su trabajo hace posible ese proceso (50).

En realidad todas esas características son consecuencia del trabajo dependiente si por dependencia hay que entender algo más que mera subordinación. De ahí que ajenidad y dependencia lleguen a confundirse lo que supone negar que la ajenidad sea una característica jurídicamente definible por sí. Distinta a la posición mantenida por el Profesor Alonso Olea y compartida hoy por un amplio sector de la doctrina española (51). La ajenidad sería un efecto específico del contrato de trabajo por el que el trabajador cedería en origen los frutos de su trabajo.

La apropiación de los resultados del trabajo ajeno es una de las características del tipo de relaciones de que tratamos. Sin embargo, pese a ello, el contrato de trabajo no es por sí mismo causa de cesión alguna si por causa se entiende título, en sentido jurídico del término. Esa apropiación no es más que un efecto patrimonial de otro título, el dominio o la posesión de los bienes sobre los que, o a los que, se incorpora el trabajo. Con independencia de que en muchas ocasiones esos frutos sean de imposible individuación (52), no hay en la causa de un contrato de cambio, como el de trabajo, cesión de bien alguno a cambio de

---

(50) Vid., entre otros, M. Rodríguez Piñero, *La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo*, Revista de Política Social, 71, 1966, pgs. 158 y 159; I. Albiol Montesinos, *Entorno a la polémica ajenidad-dependencia*, en Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, I, Valencia, 1971, pg. 41.

(51) Especialmente en su trabajo *En torno al concepto de contrato de trabajo*, Anuario de Derecho Civil, XX.I, 1967, pgs. 146 y ss. y su *Introducción al Derecho del Trabajo... cit.*, pgs. 33 y ss.; igualmente, J. Montalvo Correa, *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1975, pgs. 217 y ss.

(52) En este sentido, Alonso Olea, *Introducción... cit.*, pg. 33. Esa distinción de los frutos respecto a su sentido técnico-jurídico, conviene advertirlo, no es indiferente a la teoría expuesta, ya que toda traslación supone individuación determinada o determinable de lo trasladado; de otra forma no puede hablarse de traslación. Por el contrario, de dar la calificación de frutos a los productos del trabajo industrial, como hizo erróneamente la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1925, la accesión (art. 353 C.C.) justificaría sobradamente la propiedad originaria del empresario sobre los mismos. Vid. M. Albadalejo, *Derecho Civil. I. Introducción y parte general*, Barcelona, 1980, pgs. 120 y 121.

la remuneración del trabajo que lo produce —lo que además en última instancia convertiría en indiscernibles el arrendamiento de trabajo y el de obra— sino de obtener o prestar esa remuneración a cambio de una prestación personal. Menos puede afirmarse todavía que tal cesión se dé en el objeto de ese contrato (53).

Quizás haya que desistir en hacer de la ajenidad una notación jurídica por sí y paralela a la dependencia, si esta última no se identifica sin más con la subordinación. La ajenidad indica puesta a disposición de una actividad inseparable de la persona que la presta y, por tanto, un grado de sujeción personal que es lo que motiva la actuación del legislador ya que toda sujeción es desigualdad y esa desigualdad excepciona el principio general —la “*pars partium contrahendum*”— que inspira el derecho moderno de obligaciones y contratos y, más aun, la organización de las relaciones sociales en los Estados democráticos (54).

Si la ajenidad se entiende como esa puesta a disposición de la persona, la dependencia no es sino una derivación de esa posición (55). Se comprende así la profunda imbricación entre ambas notas caracterizadoras en una situación jurídica típica que es el objeto de regulación. Ciertamente la ajenidad por sí misma no exige una situación de dependencia. La dependencia se da cuando la ajenidad se manifiesta en una puesta a disposición de la persona. La dependencia es una concreción de la ajenidad entre varias posibles. Cuando la ajenidad se concreta en esa forma surge una situación de subordinación y ese tipo de trabajo y relación jurídica que es objeto del Derecho del trabajo.

Se ha insistido en que la dependencia como nota caracterizadora de la relación de trabajo se halla en crisis (56). Hay que tener en cuenta que, por razones

(53) Otra cosa es que la estructura del contrato de trabajo permita que la apropiación del producto del trabajo humano por otros títulos funcione regularmente, lo que no sería el caso, por ejemplo, en el socio industrial y en *razón de esa diferencia*. Por eso, la explicación crítica de ese concepto de la ajenidad suponía en quienes primero lo plantearon (Chatelain) una especie de contrato de sociedad “non nato”. Vid. I. Albiol, *Entorno a la polémica... cit.*, pg. 41.

(54) De ahí el polémico art. 3,2 de la Constitución italiana, de la que proviene el art. 9,2 C.E., aunque con sustancial diferencia porque la italiana habla de efectiva participación de los *trabajadores* donde la española dice *ciudadanos*, como se ha puesto de relieve. Véanse dos interpretaciones divergentes: G.F. Mancini, que habla tranquilamente, si la traducción no le es infiel, de la “parte más seria de nuestra doctrina”, *Sistema económico y relaciones de trabajo*, en A.A.V.V., *Los Trabajadores y la Constitución*, Madrid, 1980, pg. 57; R. Sconamiglio, *Il lavoro nella Costituzione Italiana*, en A.A.V.V., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, pgs. 31 y ss.

(55) Lo que, por lo demás, es subrayado explícitamente por la doctrina, especialmente Rodríguez Piñero, *op. cit.*, Albiol, *op. cit.*, y, ya antes, E. Pérez Botija, *El Derecho del Trabajo, concepto, sustantividad y relaciones con otras disciplinas jurídicas*, Madrid, 1947, pg. 33.

(56) Ya de antiguo, vid., entre otros, M. Alonso García, *Derecho del Trabajo*, I, Barcelona, 1958, pgs. 43 y ss.; L.E. de la Villa, *La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurídico-laborales*, Revista de Derecho del Trabajo, 56, pg. 28; Bayón

que se remontan a la Ley de Accidentes de trabajo de 1900, la dependencia se ha entendido y delimitado como subordinación —estar a la orden de— cuando este último no es sino exteriorización y consecuencia de aquélla, susceptible de graduación—, lo que no ocurre con la dependencia, que es una determinación cualitativa. Desde luego resulta erróneo —aunque tenga su razonabilidad— calificar una prestación de laboral o no según el grado de subordinación fáctica existente en la relación de la que se deriva (57).

Si se despeja este equívoco, creo que la calificación jurídico-laboral de una prestación y, por lo tanto, del objeto del Derecho del trabajo debe ser coextensa a la situación de dependencia. En definitiva, el mecanismo motriz de la legislación laboral es una situación anómala —cualesquiera que sean las disquisiciones y distinguidos— en sociedades que por hipótesis integran a hombres libres e iguales. La anomalía consiste en que, pese a ello, una persona viene a ponerse a disposición de otra. Difícilmente se encontrará esa anomalía en comunidades que parten de una jerarquización entre sus miembros. La desigualdad inherente a una relación de esa naturaleza provoca la aparición de esos poderes compensadores a que con tanta fortuna se refirió Khan-Freund (58), a esos medios correctores de la desigualdad a que con tanta frecuencia se viene refiriendo el Tribunal constitucional español en el marco de la Constitución vigente y no sin causa, por cierto. Piénsese, incluso ahora, en las dificultades que ofrece la regulación “laboral” de actividades en que la dependencia está “atenuada”, es decir, en las que la subordinación fáctica es muy reducida. La introducción de principios típicamente laborales, irrenunciablemente laborales, puede provocar una desigualdad, pero a la inversa.

La definición del objeto del Derecho del trabajo no bastaría para definir lo que es el Derecho del trabajo. Porque, para la definición, lo que importa verdaderamente es el cómo se hace o realiza su objeto. La regulación de la relación de trabajo es una parte importante del Derecho del trabajo, pero sólo una parte. La disciplina integra instituciones como reglas de regulación del trabajo dependiente e instituciones como organizaciones que proyectan su actividad normativa sobre el trabajo dependiente, como los sindicatos, los comités de empresa, el Estado en lo que toca a ese objeto de regulación. La definición ha de com-

---

Chacón, *El concepto de dependencia ¿Una revolución jurisprudencial?*, Revista de Derecho Privado, 1961, pgs. 465 y ss., etc.

(57) Razón, se repite, porque lo que justifica la intervención estatal o la autonomía colectiva es esa subordinación. Y, ciertamente, la regulación de las condiciones de trabajo con carácter general no puede hacer abstracción de ese grado de subordinación fáctica. No puede regularse por igual el trabajo del peón, el del representante de comercio, o el del directivo de una empresa o el de un deportista profesional. A la postre, una ausencia completa de subordinación fáctica haría irrecognoscible una regulación laboral apropiada. Esa es la dificultad con la que se viene encontrando, por ejemplo, la regulación del trabajo de los altos cargos en fase de promesa desde. . . . 1976.

(58) El británico —por adopción— aplicó los términos acuñados por Galbraith en su conocida obra *El nuevo Estado Industrial*, Vid. *Labour and the Law*, 2ª ed., London, 1977, pgs. 3 y ss.

prender y colocar debidamente esas instituciones, reglas de regulación e instrumentos normativos. Recuérdese que otra de las funciones de una definición es sistematizar el orden de sus elementos.

#### IV. LAS DEFINICIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Las definiciones del Derecho del trabajo han sido muchas porque en toda definición hay algo de clasificatorio y las clasificaciones dependen enteramente de quien clasifica, siendo en esto difícil llegar a aceptaciones universales. En realidad, y a salvo de aquellas que exceden de un marco jurídico, aún en el más amplio, se pueden extraer dos criterios definitorios que además tienen ciertas afinidades aunque abundan las matizaciones según la importancia que se dé a ésta o aquella institución o núcleos normativos de instituciones.

Una definición que viene de antiguo describe el Derecho del trabajo como derecho especial de los trabajadores dependientes. Claramente se aprecia la influencia de la formación histórica del Derecho del trabajo en esta definición. No en vano la disciplina fué denominada en otro tiempo Derecho obrero porque nació ciertamente para proteger a los obreros industriales en las situaciones a que dió lugar la Revolución industrial. No puede sostenerse hoy que se trate de un derecho especial en razón de que se aplique a un determinado colectivo de personas o entidades. El concepto de Derechos especiales está hoy en crisis habida cuenta la extensión del fenómeno jurídico organizativo en las sociedades contemporáneas. No puede entenderse, sobre todo, que los trabajadores constituyan una especie de grupo o colectivo aforado bajo determinadas normas, en una sociedad abierta, contraestamental, en la que, por esa razón, la condición de trabajador dependiente se adquiere por la conclusión de un negocio jurídico y no constituye signo de identidad alguna a diferencia, por cierto, de nuestros oficiales y aprendices en el mundo de los Oficios (59).

Los autores de los países sociales siguen, no obstante, definiendo de esta forma el Derecho del trabajo de los países occidentales, e incluso, en algún caso, el propio (60). Este concepto del Derecho del trabajo subyacía en la fijación de la extensión y límites de la jurisdicción del Trabajo española en la legislación todavía reciente (61). Hoy no cabe considerar sino que el Derecho del trabajo

(59) De ahí todo el simbolismo y ritual de los oficios y sus distintas esferas de realización: L. Benoist: *Le compagnonage,...* cit., pgs. 67 y ss.

(60) Vid, por todos, S.A. Ivanov *Les grandes tendances du Droit du Travail à l'époque contemporaine*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1967, pgs. 153 y ss. A.A.V.V., *Il Diritto del Lavoro dei paesi socialisti europei*, Padova 1982, (en esp. aportación de G.S. Frank-Kiss, pgs. 372 y ss.); entre los occidentales, A. Roudil: *A propos des reformes: le droit du travail pour quoi faire?*, Droit Social, 9-10, 1982, pgs. 626 y ss., aparte del ya citado trabajo de Lyon Caen y del C.E.R.M.

(61) Las sucesivas leyes procesales españolas hasta el Texto Refundido de 1980 atribuyeron competencia a la Magistratura de Trabajo "por la concurrencia de la calidad de las personas y de la materia del asunto". La doctrina había puesto de relieve lo irrelevante

regula un tipo de relaciones jurídicas y el fenómeno organizatorio a que éstas dan lugar.

De ahí una segunda definición que comparte mayoritariamente la doctrina española. El Derecho del trabajo es el conjunto de normas que regula el trabajo libre, por cuenta y bajo dependencia ajena. Sin embargo, como ya se ha señalado, la identificación del objeto de este sector del ordenamiento jurídico no implica, sin más, la definición del mismo y de ahí que esta caracterización dé lugar a variados matices doctrinales en su desarrollo porque una cosa es lo que Alonso Olea denomina realidad social subyacente a las instituciones jurídico-laborales y otra distinta es la relación jurídica de trabajo en sentido estricto (62). Hay quien tiende a destacar acusadamente la importancia de esta última en la definición del Derecho del trabajo. Así Montoya dice, en este sentido, que el Derecho del trabajo es un derecho regulador de un determinado contrato y, en lo demás, un derecho integrativo de ese derecho regulador (63).

Esta posición no refleja, en realidad, la complejidad y multiplicidad de las instituciones que se consideran habitualmente como integrantes del Derecho del trabajo, por más importancia que en su formación histórica haya tenido el contrato de trabajo o la tenga en su didáctica por cuanto, como observaba agudamente Alonso Olea, haya que saber primero qué es el contrato de trabajo para conocer después todo cuanto se relacione con el mismo. De ahí que otros autores distingan entre "planos normativos" (64) o "bloques normativos" (65) distintos según su relación con la regulación del trabajo dependiente, distinción sobre la que se volverá enseguida.

Otra definición relacionada con ésta última pero con alcance muy distinto por su construcción dogmática, conceptúa el Derecho del trabajo como normativa ordenadora de la relación jurídica de trabajo a través de sus distintas manifestaciones. El concepto fue sistematizado por Alonso García (66) partiendo de la consideración de la relación jurídica como "relación orgánica compleja" (67).

---

de la alusión a esa calidad. Vid. M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, 3ª ed., Madrid, 1976, pgs. 26 y 27.

(62) Vid. M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo...*, cit., pgs. 73 y 74.

(63) A. Montoya Melgar, *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, 1972, pg. 15.

(64) Así L.E. de la Villa, *En torno al concepto del Derecho del Trabajo español*, Revista de Trabajo, 26, 1969, pgs. 101 y ss.

(65) J. Rivero Lamas, *El Derecho común del Trabajo en España*, Zaragoza, 1971, pgs. 18 y ss. También *Institución de Derecho del Trabajo*, Zaragoza, 1977, pgs. 145-146.

(66) M. Alonso García, *Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el Derecho del Trabajo*, Cuadernos de Política Social, XXX, pgs. 7-23 y extensamente en su *Derecho del Trabajo*, I, Barcelona, 1958, pgs. 171 y ss.

(67) La formación del concepto parte, como es sabido, de Savigny, *Sistema di Diritto romano attuale* (Traducc. ital. de Scialoja), I, Torino, 1886, pgs. 36 y 37. La evolución y crítica del concepto excede lo que aquí puede abordarse. Solamente señalar que fue F. de Castro quien definió de esta forma la relación jurídica de trabajo cuyos principios cons-

La prestación de trabajo dependiente constituye un fenómeno social que adquiere relevancia jurídica a través de distintas manifestaciones normativas, instituciones. Estas instituciones son otros tantos momentos "históricos" de esa relación como "formalización" del fenómeno social de que se trata. El Derecho del trabajo sería así coextenso a esa relación que no cabe confundir, naturalmente, con la relación jurídica individual de trabajo.

Conceptualmente la sistematización de Alonso García es muy sugestiva porque coloca el concepto en el plano más elevado posible: la concreción más extensa o lo concreto en mayor riqueza de contenido. Quizás hoy, sin embargo, más que referirse al trabajo dependiente, lo que da una idea de actividad "actual", sería apropiado referirse al "empleo" como situación prestacional, real o potencial en determinadas condiciones, pues sobre ambas vertientes se proyectan intensamente las instituciones jurídico-laborales (68).

La relación jurídica de trabajo o empleo, o sencillamente el empleo, como situación prestacional en momentos diversos y sucesivos, es tan amplia como el supuesto social que es su base y tiene una pluralidad de manifestaciones en el Ordenamiento jurídico. Incluye instituciones cuyos principios de organización son diferentes y de los que se derivan una pluralidad de relaciones jurídicas particularizadas (69). Conviene distinguir, sin embargo, entre lo que Rivero (70) denomina "bloque instrumental" (que son los principios y normas que regulan determinadas instituciones y su actividad normativa para ordenar las relaciones de trabajo) y "bloque normativo", sustantivo o regulador, en el que se establecen materialmente las condiciones a que ha de sujetarse el trabajo.

El Derecho del trabajo puede, en conclusión, definirse como el conjunto de normas que regulan la relación jurídica de trabajo o el empleo como situación prestacional, actual o potencial, y cuyo objeto es, por un lado, la regulación de la organización y actividad normativa de las instituciones que ordenan las relaciones de trabajo y por otro la regulación de las condiciones jurídicas y materiales a que se sujetan esas relaciones. Si se considera como disciplina del conocimiento, el Derecho del trabajo estudia esas instituciones, situándolas en bloques o núcleos normativos de acuerdo con su función y mediante la forma-

---

titutivos situaba entonces en la Ley Sindical de 1940 y en el Fuero del Trabajo. Vid. *Derecho Civil de España*, 3ª ed., Madrid, 1955, pgs. 560 y ss.

(68) En especial, por lo que se ha venido denominando política laboral de empleo. La situación prestacional puede tanto individualizarse como referirse a la colectividad de trabajadores. Es, por decirlo así, una "posición social" sobre la que se proyectan hoy las normas laborales. Intensamente, por ejemplo, en la normativa sobre reconversiones industriales.

(69) A esa pluralidad de relaciones jurídicas se referían Bayón Chacón y Pérez Botija en su *Manual de Derecho del Trabajo*, 12ª ed. (puesta al día de F. Valdes), Madrid, 1978, 79 pgs.

(70) J. Rivero Lamas, *Instituciones de Derecho del Trabajo... cit.*

ción de las técnicas jurídicas adecuadas a lo que el tratamiento diferenciado de las mismas exige.

Se ha visto ya que el Derecho del trabajo está relacionado con hechos de carácter económico, social y cultural que produce la vida moderna. El Derecho del trabajo es, en sí mismo, un fenómeno jurídico inmerso en otro fenómeno social más amplio, la regulación del empleo (Job regulation) (71). Es natural que integre un conjunto de instituciones que puede calificarse de dispar en relación a otras disciplinas jurídicas. Es lo que exige una sociedad tan compleja como la muestra en la que se mueven intereses harto dispares en torno al trabajo. La conceptualización de la relación jurídica de trabajo como relación orgánica compleja que fundamenta esta definición del Derecho del trabajo permite aceptar una pluralidad de técnicas jurídicas y métodos conexos a las mismas que el iuslaboralista tiene necesariamente que apropiarse y usar sin incurrir en los felizmente denominados "peligros de disolución", inherentes al tratamiento doctrinal de esta materia (72).

#### V. UNIDAD Y SISTEMA DEL DERECHO DEL TRABAJO

La unidad y sistema del Derecho del trabajo como disciplina se manifiesta en la articulación entre el bloque instrumental, las instituciones "mediales" o de soporte y el bloque normativo sustantivo o de reglamentación de la relación de trabajo. El bloque instrumental integra las normas que regulan la organización de las instituciones y los procedimientos que éstas actúan para establecer las condiciones materiales a que se sujeta la prestación de trabajo. Rivero y Savatier definen correctamente este bloque instrumental como "marcos" o "cuadros institucionales" del Derecho del trabajo. Si estamos más a su proyección material, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, puede también calificarse como "administración del empleo". Si se está a la idea que unifica todo el proceso normativo, ha de definirse como "sistema institucional laboral". Este sistema

---

(71) La "regulación de empleo" es el objeto de una disciplina relativamente moderna, las "relaciones industriales" que incluyen, lógicamente, el Derecho del Trabajo. La conceptualización es de J.T. Dunlop, en su ya "clásico" libro *Industrial Relations Systems*, edit. Harper, New-York, 1958, pgs. VIII-IX (Trad. castellana, deficiente por cierto, a cargo de J. Estivill, en Ediciones Península; correlativamente, pgs. 28 y 29). De todas formas, la definición aunque aceptada, da poco de sí, prácticamente la sistematización de lo que puede ser objeto de estudio de acuerdo con la misma pero nada acerca de la metodología y análisis tanto sectorial como de conjunto. De ahí que se haya vuelto una y otra vez sobre el tema: cfr. los trabajos de Flanders, Clegg, Margerisson, Blain y Gennard, Gill y últimamente el austriaco Schienstock, todos ellos en el *British Journal of Industrial Relations*. La formación de las Relaciones Industriales como disciplina empieza a influir en la sistematización conceptual del Derecho del Trabajo. Señaladamente, por ejemplo, en el *Manuel de Droit du Travail*, 1981, de J.C. Javillier, que habla de "actores", "reglas" y demás terminología empleada en aquélla.

(72) M. Alonso García, *Peligros de disolución del Derecho del Trabajo*, Cuadernos de Política Social, XXXV, 1957, en esp. pgs. 62-64.

da orden, organiza, esa "administración del empleo".

Existe una pluralidad de instituciones que administran el empleo o, dicho de otra forma, intervienen en el establecimiento de las condiciones de trabajo y garantizan su cumplimiento. Estas instituciones son el Estado, las organizaciones profesionales —asociaciones empresariales, sindicatos y eventualmente colegios profesionales— y las empresas, entendidas como colectivos organizados o, más exactamente, la "organización social de la empresa" (73). Las organizaciones internacionales merecen esa misma consideración desde el momento en que su actividad normativa es incorporada en el ordenamiento del Estado. Ciertas organizaciones supranacionales como la Comunidad Económica Europea actúan un poder normativo directo e inmediato en los Estados miembros.

Estas instituciones tienen una o varias funciones que se actúan por medio de procedimientos que les son característicos. La actividad normativa de las instituciones, en cuanto actuación de esos procedimientos normativos está condicionada por su estructura interna. El hecho de que existan varias instituciones que tienen la misma finalidad —ordenar la relación de trabajo— implica que su actividad normativa concurre necesariamente en dicha ordenación (74) y eso supone a su vez que la actividad de cada una queda condicionada por la actividad de las demás. Tiene que existir una normativa que estructure, sistematice esa concurrencia de forma que pueda determinarse qué norma es aplicable a una relación en concreto. En realidad sólo así cabe hablar de un "ordenamiento" que es común en su diferencia. Este ordenamiento puede contenerse en normas que regulan cada una de las instituciones. Lo habitual es que, salvo reglas de alcance general, como la contenida en el art. 3 del E.T., este ordenamiento no aparezca explícitamente, antes bien, sea configurado, aunque no estrictamente definida, por la norma fundamental, la Constitución y las grandes leyes que ordenan la actuación de los poderes públicos, especialmente las Administraciones públicas (75).

---

(73) Así viene denominándose en el derecho alemán desde la introducción de la cogestión integral y la creación de los consejos de empresa. Borrajo usa la expresión "organización comunitaria de la empresa". *Introducción al Derecho español del Trabajo*, 4ª ed., Madrid, 1978, pgs. 143 y ss., y es correcto puesto que define esa colectividad social como entidad distinta aunque inserta en la unidad económica (de decisión) en que la empresa consiste.

(74) Puede decirse así, que el principio que guía la elaboración del Derecho del trabajo es distinto al que inspira la elaboración del resto del ordenamiento jurídico que, como es sabido, huye de las colisiones opositivas entre las normas (Villar Palasi). Por el contrario, el Derecho del trabajo opta por esas colisiones en un determinado orden de preferencias según las normas, para garantizar un tratamiento normativo y contractual que favorezca "en cascada" al trabajador. Este es el significado del principio de "favor del trabajador"; sobre el tema véase mi trabajo: *La concurrencia de normas laborales y el Real Decreto Ley de 4 de mayo de 1977*, Revista de Derecho Privado, 1977, pgs. 596 y ss.

(75) La Constitución Española contiene una serie de preceptos que, podría decirse, configuran tales principios; la generalidad en cuanto a los contenidos posibles de la ley, sin reserva alguna y la subordinación del poder ejecutivo a la misma; la "contribución"

La normativa que ordena cada institución y esa normativa que se sustancia en un conjunto de normas de conflicto, forman como ordenamiento el Sistema Institucional, sistema que se organiza de acuerdo con criterios de política jurídica —así, por ejemplo, la preferencia de intervención reguladora que hay que conceder al sindicato o a la Administración del Estado— el funcionamiento de las relaciones de trabajo. El sistema institucional tiene, o debería tener, una unidad de fin y ese aspecto teleológico debe ser necesariamente captado tanto por el legislador —como político— como por el intérprete. De otra forma se convierte en una concurrencia desordenada de ordenamientos parciales— de cada una de las instituciones— sólo paliado por normas de conflicto. Desgraciadamente existe una cierta propensión a ignorar esa sistematización pese a que ahora se recurre con harta frecuencia al uso de “modelos” de relaciones laborales para definir tal o cual representación de las mismas en un determinado espacio geográfico o extensión funcional. Modelo significa, precisamente, sistema aunque sea de forma proyectiva.

El sistema institucional existe para reglamentar el trabajo. La reglamentación incluye tanto la regulación de las obligaciones de las partes, empresario y trabajador, como la definición material de las condiciones de trabajo y su remuneración, es decir, la definición de las prestaciones. Son cosas distintas, aunque en sucesión lógica, y su regulación plantea también una metodología distinta, como evidencia la historia del Derecho del trabajo (76). Ambos aspectos son,

---

de los sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios (art. 7) en la “defensa y promoción” (disciplina y regulación) de los intereses profesionales y el correlativo derecho a la negociación colectiva (art. 37) lo que supone una limitación funcional de la Administración en la ordenación de las condiciones de trabajo, como acertadamente dedujo la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981; existe asimismo, una estructura de la Administración que concreta el principio general de jerarquía normativa (art. 9.3 C.E. y 1º, 1 del C. Civil) a través de la formalización de sus decisiones (L.R.J.A.E.); y así puede llegarse a los principios generales que formula el art. 3 del E.T.; la restricción respecto a los reglamentos independientes y el principio general de solución de los conflictos entre normas. A propósito de aquella restricción, es evidente que queda debilitada a través del articulado estatutario: arts. 11, 17, disposiciones adicionales primera y segunda...

(76) Sería interesante indagar sobre esta base metodológica el por qué del retraso en la producción de las primeras normas laborales. Suele achacarse a la oposición de la burguesía industrial y es cierto, pero tal certidumbre no cubre todo el proceso histórico. Hubo una dificultad insalvable al intentar regular el contrato de trabajo de acuerdo con la metodología de la Codificación porque dicha metodología partía de un principio opuesto al que requería la regulación del contrato de trabajo, a saber, el de la autonomía de la voluntad en cuanto a la definición del contenido del contrato. Es decir, que se podrían fijar las obligaciones de comprador o vendedor en cuanto a las condiciones de precio y estado de la cosa y entrega pero no el *precio* y la *cosa* misma que eran objeto del contrato y que era precisamente lo que se trataba de fijar al regular el contrato de trabajo. Apercebirse de ello desde un primer momento hubiese sido tanto como condenar la liquidación de la reglamentación corporativa de los mismos gremios. De ahí que sólo lentamente, incluso en aquellos que estaban poseídos por la mejor voluntad, se abriese paso la idea de una reglamentación del contrato de trabajo como algo distinto de la regulación del contrato de trabajo, es decir: que el contrato de trabajo *no* es un contrato como los demás, y no sólo

sin embargo, inescindibles. Consecuencia de ello es que la configuración del contrato del trabajo se realice de forma bastante distinta a la que es propia a la mayoría de los contratos, tal como se recoge en el Código civil. El contrato de trabajo es el contenido de la acción de un sistema institucional que atiende primordialmente a una serie de exigencias organizatorias sustancialmente distintas a las que responde la regulación de otros contratos (77).

La reglamentación de los conflictos colectivos y, específicamente, de las contiendas laborales, huelga y cierre patronal, forman parte de la reglamentación del trabajo en cuanto a la definición de los supuestos de la contienda y la conducta de las partes con ocasión del conflicto, aunque no en lo que afecte a su solución jurisdiccional. Puede objetarse que el derecho de huelga excede hoy, de acuerdo con la Constitución española, lo que es estrictamente pugnativo en las relaciones de trabajo. Lo que en tal caso ocurrirá es que el estudio del derecho de huelga debe hacerse tanto desde el Derecho del trabajo como del Derecho Constitucional o, en general, del Derecho público. Siempre, claro ésta, que se entienda que los intereses a que se refiere el art. 28,2 de la Constitución tienen un contenido más amplio que lo que se refiere a lo laboral, aunque sea de forma lata.

La gran mayoría de los conflictos de trabajo son resueltos por la jurisdicción estatal. Los principios en que se inspira la jurisdicción laboral y buena par-

---

por la condición social y económica de las partes; aún hoy esta peculiaridad es captada, generalmente, en estos términos, no en la *radical diferencia formal* entre ese contrato y *todos los demás*; cuanto más en el respeto inatacado del liberalismo jurídico. Por eso García Goyena afirmaba: "no puede, en efecto, desconocerse que esta materia (la laboral) aunque de *justicia* bajo ciertos aspectos, cae en gran parte, sino en su mayor, bajo el *dominio de la policía...*" Comentario al art. 1527 del Proyecto (1581) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Editorial Base, Barcelona, 1973, pg. 481. Al elaborarse el decisivo proyecto de 1904, en el seno del Instituto de Reformas Sociales, G. de Azcárate decía que la misión de una Ley de Contrato de Trabajo *no era entrar en el fondo del contrato de trabajo sino regular su forma*. Moret se pronunció en el mismo sentido, quizás con mayor precisión, al decir que lo que se trataba de elaborar *era un proyecto de ley de contrato de trabajo y no un hipotético proyecto sobre la legislación del trabajo* que era a lo que, según él, conducían las discusiones sobre diversas condiciones de ejecución de la prestación. Vid. Instituto de Reformas Sociales, *Proyecto de ley sobre contrato de trabajo*, Madrid, 1911, pgs. 36 y 42-43 (todos los subrayados son míos).

(77) Típica, al respecto, es la regulación de la responsabilidad contractual del empresario tal como vino actuándose a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 e indirectamente se recogió en los arts. 3 de la L.C.T. de 1931 y 1944, etc. Está claro que por razón de imputabilidad de deberes normativos reglamentarios intesaba determinar *quién* usaba realmente el trabajo y no sólo quien *formalizaba la declaración* de voluntad como empresario; a partir de ahí se ha desarrollado la técnica jurídica de protección del trabajador en situaciones de interposición cuyo contraste con las técnicas "civilistas" es grande; porque de acuerdo con éstas, en ningún caso podría el trabajador optar unilateralmente por "uno" de los "posibles" contratos habiendo sólo uno, con independencia de los daños que pudieran producirse y las indemnizaciones que pudiesen obtenerse por el uso indebido de su trabajo.

te de sus técnicas provienen de la jurisdicción y el proceso civil. Sin embargo la jurisdicción es un "instrumento" para la realización de los derechos "materiales" (78) y las características de esos derechos como fundamentos jurídicos que amparan las pretensiones deducidas en el orden jurisdiccional han de reflejarse en el proceso. Por eso hay un proceso laboral que no puede ser comprendido sin el conocimiento de las normas jurídico-materiales que delimitan el ámbito a que se refieren las pretensiones en este orden, es decir, el Derecho del trabajo.

El hecho de que el proceso laboral forme parte del Derecho del trabajo no significa que deba ser "extraído" de otras disciplinas, sobre todo en ese orden de conceptos, y en especial si se hace referencia al Derecho procesal. No debe olvidarse, en primer lugar, que el concepto de "disciplina jurídica" es un concepto instrumental y esa, como otras muchas, son parcelas del Derecho en las que el jurista puede instalarse desde procedencias y aproximaciones diversas y son, en definitiva, tales aproximaciones —o perspectivas— las que justifican una u otra adscripción o ambas. Un laboralista, por ejemplo, se interesará por la adecuación del proceso a las exigencias que las mismas normas laborales plantean para su realización en caso de conflicto, si las hay, naturalmente (79). Un procesalista, por la plasmación de los principios y técnicas que han formado la jurisdicción estatal como orden jurídico-político, en el proceso de trabajo (80). Este es un criterio que evita cualesquiera disoluciones. El Derecho no se divide en compartimientos estancos, según se ha repetido hasta la saciedad, y lógicamente tal división no ha de reproducirse en el jurista que interpreta el Derecho, algo que desgraciadamente se da más en España que entre los juristas de países de nuestro ámbito cultural que cultivan disciplinas distintas, aunque conexas y en algunos casos con extremada brillantez.

## VI. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Unas observaciones sobre el Derecho de la seguridad social finalizarán esta aproximación a la unidad y sistema del Derecho del trabajo. Sabida es la vinculación didáctica que existe entre ambos derechos cuya justificación se remonta a la aparición de los primeros seguros sociales, en especial el aseguramiento de los accidentados de trabajo que fue motivado muy directamente por la generaliza-

(78) J. Guasp, *Derecho Procesal civil*, I, Madrid, 1968, pgs. 102 y 103.

(79) Un viejo tema que han planteado los laboristas, a saber, si en el proceso han de manifestarse las técnicas de compensación (aceptación y corrección de la desigualdad material entre las partes) de que parte, por hipótesis, el Derecho del Trabajo. Me he ocupado con cierta extensión del tema en mi trabajo *Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, 15, 1983, pgs. 375 y ss. y bibliografía allí citada.

(80) Vid. por ejemplo los trabajos de P. Aragoneses Alonso, *Estructura y función del proceso laboral*, Revista de Derecho Procesal, 1961, pgs. 43 y ss. y Almagro Nosete, *Hechos probados y nulidad de las sentencias laborales*, Revista de Política Social, 84, 1969, pgs. 67 y ss.

ción del trabajo fabril y las consecuencias del maquinismo. Almansa Pastor entiende, en consecuencia, que esa vinculación pertenece más a la historia que a la actualidad del sistema de la Seguridad social (81). Ciertamente es que muchos de los conceptos que se utilizan hoy en el Derecho de la seguridad social han sido acuñados en el Derecho del trabajo (82). Sin embargo, esta proximidad histórica, incluso la proximidad de preocupaciones por una determinada situación social, no justifican, a mi juicio, que el Derecho de la seguridad social sea considerado, sin más, como una parte del Derecho del trabajo, pese a que la Seguridad social haya sido, durante estos últimos años, un instrumento para la promoción de la política de empleo, política laboral por excelencia (83). Esta proximidad justifica, sin embargo, esa vinculación didáctica a que antes hacía referencia, cuestión que ha de enjuiciarse, por lo demás, a la luz de cada ordenamiento en concreto, sobre todo a efectos prácticos (84).

Por lo demás, el Derecho de la seguridad social, aun cuando tenga por destinatarios principalmente a empresarios y trabajadores, no se refiere a la relación de trabajo que media entre ellos sino a los medios por los que se protege a los trabajadores por cuenta ajena, o a otras personas que no tienen esa cualificación jurídica, ante la concurrencia de determinados eventos que producen situaciones —o contingencias— en las que disminuyen los ingresos, aumentan los gastos o ambas cosas suceden simultáneamente, que es lo común. El que la calidad de empresarios o trabajadores por cuenta ajena sirva para identificar a los sujetos de la relación de la Seguridad social, en su manifestación mayoritaria y más importante, no supone que esa relación pueda identificarse asimismo con la de trabajo. Tampoco se puede ver en ella un efecto de ésta, máxime cuando la cobertura del sistema de la Seguridad social se extiende, como se ha puesto de relieve, hacia personas cuya condición de asegurados no presupone la de trabajadores por cuenta ajena (85).

---

(81) *Derecho de la Seguridad Social*, 1, Madrid, 1981, pgs. 105 y ss.

(82) J. A. Sagardoy, *Sobre el concepto y autonomía de la Seguridad Social*, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 6, 1970, pgs. 1294; asimismo J. Rivero Lamas, *Las transformaciones de la Seguridad Social ante el Derecho del Trabajo*, R.I.S.S., 1968, pg. 971.

(83) Subrayado recientemente por J. Rivero Lamas. *La enseñanza del Derecho del Trabajo*, II Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, multicopiado, 1983, pgs. 12 y ss.

(84) M. Alonso Olea, *Instituciones de Seguridad Social*, 8ª ed. revisada, Madrid, 1982, pg. 28.

(85) Vid. L. E. de la Villa y A. Desdentado Bonete, *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, 1979, pgs. 26 y ss. Lo mismo ocurre, y aún más, en la doctrina y práctica extranjera; vid. por todos, J. J. Dupeyroux, *Securité Sociale*, Dalloz, 1984, pgs. 118 y ss.

# TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS RECURSOS EN EL PROCESO DE EJECUCION DE SENTENCIAS(\*)

CARLOS GUTIERREZ GONZALEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LOS RECURSOS ORDINARIOS EN EL PROCESO DE EJECUCION: A. Cuestiones previas. B. Los recursos "no" devolutivos. C. Los recursos devolutivos. III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION EN EJECUCION DE SENTENCIAS: A. Ambito de aplicación. B. Tratamiento procesal del recurso de casación en ejecución de sentencias: planteamiento y sustanciación. C. Conclusiones y aportaciones de *lege ferenda* que consideramos oportunas.

## I. INTRODUCCION

Es objeto de este trabajo detectar y sistematizar, en la medida de lo posible, las resoluciones judiciales que, dictadas por el ejecutor en el transcurso del proceso de ejecución, son susceptibles de ser impugnadas por la parte que se considere perjudicada; y, correlativamente con lo anterior, plantear cuál es el cauce procesal oportuno con que cuentan las partes para controlar toda la actividad ejecutiva.

Las normas procesales, sabiamente combinadas, deben crear un Ordenamiento procesal adaptado a los intereses del ejecutante y del ejecu-

---

(\*) El presente artículo ha sido elaborado y radactado en abril de 1984 cuando no estaban avanzados los trabajos parlamentarios sobre el proyecto de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento civil. En la actualidad, es posible que cuando vea la luz pública ya haya entrado en vigor la ley, o bien estén prácticamente ultimados los trámites legislativos. Sin perjuicio de que en su día realicemos una revisión de lo que hoy mantenemos, hemos considerado que es perfectamente válida la publicación por cuanto las posibles reformas no inciden sustancialmente en el régimen de recursos en el proceso de ejecución de sentencias firmes.

tado, pero sin perder de vista la finalidad fundamental para la que han sido creadas: actuar el contenido de la sentencia dictada en el proceso de declaración. Ahora bien, en este contexto surge un interrogante fundamental que trataremos de resumir en el presente trabajo: ¿qué sucede si la ejecución forzosa no se adecúa a las normas procesales contempladas en la Ley de enjuiciamiento civil?; ¿cómo podrá defenderse la parte que se considere perjudicada por una determinada medida ejecutiva?

Se debe precisar de inmediato que, ante un acto "irregular" (1), cualquiera que sea, el Ordenamiento jurídico debe conceder a las partes la posibilidad de impugnarlo. Nuestra Ley de enjuiciamiento civil, a diferencia de otros Ordenamientos jurídicos europeos (2), nada dice en este sentido, por lo que, ante la ausencia de un cauce oportuno, y ante la no existencia de una prohibición expresa, nada parece que impida acudir a los principios generales de la ley en materia de recursos (3). Este será el primero de los apartados que analizaremos: los recursos ordinarios en el proceso de ejecución.

Por otra parte, la Ley de enjuiciamiento civil prevé un cauce *ad hoc* para acceder al tribunal Supremo en casación contra las resoluciones dictadas por el ejecutor durante la tramitación de la actividad ejecutiva. Esta será la tarea que abordaremos en segundo lugar: analizar el recurso extraordinario *ex art.* 1695 de la Ley de enjuiciamiento civil.

No ignoramos que existen otros medios de impugnación (o de control como gusta decir a la doctrina italiana) de la actividad ejecutiva: el incidente de nulidad de actuaciones contenido en el art. 745, I LEC, que

---

(1) Debe entenderse por acto "irregular" todas aquellas resoluciones que, dictadas por el ejecutor, no se ajustan a las normas procesales ordenadas por el legislador, o bien, a juicio de una parte, contravienen el contenido de la sentencia ejecutoriada.

(2) En los Ordenamientos jurídicos europeos, claramente más avanzados que el nuestro, existe un trámite *ad hoc* para la impugnación de los actos ejecutivos concretos de las partes del proceso de ejecución. Así, por ejemplo, los artículos 616, 617 y 618 del C.P.C. italiano regulan la oposición a la ejecución en cuanto a la actividad ejecutiva que no ha sido acorde a unas determinadas normas procesales; de esta forma la parte podrá, inmediatamente, poner remedio a estos abusos que surgen en la actividad ejecutiva. Véase en este sentido Furno, *Disegno sistematico delle opposizione nell processo esecutivo*, Firenze, 1942, pág. 80 y ss. Por su parte, el Ordenamiento alemán se hace eco de la impugnación en los párrafos 767 y ss. de la Z.P.O. Véase Rosemberg, *Derecho procesal civil*, (trad. Romero Vera), Buenos Aires, 1955, Tomo III, pág. 106 y ss.

(3) Afirma de forma rotunda Miguel Angel Fernández que "...para exigir el cumplimiento de las normas de carácter imperativo, impugnar los actos discrecionales que resulten lesivos o impedir la exclusión de los preceptos dispositivos cuando así convenga, quienes son parte en el proceso de ejecución disponen de los recursos ordinarios..." (cfr. *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pág. 249).

podrá encontrar su ubicación en el proceso de ejecución en virtud de los artículos 949 y 950 LEC y las tercerías (tanto de dominio como de mejor derecho), medios de impugnación reservados a los terceros, pero que incide directamente en la actividad ejecutiva. Pero no haremos referencia a ellos en el presente trabajo, ya que supondría extralimitarnos en los objetivos planteados. Así pues, centraremos nuestra atención en los recursos que se pueden producir en el proceso de ejecución, tanto de carácter ordinario como extraordinario.

## II. LOS RECURSOS ORDINARIOS EN EL PROCESO DE EJECUCION

### A. Cuestiones previas

Antes de adentrarnos en el estudio de los recursos ordinarios en el proceso de ejecución conviene resaltar algunas características que éste presenta:

a) En primer lugar, el legislador intenta que la impugnación de los actos ejecutivos no paralice el proceso de ejecución. Por eso, como regla general la apelación "debe admitirse en un sólo efecto" (cfr. art. 949, I LEC). Este precepto (4) que es aplicable a todas las apelaciones que pueden plantearse en ejecución de sentencias si cualquiera de las partes considera que ha sido perjudicada (5), tiene una justificación clara: impedir que el ejecutante resulte perjudicado, ante cualquier dilación, fraudulenta, en el proceso de ejecución (6).

b) La segunda característica, que afecta al régimen general de los recursos en el proceso de ejecución, surge ante la posibilidad de que el juez ejecutor realice algún acto ejecutivo con una simple manifestación de voluntad, que no consta de modo expreso en una resolución judicial

---

(4) El mismo está redactado conforme a la base 3ª de la Ley de 21 de junio de 1880. Véase Manresa, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1955, Tomo IV, pág. 524.

(5) Posición del legislador que tan sólo quiebra en los supuestos contemplados en el art. 949, II LEC, al afirmar dicho precepto que "...no se comprenderán en esta disposición —se refiere a la apelación en un sólo efecto— los incidentes que puedan promoverse sobre cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la ejecutoria". Véase lo que diremos en infra.

(6) Como afirma Cañada "el curso de la vía ejecutiva es más impetuoso que la declarativa". Véase también Ortiz Navacerrada, *El concurso de acreedores en la ejecución singular*, Salamanca, 1979, pág. 34 y ss.

(V.gr. el embargo de bienes muebles y joyas que consta en un acta circunstancial expedida por el Secretario o funcionario en quien delegue). En este caso, el demandado deberá presentar al juzgado un escrito alegando que el acto ejecutivo no es acorde a Derecho y lesiona sus intereses; la contestación del ejecutor, que deberá ser en forma de resolución, podrá ser recurrida ante el tribunal competente (7).

c) Por otra parte, nos podemos encontrar ante actos ejecutivos del juez que son nulos de pleno derecho. Puede suceder, por ejemplo, que el ejecutor embargue un bien que no reúna los requisitos de embargabilidad, patrimonialidad o alienabilidad. En este caso, el ejecutado podrá hacer caso omiso a dicha traba (8). Ahora bien, como pone de manifiesto el profesor Carreras (9), el embargo nulo puede afectar a bienes muebles que, además, son sustraídos del poder del ejecutado (sustracción del lecho cotidiano, con posterior depósito en persona distinta al ejecutado). En este caso se deberá recurrir directamente la resolución que decreta el embargo —si ésta existe— o bien incitar al juez a dictar una resolución, como veíamos en el apartado anterior.

En este contexto, y una vez vistas las especialidades que, a nuestro entender, son más importantes, debemos entrar en el fondo de esta primera parte del trabajo, y analizar de forma pormenorizada todos los posibles cauces de impugnación de los actos ejecutivos; teniendo en cuenta, como es obvio, todas aquellas cuestiones formuladas en las líneas precedentes.

Con carácter previo, sin embargo, hay que destacar que existen ciertas resoluciones que la ley taxativamente califica de irrecurribles. Son las contenidas en los artículos 930, 936 y 948 LEC: las dos primeras relativas a la liquidación de sentencias ilíquidas; y la tercera referente a la computación a metálico de las deudas en especie.

La irrecurribilidad de las primeras (art. 930 y 936 de la Ley) resulta lógica ya que constituyen un tipo de sanción a la parte que ha omitido la realización de una carga procesal y, por ello, debe estar y pasar por las consecuencias desfavorables de su falta de diligencia. El art. 930 especifica que si el deudor consiente en la relación de daños y perjuicios presentada por el ejecutante, el juez aprobará la relación y la cuantía que en ella se refleja, sin ulterior recurso. De igual modo, el art. 936 LEC

---

(7) Cfr. Carreras, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pág. 197.

(8) Cfr. Miguel Angel Fernández, *op. cit.*, pág. 125.

(9) *Op. cit.* pág. 196 y ss.

prevé que si el ejecutante es el que se conforma con la evaluación de daños realizada por el ejecutado, el juez aprobará aquella sin más trámites.

La imposibilidad de recurrir en el supuesto del art. 948 LEC, aunque no se prevé como una sanción al incumplimiento de una carga, no deja de ser lógica también, al disponer el art. precedente que la liquidación de las condenas a la entrega de frutos en especie debe realizarse por medio de los tipos que existan en el mercado acreditándose el precio por el Síndico del Colegio de Corredores de Comercio o, en su caso, por la autoridad municipal. Es, precisamente, la fiabilidad de las autoridades públicas lo que permite al legislador disponer que la aprobación de la reducción a metálico de la sentencia no sea sometida a posterior revisión, aunque ello no impida que los errores de tipo matemático puedan ser corregidos (art. 948, II LEC).

Por último, también debemos incluir entre las resoluciones declaradas irrecurribles por disposición legal aquellas providencias que otorgan el recibimiento a prueba en fase de liquidación de sentencias ilíquidas, a tenor de una interpretación, a *sensu contrario*, del art. 937 LEC. La ley no lo especifica claramente, pero se debe deducir con base en dos ideas: a) por una parte, el art. 937, II tan sólo hace referencia al auto que deniega el recibimiento a prueba, que será recurrible en apelación; b) por otra parte, al no decir nada el legislador, debemos acudir a la teoría general en materia de recibimiento a prueba, y el art. 551, I LEC declara que el auto que otorga el recibimiento a prueba en el juicio de mayor cuantía no será recurrible.

### B. *Los recursos no devolutivos*

La operatividad en fase de ejecución de sentencias de los recursos de reposición y súplica es bastante limitada. Veámosla detenidamente:

a) En primer lugar. Existen resoluciones que, ya sea por disposición específica de la ley, ya por la disposición general contenida en el art. 376, I LEC tan sólo son recurribles en reposición. Así, las providencias dictadas en ejecución de sentencias que deben ser consideradas como de mera tramitación (V.gr. aquella que acuerda convocar a las partes a comparecencia a tenor del art. 940 LEC), o las providencias que deniegan la práctica de una determinada diligencia de prueba en el incidente de liquidación de sentencias ilíquidas por ser impertinente o ir dirigida a contrariar las bases fijadas en la ejecutoria (cfr. art. 939, II LEC).

b) En segundo lugar, las providencias de “no” mera tramitación y los autos (no incluidos en el art. 382 LEC) podrán ser recurridos en reposición a tenor del art. 377 LEC y, resuelto el recurso de reposición, cabrá recurrir en apelación. El principal ejemplo lo encontraremos en el art. 1441 LEC que expresa literalmente: “contra el auto que denegare el despacho de la ejecución procederán los recursos de reposición y apelación, conforme los artículos 377 y 380...”. Pero existen otros, como la posibilidad del ejecutado de recurrir en reposición, y posterior apelación, contra el auto que acuerda el despacho de la ejecución.

c) El recurso de súplica presenta más problemas. Sabido es que este recurso procede contra determinadas resoluciones dictadas por los tribunales colegiados para que por el mismo tribunal se reforme la resolución interlocutoria; es decir, la resolución que no suponga un pronunciamiento sobre el fondo.

La Ley de enjuiciamiento civil, en sus artículos 401, 402 y 403 contempla las resoluciones que son recurribles en súplica. En primer lugar, el art. 401 elimina la posibilidad de recurrir contra las providencias de mera tramitación; y con respecto a las providencias de “no” mera tramitación, al no decir nada la ley, las debemos englobar en el art. 403, II LEC, que se refiere a las “demás resoluciones”, impidiendo entablar el aludido recurso de súplica (10).

Distinto problema se nos plantea con los otros tipos de resoluciones (sentencias y autos). El art. 402, I LEC se refiere a las sentencias y autos resolutorios de incidentes que se promuevan en segunda instancia, lo que de por sí sería suficiente para descartar cualquier resolución que pueda dictar la Audiencia en apelación de los actos ejecutivos concretos, con la excepción del “incidente de liquidación de sentencias ilíquidas”, que consta de segunda instancia a tenor del juego combinado de los artículos 942 y 944 de la propia Ley.

Ahora bien, con respeto a este incidente el problema es más complejo. Dictado auto por el juez executor resolviendo el incidente (cfr. art. 942 LEC) el mismo podrá ser apelado, siguiendo dicha apelación los trámites de los art. 887 y ss. LEC (art. 944, II LEC). La resolución de la Audiencia en la segunda instancia del “incidente” adoptará la forma de auto (art. 896 LEC), que no es suplicable por no tratarse de un inci-

---

(10) Pese a lo controvertido de la cuestión nos inclinamos por la tesis mantenida recientemente por Tapia Fernández, *El recurso de súplica en la Lec y en la Jurisprudencia*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, Tomo V, pág. 110 y ss.

dente surgido durante la tramitación de la segunda instancia, sino procedente de la propia ejecución de sentencias tramitada ante el ejecutor. Pero, en el caso de que al tramitarse la segunda instancia del incidente de liquidación de sentencias ilíquidas surja un nuevo incidente de los contemplados en el art. 745 LEC (11) se deberá tramitar por los art. 741 y ss. (art. 759, I LEC), y la resolución del mismo adoptará la forma de sentencia (art. 758 LEC), siendo suplicable ante el tribunal colegiado al estar inmerso en el párrafo 2º del art. 759 de la Ley de enjuiciamiento civil.

De igual modo, se debe contemplar el supuesto de que en fase de ejecución surja un incidente cualquiera de los admitidos por el art. 949 LEC. Dicho incidente será tramitado en 1ª instancia por los arts. 741 y ss. LEC, y en la 2ª instancia por los arts. 887 y ss. LEC, y contra su resolución no cabrá recurso de súplica. Pero, en el supuesto de que al tramitarse la 2ª instancia surgiera un nuevo incidente, éste sería tramitado por los art. 741 y ss. y la resolución, en forma de sentencia, sería suplicable a tenor del art. 759, II LEC.

### *C. Los recursos devolutivos*

#### *1. El recurso de apelación*

La Ley de enjuiciamiento civil admite el recurso de apelación en el proceso de ejecución de sentencias firmes de condena, salvo en aquellos casos en que esté taxativamente prohibido. Entre estas prohibiciones se encuentran lógicamente las referentes a aquellas resoluciones insertas en los art. 930, 936 y 948 LEC, ya estudiadas anteriormente. Igualmente, debemos englobar en este apartado aquellos autos resolutorios de los recursos de reposición contra las providencias de mera tramitación, a tenor de la prohibición expresa contenida en el art. 377 LEC.

El estudio de las resoluciones que sí son recurribles en apelación permite distinguir tres grupos perfectamente diferenciados:

a) En primer lugar, las resoluciones dictadas por el juez al resolver los recursos de reposición interpuestos contra providencias de "no" mera tramitación y autos (excluidos los contemplados en el art. 382 LEC), cuya apelación, según vemos, es permitida por el art. 380 LEC.

b) En segundo lugar, aquellas resoluciones que son recurribles di-

---

(11) Posibilidad admitida a tenor de los artículos 949 y 950 LEC.

rectamente en apelación, sin necesidad de interponer previamente el recurso de reposición. Podemos distinguir, a su vez, tres tipos:

a') Las sentencias definitivas, los autos resolutorios de las excepciones dilatorias y de incidentes, contemplados en el art. 382 LEC. Respecto de las dos primeras no tiene sentido hablar en este trabajo porque no afectan al proceso de ejecución. Las últimas, en cambio, hacen referencia a las sentencias resolutorias de alguno de los incidentes contemplados en el art. 745 LEC, que son directamente apelables en virtud del art. 758, II LEC. Por lo demás, la contradicción entre el art. 758, II, que dice taxativamente que la apelación de la sentencia del incidente es en doble efecto, y el art. 949, I, que prevé las apelaciones, en todo caso, en un sólo efecto, debe resolverse a favor del segundo (art. 949, I LEC), por cuanto afecta a la ejecución en su conjunto.

No obstante lo anterior, en el párrafo 2º del art. 949 de la LEC se exceptúa de la regla general de admisión de la apelación en un sólo efecto aquellos incidentes que sean promovidos sobre cuestiones controvertidas en el pleito ni decididas en la sentencia. En definitiva, deberemos estar a una interpretación del contenido de la cuestión planteada en el incidente para determinar, en cada caso, si realmente puede ser estimado en un sólo efecto o en los dos. Dicha cuestión, además, será estudiada en el recurso de casación, por cuanto el art. 1695 LEC cuestiona exactamente lo mismo. Pero sobre ello volveremos más adelante.

b') Las resoluciones (auto) que ponen fin al incidente de liquidación de sentencias ilíquidas (art. 942 LEC). La apelación es, en este caso, directa (no se necesita la interposición previa del recurso de reposición) y, además, lo será en un sólo efecto, a tenor del propio art. 942 LEC. Por su parte, la tramitación de la apelación (2ª instancia) de dicho incidente de liquidación se realizará a través de los trámites prescritos en los artículos 887 y ss. LEC, según el art. 944, I LEC (12).

---

(12) Lógicamente, podría suponer el lector que al estar ante un incidente de liquidación de sentencias ilíquidas, la posibilidad de apelar directamente ya nos viene reseñada en el art. 382 LEC cuando dice: "...serán apelables (...) las sentencias de los incidentes...". Sin embargo, esto no es del todo cierto —aunque terminológicamente en ambos casos estamos ante incidentes— ya que, aún existiendo alguna similitud, el legislador ha querido marcar las diferencias.

El incidente de liquidación de sentencias ilíquidas es un trámite *ad hoc* en ejecución de sentencias, y sólo ante circunstancias excepcionales (la regla general es que las sentencias sean líquidas) deben admitirse y sustanciarse dichos incidentes. Además, las diferencias son claras: la resolución del proceso incidental, según el art. 758 LEC, es por sentencia, mientras que la resolución del incidente de liquidación es por auto (art. 942); además,

c') También se debe analizar en esta sede el supuesto particular contemplado en el art. 937, III LEC. El auto por el que se deniega el recibimiento a prueba en fase de liquidación de sentencias ilíquidas, podrá ser apelado por parte legítima, pero dicha apelación se admitirá y sustanciará a la vez que la apelación contra la resolución que ponga término a esta fase.

Aunque la ley no dice nada, por analogía a otras normas reguladoras de los recursos contra las resoluciones interlocutorias podría pensarse que el recurrente deberá preparar dicha apelación en momento procesal oportuno y, posteriormente, volver a reproducirla, al interponer el recurso contra el auto que pone fin al incidente (13).

c) En tercer lugar debemos hacer mención del supuesto particular contemplado en el art. 1525 LEC relativo al incidente que se puede promover con objeto de la rendición de cuentas, en el caso de una administración en pago de la finca subastada. Dicho artículo dispone que la sentencia que ponga fin al incidente promovido y tramitado según los art. 1523 y ss. LEC (que no es más que un juicio verbal), será apelable directamente y en doble efecto.

La explicación del contenido de esta norma es sencilla: la ejecución de la sentencia por medio de una administración en pago de los frutos y rentas, tras la segunda o tercera subasta de la finca entra en una fase rutinaria, produciéndose tan sólo (como posible incidente a reseñar) las controversias entre las partes sobre rendición de cuentas, discusión que una vez resuelta puede ser apelada en doble efecto, ya que no incide directamente en la ejecución de la sentencia, ni mucho menos en la administración de dichos frutos y rentas por el ejecutante.

---

la apelación del incidente genérico es en doble efecto (art. 758 LEC), mientras que la apelación al incidente de liquidación es, siempre en un sólo efecto (art. 942 LEC).

(13) En hipótesis similares como la recogida en el art. 703 LEC, referente al juicio de menor cuantía, dispone el legislador que interpuesta la apelación contra alguna resolución interlocutoria, el juez la tendrá por interpuesta para su tiempo sin que se interrumpa el proceso. En este caso se deberá *reproducir* dicha apelación al recurrir la sentencia firme.

También encontramos supuestos similares con relación al llamado por el legislador "recurso de nulidad" relativo al art. 495 LEC, en el incidente de impugnación de la cuantía. El recurrente, en el caso de que se falle que los trámites a seguir son los relativos al juicio de menor cuantía, deberá hacer exactamente lo mismo que planteábamos en el apartado anterior de la presente nota.

Creemos que dicha teoría deberá ser aplicada en los mismos términos en el caso analizado y relativo al art. 937, II de la Ley de enjuiciamiento civil.

## 2. *El recurso de queja*

El recurso de queja es un recurso dirigido a un fin concreto: revocar la resolución de inadmisión de los recursos de apelación o casación.

Las reglas generales sobre el recurso de queja se encuentran contenidas en el art. 398 LEC, siendo necesario el recurso de reposición previo contra la providencia. Si el juez (esta cuestión no afecta a la Sala, ya que ante la inadmisión del recurso de casación, la queja es directa) se mantiene en el criterio de la denegación al resolver la reposición, el propio juez, dentro de los seis días siguientes, facilitará testimonio a la parte perjudicada, la cual tendrá el plazo de quince días para formalizar el recurso de queja ante la Audiencia.

La Audiencia o el Tribunal Supremo librará orden al juez o tribunal *a quo* para que informe y justifique la denegación de la apelación o casación. Tras el informe, la Sala o el T. S. resolverá sin más, haciendo constar en el caso de estimar la apelación, si es en uno o en dos efectos.

## III. *EL RECURSO EXTRAORDINARIA DE CASACION EN EJECUCION DE SENTENCIAS*

### *A. Ambito de aplicación*

El recurso de casación al amparo del art. 1695 LEC tiene una especial relevancia en el proceso de ejecución por dos razones concretas. De una parte, el legislador ha restringido el cauce de acceso al recurso (el estricto cauce de admisión del recurso de casación, que se especifica en el art. 1695 LEC, se reduce tan sólo a dos motivos: que se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia (13), o se provea en contradicción con lo ejecutoriado). Por otra parte,

---

(13 bis) Desde luego, entendemos que la redacción del texto no es muy afortunada y que la propia expresión literal del mismo se puede plantear varios interrogantes. Así, Moreno Catena, *Líneas metodológicas para el estudio del recurso de casación civil en ejecución de sentencias*, La Ley, 1981, II, pág. 938, pone de manifiesto lo siguiente: "...a contrario sensu de lo señalado en el precepto, no habrá lugar a recurso de casación en ejecución de sentencias cuando se resuelvan en este proceso puntos sustanciales no controvertido en el pleito, pero sí decididos en la sentencia..."; y, también, "...no habrá lugar a recurso de casación en ejecución de sentencias cuando se resuelvan puntos sustanciales controvertidos en el pleito y no decididos en la sentencia...".

Creemos, no obstante, con el citado autor, que se debe entender (y así lo manifiesta una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo) que el legislador se refiere al conjunto de los dos factores: controversia en el pleito y fallo en la sentencia. Si así no fuera, estaríamos mezclando dos cuestiones distintas: la casación en ejecución de sentencias y la

determinar cuando una resolución judicial dictada en ejecución de sentencias podrá ser revisada por el tribunal Supremo sólo es posible a través de una interpretación del contenido de dicha resolución en comparación con el contenido de la ejecutoria.

En este contexto, consideramos necesario plantear las siguientes cuestiones previas:

a) ¿Los motivos contenidos en el art. 1695 LEC se refieren a errores, cometidos por el ejecutor, de carácter procesal o, por el contrario, son de carácter material?

b) Si el art. 1695 LEC contempla los dos únicos motivos que tienen acceso al recurso de casación, ¿a qué se debe la literalidad del art. 944, II LEC, negando cualquier otro tipo de recurso al auto que resuelve la apelación en materia de liquidación de sentencias ilíquidas?

Al hilo de estos dos interrogantes intentaremos sistematizar las cuestiones que, a nuestro entender, resultan más importantes con relación al recurso de casación contra las resoluciones dictadas en el proceso de ejecución de sentencias firmes de condena; e, igualmente, intentaremos sistematizar el ámbito de aplicación de este recurso.

Dicha tarea, por razones sistemáticas, la iniciaremos con el segundo de los interrogantes planteados. Debemos preguntarnos: ¿estamos ante una pura y simple repetición de preceptos? o bien ¿estamos ante una regla general y una excepción? (regla absoluta el art. 1695 y excepción el art. 944, II; o, por el contrario, el art. 944 es la regla absoluta, con las excepciones contempladas en el art. 1965). La jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante y nada nos resuelve. En sus resoluciones dictadas encontramos, en efecto, dos posiciones netamente diferenciadas (14):

a) Existen, en primer lugar, sentencias que niegan la posibilidad de recurrir en casación contra el auto que dicta la Audiencia en resolución y fijación de la cuantía definitiva de una sentencia de condena con reser-

---

congruencia de la sentencia. En definitiva, y como manifiesta Moreno Catena, "el legislador exige, para la estimación de este recurso de casación, que la resolución dictada en ejecución de sentencias resuelva puntos sustanciales, siempre que concurren dos factores y sólo entonces: que esos hechos sustanciales no hayan sido controvertidos en el pleito y que esos mismos no hayan sido decididos en la sentencia que se ejecuta".

(14) En este apartado consideramos acertada la distinción que hace de las resoluciones del Tribunal Supremo Miguel Ángel Fernández, op. cit. pág. 83. En líneas generales seguiremos este esquema.

va de la fijación del "quantum" para la fase de ejecución, por dos motivos concretos: o bien por la aplicación tajante del párrafo 2º del art. 944 LEC, o bien al considerar que el art. 944, II es una excepción absoluta del contenido del art. 1695 LEC, por lo que no es de aplicación a este tipo de resoluciones —auto de liquidación de sentencias ilíquidas— las excepciones contenidas en el párrafo 2º del citado artículo (15).

b) Otro tipo de sentencias consideran que la regla absoluta es el art. 944, II LEC y que los motivos del art. 1695 LEC constituyen una excepción. La consecuencia de esta doctrina no es otra que admitir la posibilidad del recurso de casación al amparo del art. 1695 LEC contra los autos que liquidan una sentencia ilíquida (16).

Así pues, si consideramos más acertada esta última teoría, que por otra parte ha sido seguida por la jurisprudencia más reciente, observamos que, de *lege lata* y en este punto, nada nos soluciona la distinción entre la regla absoluta y la excepción; el párrafo 2º del art. 944 está inmerso en el art. 1695. Pero, quizás, como intentaremos poner de relieve más adelante, pueden traerse a colación —y así lo ha hecho el Tribunal Supremo— algunas consideraciones importantes que hacen necesario el mantenimiento del tenor literal de ambos artículos en la ley de enjuiciamiento civil.

De esta forma, debemos centrar nuestra atención en el primero de los interrogantes y determinar cuándo las cuestiones planteadas por el recurrente son de carácter procesal o material. Al respecto, se pueden plantear los siguientes supuestos de hecho:

a) Supuesto de que las cuestiones deducidas sean de carácter procesal:

(15) Es precisamente, la jurisprudencia anterior a 1930 la que se muestra más inflexible en la aplicación del tenor literal del art. 944, II (cfr. la st. de 19 de abril de 1887). Por otra parte, existen un grupo de sentencias que afirman la excepcionalidad del art. 944, II LEC con relación al art. 1695 del mismo texto legal. Así, afirma el T.S. que "...dicho precepto —refiriéndose al art. 944, II— sería letra muerta y carecería de la finalidad que la ley le atribuye si no se estimase que entraña una excepción del art. 1695 de la LEC, como el Tribunal ha consignado en el Auto de 25 de febrero de 1925 y en la st. de 3 de diciembre de 1927..." (cfr. 21 de enero de 1932). Ver igualmente las SS de 26 de marzo de 1949, 23 de enero de 1934, 29 de octubre de 1955.

(17) Afirma el T.S. en la st. de 15 de junio de 1963 que "...la singular característica del recurso de casación que autoriza el art. 1695 LEC, excepción única al principio absoluto del párrafo 2º del art. 944 LEC se justifica sólo en el supuesto de que se produzca una discordancia entre la sentencia recaída en el proceso de declaración y los términos en que se cumpla ésta...". Ver igualmente las SS de 27 de febrero de 1942; 18 de octubre de 1964 y recientemente la de 29 de abril de 1979.

Todas las cuestiones relativas al quebrantamiento de formalidades del proceso de ejecución no tienen acceso a casación por el juego combinado de los artículos 944 y 1695 LEC. Así, en el caso de la tramitación procedimental según los arts. 928 y ss. LEC en fase de liquidación de sentencias ilíquidas; y en los arts. 1481 y ss. LEC, en la denominada vía de apremio, las impugnaciones de parte tienen su límite en el recurso de apelación ante la Audiencia.

Ello es lógico porque el legislador ha considerado el recurso de casación al amparo del art. 1695 LEC como una casación por infracción de ley (17) y, en lógica consecuencia, ha rechazado todos aquellos recursos por quebrantamiento de forma en trámite de ejecución de sentencias (18):

b) Cuestiones de carácter material que el legislador reserva a la exclusiva apreciación del juzgador de instancia. Entre estos supuestos podemos observar los siguientes:

a) En primer lugar, podemos encontrarnos ante una sentencia ilíquida en la que se deja para la fase de ejecución —utilizando la potestad del juzgador contenida en el art. 360 LEC— la fijación de la cuantía definitiva de la condena. Al respecto, se deben considerar dos posibles supuestos: 1.- que el ejecutor proceda según los trámites del art. 928 y ss. LEC, y fije la cuantía de forma clara; 2.- que al realizar la liquidación de la sentencia ilíquida el ejecutor tenga necesariamente que interpretar el contenido sustancial de la ejecutoria.

Ninguno de estos supuestos, sin embargo, plantea problemas respecto al acceso a casación. En el primero de ellos no existe acceso a casación porque los vicios que el ejecutor pudiera cometer serían “*vicios in procedendo*”. En el segundo tampoco, porque la función interpretadora está reservada al juez de instancia, aunque para ello sea necesario en muchas ocasiones analizar los considerandos de la sentencia que son re-

---

(17) Se deduce del juego combinado de los arts. 1695, 1702 y 1729 de la Ley en relación a la admisión del recurso de casación. Esta posición, sin duda, es criticable, pues, precisamente, los dos supuestos o motivos de casación recogidos en el art. 1695 LEC son, y así se deberían considerar, vicios *in procedendo* dando lugar a un quebrantamiento de forma y no a infracción de ley (vid. Moreno Catena, op. cit.).

(18) La st. de 16 de febrero de 1899 es clara: “no se autoriza resoluciones recaídas en ejecución de sentencias, a menos que constituyan estas un juicio declarativo como así tiene declarado este Tribunal...”. Ver, igualmente, las SS de 22 de marzo de 1979 y de 22 de enero de 1980. Cfr. Manresa, op. cit. Tomo VIII, pág. 599 y ss. y la jurisprudencia allí citada. Últimamente la st. de 31 de mayo de 1983.

veladores de la *ratio decidendi* como ha puesto de manifiesto la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (19). Ello, por supuesto, siempre que no se resuelvan cuestiones nuevas, o en contradicción con lo ejecutoriado (20).

b') De igual modo, es materia reservada al ejecutor la determinación de la condición —personalísima o no personalísima— del deber contenido en la sentencia de condena a un hacer (21), conforme al art. 924

---

(19) El Tribunal Supremo en determinadas ocasiones ha observado de forma generalizada que las diligencias ejecutorias realizadas por el juez están hechas en base a la interpretación de la propia ejecutoria, única facultad reservada al órgano jurisdiccional. Así, afirma "...es un recurso especialísimo —se refiere al recurso de casación al amparo del art. 1695 LEC— que desborda los límites típicos; se defiende de la sentencia contra las actuaciones practicadas en la ejecución misma, debiéndose verificar la confrontación en los mismos términos intangibles del fallo y los de la resolución judicial que se dicte para su efectividad, bien entendido que no surgirá tal discrepancia si los pronunciamientos no se oponen en la realidad al contenido de la ejecutoria o se limitan a fijar las obligadas deducciones y el verdadero alcance de la resolución que se ejecuta. Pues de igual modo no puede tacharse de incongruencia el fallo que resuelve en esencia las pretensiones deducidas, aunque no vaya acomodada por el postulado, tampoco contravienen lo acordado en las resoluciones dirigidas a llevar a cabo una sentencia pues asiste a los tribunales la indeclinable facultad de interpretarlas, valiéndose para ello, si preciso fuere, y como elemento de auténtica interpretación de las consideraciones que sirvieron de base y fundamento jurídico en cuanto reveladoras de la *ratio decidendi* por lo que no se producirá extralimitación, y por consiguiente exceso de poder...". (Cfr. st. 22 de enero de 1980). Ver igualmente las SS de 17 de marzo de 1979; 16 de febrero de 1979; 17 de diciembre de 1980.

En supuesto similar, y quizás más clarificador, el Ts afirma que "...para la interpretación de lo ejecutoriado se deben considerar todos aquellos factores que son consecuencia ineludible de la esencia jurídica de la situación que se resuelve..." (cfr. st. de 10 de marzo de 1950).

(20) En numerosa jurisprudencia del TS hemos observado que relacionan la redacción de los artículos 944 y 946 LEC, por otra parte redactados de conformidad con la base 5ª de la ley de 21 de junio de 1880, con la particularidad de considerar todas aquellas cuestiones resueltas por el juzgador a tenor de las normas impresas en la sección primera del Título VII del Libro II de la Ley de enjuiciamiento civil relativa a la ejecución de sentencias (art. 919 y ss... LEC), como cuestiones de hecho cuya apreciación está reservada a la Sala sentenciadora, y de aquí la prohibición de formalizar recurso de casación contra este tipo de resoluciones. Ahora bien, prohibición que lógicamente quiebra con los casos excepcionales contenidos en el art. 1695 LEC, (véase en este sentido lo manifestado anteriormente). (Cfr. la st. de 18 de marzo de 1960). Ver, igualmente, la st. de 20 de junio de 1974.

(21) Reiteradísima jurisprudencia del TS resuelve la cuestión en estas coordenadas. Podemos citar, al respecto, entre las muchas existentes, la st. de 30 de septiembre de 1931 que afirma: "al resolver el caso en cuestión no se vá en contra de la sentencia firme que recayó en el pleito, puesto que si es cierto que aquellas mandó destruir la edificación levantada, habiéndose hecho esto imposible, se aplica como sustituto el resarcimiento de daños y perjuicios, según queda expresado conforme a la doctrina del TS...". Cfr. también, la reciente st. de 5 de febrero de 1979.

LEC. En el primero de los casos —condena a un hacer personalísimo—, si el deudor condenado no hace, su obligación se muda en la de indemnizar daños y perjuicios, cuya cuantía se obtendrá según los trámites de los arts. 928 y ss. LEC; en el segundo supuesto —condena a un hacer no personalísimo—, existe la posibilidad de realizar el “hacer” contenido en la ejecutoria por cuenta ajena y a expensas del ejecutado.

c) Cuestiones de carácter material que son susceptibles del recurso de casación.

Puede suceder que las distintas resoluciones que debe dictar el juez en el proceso de ejecución no se adecúen al contenido de la ejecutoria, por lo que parece necesario precisar los límites en que se debe mover el órgano jurisdiccional al interpretar el contenido de la sentencia (22). En este contexto se plantean los siguientes supuestos de hecho:

a') En primer lugar, la extralimitación subjetiva del juzgador al extender la responsabilidad a personas —en todos sus bienes presentes y futuros— que no han sido condenadas en la ejecutoria.

Puede suceder que en el tiempo que media entre la declaración contenida en la ejecutoria y el proceso de ejecutivo haya mediado una sucesión en la parte legitimada pasivamente en la ejecutoria. Sucesión que puede provenir de dos acontecimientos distintos (mortis causa o inter vivos), ambos regulados perfectamente en las normas materiales contenidas en el código civil. Al respecto, será el acreedor ejecutante el encargado de acreditar ante el ejecutor tal transmisión de la responsabilidad de la deuda, y por ende la aplicación de las normas materiales concretas, con un único fin: extender la responsabilidad a persona no designada en la ejecutoria.

Frente a esta posición lógica que se desprende del Ordenamiento jurídico, se puede afirmar lo siguiente: en el caso de que el ejecutor extienda la responsabilidad al sucesor (a instancias del ejecutante), éste podrá impugnar la resolución si considera que no se ha producido el supuesto de hecho que origina tal extensión ante el TS por la vía del art. 1695 LEC.

---

Con relación a la rendición de cuentas, que guarda un cierto paralelismo con el supuesto planteado, la jurisprudencia del TS es igualmente clara, y manifiesta que es materia reservada al juzgador, no siendo motivo de casación. Ver las SS de 7 de marzo de 1930, 6 de julio de 1938 y recientemente la st. de 28 de noviembre de 1980.

(22) El ejecutor está sometido a la ejecutoria en el siguiente sentido: deberá ejecutar todo, sólo y de forma en que le indique el propio título ejecutivo.

En rigor, el recurrente (ejecutado) estaría planteando ante el Tribunal Supremo que el ejecutor ha resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia.

b') También es preciso saber, con la certeza adecuada, cuál es el conjunto de bienes que configuran el círculo patrimonial responsable de la deuda a tenor del art. 1911 Cc.

Al respecto, debe examinarse si tan sólo el patrimonio del deudor (bienes presentes y futuros), o bien podrá ampliarse el círculo patrimonial a bienes concretos pertenecientes a personas distintas del ejecutado *strictu sensu*, y que, por su íntima conexión con el deudor, deben responder de la deuda.

Lógicamente, los supuestos de hecho que pueden originar tal extensión están regulados perfectamente en las normas materiales, y sólo por aplicación de ellas podrá el ejecutor afectar bienes distintos de los que componen el estricto círculo patrimonial cuya propiedad exclusiva y excluyente pertenece al deudor señalado en la ejecutoria. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en que puede afectarse bienes de una sociedad de gananciales, cuando el deudor *strictu sensu* es solamente uno de ellos; o bien cuando existe la figura del tercer hipotecario; etc...

Ante estos supuestos, si el perjudicado estima que las normas materiales aplicadas por el ejecutor no deberían entrar en juego, podrá denunciar tal vicio en casación por la vía del art. 1695, al estimar que el ejecutor resolvió puntos no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia.

c') Por último, el ejecutor debe limitarse a actuar la sanción contenida en la ejecutoria de la forma convenida en la misma; en otro caso estaría contradiciendo lo ejecutoriado. Piénsese por ejemplo, en el caso de que se ejecute la deuda como solidaria frente a dos o más deudores, cuando nada dice la ejecutoria; si nada dice la sentencia, a tenor del art. 1137 Cc, debe considerarse mancomunada y no solidaria. Tal vicio sería impugnabile en casación por el art. 1695 LEC.

En estos supuestos, al tratarse de una cuestión material susceptible de comprenderse en los motivos contemplados en el art. 1695 LC, el Tribunal Supremo debe conocer el fondo del recurso (en definitiva, comparar ambas resoluciones y observar si existe una disconformidad patente

en la ejecución del contenido de la ejecutoria) (23). Veremos más adelante que, por la defectuosa regulación de la LEC, esto no es del todo correcto. Por ello, debe negarse el acceso a casación a todos aquellos asuntos que, *a priori*, no estén inmersos en los motivos contemplados en el tan aludido art. 1695 LEC.

En conclusión, podemos sistematizar las resoluciones que tienen acceso al recurso de casación en ejecución de sentencias, del siguiente modo:

a) No habrá recurso de casación contra las resoluciones que supongan un quebrantamiento de las formalidades del proceso de ejecución, ni contra aquellas dictadas en ejecución de una sentencia que, de por sí, no gozaba del carácter de recurrible en casación por infracción de ley (24).

b) No cabrá el recurso de casación contra las resoluciones dictadas sobre cuestiones que son de la exclusiva soberanía del juez ejecutor.

c) Habrá, en la práctica, acceso al recurso de casación cuando se impugne una resolución que resuelva cuestiones de carácter material, y no sean materia reservada expresamente a la soberanía del ejecutor. En la más pura teoría, y tal y como manifestamos en el siguiente epígrafe, ni siquiera estas cuestiones tienen acceso, con carácter general, al Tribunal Supremo; el art. 1695 de la ley, en efecto, impide el acceso a casación, salvo que se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se resuelvan en contradicción con lo ejecutoriado.

#### *B. Tratamiento procesal del recurso de casación en ejecución de sentencias: planteamiento y sustanciación*

Según ha manifestado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones el recurso de casación en ejecución de sentencias es de naturaleza excepcional, significando con ello que no se trata ni de un recurso por infrac-

---

(23) Hemos de observar que el tema es lo suficientemente amplio para que sea tratado en este breve trabajo. Por ello, es nuestra intención tan sólo hacer un breve esquema de aquellas resoluciones susceptibles en casación, dejando para posteriores trabajos el estudio en su necesaria profundidad.

(24). Véase lo manifestado por la jurisprudencia en Fenech-Carreras, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, Madrid, 1959, Tomo V, pág. 9938 y ss. Ver igualmente Moreno Catena, op. cit. pág. 940.

ción de ley, ni de un recurso por quebrantamiento de forma. Ahora bien, el propio Tribunal Supremo tiene declarado que, a los efectos de tramitación, se debe regir por y según los trámites del recurso de casación por infracción de ley. Por ello debemos considerar tres fases claramente diferenciadas: a) admisión del recurso por la Sala de Audiencia; b) admisión del recurso por la Sala de Admisión del Tribunal Supremo; y c) resolución sobre el fondo dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

### *1. Admisión por la Sala de Audiencia*

El tenor literal del art. 1702 LEC cierra el paso a todo recurso de casación contra resoluciones dictadas en ejecución de sentencias, que no se funden en alguno de los motivos contenidos en el art. 1695 LEC. Es más, no basta que sean alegados por el recurrente, sino que realmente deben darse dichos motivos.

De la lectura atenta del art. 1695, en relación con el 1702, se deduce que se denegará la admisión del recurso de casación contra la resolución dictada en ejecución de sentencia si la Sala estima que no se resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado.

En este contexto, la actuación de la Sala de Audiencia es determinante: negación del acceso a casación en todos los casos, salvo aquellos que ella misma estima englobados en el art. 1695, lo que conduciría a un absurdo legislativo. Frente a la resolución que declara la inadmisión, el recurrente tan sólo dispondrá del recurso de queja ante la Sala de admisión del Tribunal Supremo.

Fue el propio Tribunal Supremo, a través de una jurisprudencia reiterada, el que modificó el tenor literal de la ley, admitiendo y subrayando que “cuando el recurrente plantea haberse resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o que el fallo está en contradicción con lo ejecutoriado, la Sala sentenciadora no debe denegar la admisión fundamentándose en que son inexactas estas alegaciones, por no ser de su competencia la apreciación de estos particulares que constituyen el fondo del recurso...” (25).

### *2. Fase de admisión a trámite por la Sala de Admisión del Tribunal Supremo*

---

(24 bis) Véase Manresa, op. cit. pág. 519.

En fase de admisión a trámite la cuestión se suscita en los mismos términos anteriormente mencionados. La Sala de Admisión debe rechazar el acceso a trámite de todas aquellas resoluciones que no estén englobadas en el art. 1695 LEC, haciendo supuesto de la cuestión y prejuzgando el fallo, tal y como le indica el art. 1729, III LEC.

En este contexto, y por la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el trámite de admisión prácticamente desaparece debido a que cualquier supuesto de hecho (si el recurrente plantea la existencia de motivos del art. 1695 LEC) puede ser susceptible de estar inmerso en los motivos de casación, lo que supondría en definitiva, resolver aquellos que son de la competencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (25).

Por otra parte, si tiene una verdadera actuación la Sala de admisión en el caso de que el recurso planteado por el recurrente tenga algún óbice procesal de los enumerados en los apartados primero y segundo del art. 1729 LEC (26).

### 3. Resolución de fondo del recurso por la Sala 1ª del Tribunal Supremo

En la práctica, tal y como expresamos anteriormente, el fondo del recurso lo resuelve la Sala 1ª del Tribunal Supremo, pero, paradójicamente, con una resolución un tanto anómala: cuando inadmite el recurso, inadmite el acceso a casación y, por tanto, declara que dicho Tribunal no tiene como misión lo que propone el recurrente (27); y, por el contrario, cuando admite el acceso a casación, admite también el recurso,

---

(25) El art. 1729, III afirma lo mismo que el art. 1702 sobre la inadmisión de la Sala de audiencia; es decir: debe rechazarse el recurso al trámite si el auto está englobado en el art. 1659 LEC.

(26) Concidimos en parte con Monzón, *Sobre el recurso de casación que autoriza el art. 1695 de la Ley de enjuiciamiento civil*, en R.D. Procesal, 1946, Tomo IV, pág. 609 y ss., al afirmar que los supuestos que se especifican en el art. 1729 LEC, están pensados para el recurso de casación por infracción de ley, y que no son de aplicación para el recurso de casación al amparo del art. 1695 de la Ley. Estimamos que tan sólo los párrafos primero y segundo y en lo que supone la alusión al art. 1690 y 1694 del párrafo tercero del citado artículo son de aplicación al recurso de casación en ejecución de sentencias. Además, nos felicitamos de que el Tribunal Supremo no haya observado en este artículo una aplicación rigurosa del apartado sexto y exigir a los recurrentes el rigor formal impropio de los tiempos actuales.

Por otra parte, Monzón acierta a distinguir entre lo que supone la incongruencia de la sentencia ejecutoriada con la demanda y la contradicción de que nos habla el art. 1695 LEC, no pudiéndose aplicar el párrafo octavo del art. 1729 LEC, posición que es corroborada por Miguel Angel Fernández, op. cit. pág. 255.

(27) Véase la st. de 28 de mayo de 1982.

casando la sentencia y dictando una nueva.

Sin embargo hay que resaltar que tal anomalía se debe sólo y exclusivamente a la deficiente regulación de la Ley de enjuiciamiento civil. Deficiencia que tan sólo podría ser corregida por una reforma en profundidad del citado texto legal, cuya necesidad es tan urgente como perentoria (28).

### *C. Conclusiones y aportaciones de Lege ferenda que consideramos oportunas*

Si relacionamos el tratamiento procesal del recurso de casación en ejecución de sentencias con la finalidad esencial perseguida por el legislador al regular el proceso de ejecución (no dilatar más de lo necesario los trámites del proceso) se pone de relieve una gran contradicción: cualquier ejecutado podrá instar el recurso, planteando alguna cuestión material, con el sólo objeto de llevar la cuestión ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo y retrasarlo de forma fraudulenta.

En este contexto, consideramos necesario hacer unas proposiciones de *lege ferenda* que tiendan a ofrecer una regulación del acceso a casación manteniendo los objetivos planteados por el legislador: buscar el equilibrio entre el interés del ejecutante en no dilatar la ejecución, y el interés del ejecutado de poder controlar la actividad ejecutiva del ejecutor. Así, las propuestas —sometidas a cualquier crítica— podrían ser las siguientes:

1) Artículo 1689 LEC: 4º Contra los autos (y sentencias, en su caso, al resolver incidentes planteados a tenor del art. 949 LEC) dictados por las Audiencias en trámite de ejecución de sentencias.

Con la introducción de este párrafo en el art. 1689 de la Ley proponemos algo que es obvio: formular en un mismo precepto cuáles son las resoluciones que, con independencia del motivo que plantee el recurrente, podrán tener acceso a casación. Con ello, reservamos para el art. 1695

---

(28) Pese a lo que manifestamos sobre la necesidad de una reforma urgente en esta materia, hemos de advertir que el legislador actual tiene en mente una reforma amplia de la Ley de enjuiciamiento civil, que entró en el Congreso de los Diputados con publicación en el Diario oficial del mismo en fecha 7 de junio de 1983, estando actualmente aprobada la ponencia por el Congreso y en breve plazo iniciará los trámites el Senado. Al hilo de las proposiciones de *lege ferenda* que proponemos en el próximo epígrafe, comentaremos el contenido de dicho proyecto de ley en lo que atañe al recurso de casación en ejecución de sentencias.

LEC, como después se verá, tan sólo la redacción de los motivos en que se debe fundar la Sala 1ª del Tribunal Supremo, al estimar un recurso; pero, no habrá obstáculo para que, admitida la revisión por el Tribunal de la resolución impugnada, éste pueda dictar un fallo desestimatorio.

El proyecto-ley al que aludíamos anteriormente contempla, en cierta medida, esta misma proposición de *lege ferenda* al incluir en el art. 1687 del Proyecto, y junto con las demás resoluciones que son susceptibles de ser impugnadas en casación, a los autos dictados por las Audiencias en trámite de ejecución de sentencias. Ahora bien, la redacción del párrafo 2º del art. 1687 del proyecto contempla dos cosas: a) que dichos autos podrán ser impugnados en casación; y b) que tan sólo por los motivos que en él se regulan. Con ello, el legislador se propone que en un mismo precepto se contemple la casación en ejecución de sentencias, a diferencia de lo que sucede en los recursos de casación por infracción de ley y de quebrantamiento de forma. En definitiva, repite el mismo error que existe en la legislación actual, tal y como luego comentaremos.

2) Art. 1695 LEC: Habrá lugar al recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias en los procesos de ejecución, cuando:

- a) el ejecutor resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia. Y,
- b) el ejecutor resuelva en contradicción con lo ejecutoriado.

La modificación radical del art. 1695 LEC supone, a nuestro entender, una innovación desde tres puntos de vista:

a) En primer lugar, el art. 1695 contemplaría solamente los motivos en que debe fundarse una hipotética estimación del recurso por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, no regulando conjuntamente —como sucede actualmente— dos cosas: a) las resoluciones que pueden ser objeto del recurso; y b) los motivos en que puede fundarse. Con ello, intentamos que la regulación del recurso de casación al amparo de los motivos planteados en el art. 1695 LEC sea similar a la regulación contenida para los otros dos tipos de recurso de casación: infracción de ley y quebrantamiento de forma. En el primero, la determinación de qué resoluciones tienen acceso a casación se encuentra regulada en los art. 1689, 1690 y 1694 LEC; contemplándose los motivos en el art. 1692 LEC. Por lo que respecta al quebrantamiento de forma, los artículos 1689 y 1690 LEC nos dicen qué resoluciones tienen acceso al Tribunal Supremo; será el art. 1693 LEC el que nos indique cuáles son los motivos de impugnación.

Por su parte, el proyecto-ley no hace esta distinción, cometiendo, a nuestro entender, un grave error al regular conjuntamente dos cosas (resoluciones y motivos) que conducen a una gran confusión entre las fases de admisión y el fallo del recurso.

b) Si admitimos la conveniencia de tal modificación desde el punto de vista antes examinado —buscar un tratamiento procesal similar a los otros recursos de casación— debe admitirse igualmente la conveniencia de tal modificación al observar que con ella se consigue una distinción nítida entre dos fases de la propia tramitación del recurso: fase de admisión y fase de resolución.

Hicimos hincapié en el epígrafe anterior al tratar el tratamiento procesal del recurso de casación de la inutilidad de la fase de admisión —tanto ante la Sala de Audiencia como ante la Sala de Admisión del Tribunal Supremo—, al restringir el legislador el cauce de acceso a casación a los dos únicos supuestos contemplados en el art. 1695 LEC, de tal forma que existía una conexión íntima entre las resoluciones que tienen acceso a casación, y la estimación del recurso; en sintexis: sólo tienen acceso al enjuiciamiento sobre el fondo aquellos recursos planteados por motivos que realmente se dan; si no existe el motivo, ya no existía ni siquiera la posibilidad de revisión por el Tribunal Supremo.

En este contexto, la modificación nos llevaría al siguiente resultado: existirán resoluciones dictadas por las Audiencias en trámite de ejecución que, por su importancia, deben ser planteadas ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo; éste, al revisar el asunto, podrá estimar el recurso —si se dan los motivos previstos en la ley— o bien rechazar el mismo en el supuesto contrario.

c) Desde un tercer punto de vista, la modificación planteada evita un regla general de prohibición del acceso a casación de las resoluciones dictadas por las Audiencias en trámite de ejecución de sentencias, como hace el párrafo primero del art. 1695, dejando para la fase de admisión el análisis de aquellas resoluciones que, pese a estar incluidas en el art. 1689 LEC, no deben tener acceso a casación por el juego combinado de los art. 1702 y 1729 de la Ley, y en este caso también con el art. 944, II del propio texto legal en cuanto que afecta a la ejecución de sentencias. Veremos más adelante como se resuelve este problema.

3) Art. 1702 LEC. (supresión de la remisión al art. 1695). Párrafo segundo: En relación con el apartado 4º del art. 1689 deberá, igualmente, denegarse la certificación a que alude el art. 1701 si la cuestión plan-

teada por el recurrente es de carácter procesal, o bien si la ejecución se refiere a una sentencia que no esté incluida en los apartados primero o tercero (el segundo está derogado en la actualidad) del art. 1689.

4) Art. 1729 bis (de nueva creación). A los efectos del recurso de casación contra una resolución contenida en el párrafo 4º del art. 1689 y por los motivos del art. 1695, se hará la declaración primera del art. 1728, cuando:

a) En los casos previstos en los apartados primero y segundo del artículo precedente, o bien cuando la ejecución se trate de una sentencia no incluida en los párrafos primero o tercero del art. 1689.

b) Cuando el Auto dictado por las Audiencias está resolviendo cuestiones reservadas a la exclusiva soberanía del ejecutor.

c) Cuando la Sala entienda notoriamente que no existe contradicción entre la resolución impugnada y la sentencia ejecutoriada.

El comentario de ambas proposiciones de *lege ferenda* lo haremos conjuntamente por razones obvias: tanto el trámite procesal de la Sala de Audiencia como el trámite de la Sala de admisión del TS tienen como única finalidad la de filtrar y resolver cuáles son los recursos que tienen acceso a revisión por parte de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, sin prejuzgar en absoluto el fallo de ésta.

Además, aquí radican las cuestiones que, a nuestro entender, son más importantes de todas estas proposiciones en su conjunto. Entendemos que son las siguientes:

a) En primer lugar, la redacción actual no contempla de forma clara cuáles han de ser las misiones de la Sala de Audiencia y de la Sala de admisión del TS. Entendemos que, según lo propuesto, la Sala de Audiencia deberá analizar tan sólo el carácter de la resolución que se impugna, y determinar si está incluida entre aquellas a las que el legislador les permite, *a priori*, el acceso a casación a tenor del juego combinado de los arts. 1689 y 1702 de la Ley.

La Sala de admisión, por su parte, debe examinar dos cosas: a) si lo resuelto por la Sala de Audiencia es correcto; y b) si el recurrente cumplió las formalidades de tramitación del recurso de casación, tal y como se indica en los apartados primero y segundo del art. 1729 actual.

En ningún caso, las Salas destinadas a tramitar la admisión del recurso de casación tendrán que prejuzgar el fallo definitivo, quedando diferenciada nitidamente su función con la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (29).

b) En segundo lugar, al comentar el párrafo 2º del art. 1729 bis propuesto, nos enfrentamos ante una cuestión que necesita de una clara explicación. Intentamos evitar a través de esta modificación las muchas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (Sala 1ª) que concluyen afirmando que la cuestión que se resuelve es de la sola facultad del ejecutor, no siendo posible su revisión por este Tribunal (30).

Todas estas cuestiones pueden y deben ser rechazadas en trámite de admisión y con ello evitaríamos dilaciones innecesarias en ejecución de sentencias. La razón es bien sencilla: no es misión de la Sala 1ª examinar si el recurso debe tener o no acceso al Tribunal Supremo.

Ahora bien, se nos podría plantear dos interrogantes: ¿cuándo estamos ante cuestiones reservadas a la sola facultad del ejecutor?; y ¿ello no mermaría las garantías procesales de las partes?

A la primera de las cuestiones podría contestarse diciendo que ha sido la propia jurisprudencia del tribunal Supremo la que, con apoyo en el art. 944, II LEC (véase lo dicho en *supra*) ha realizado la gran tarea de señalar cuáles son las facultades del ejecutor, siendo por ello necesario remitirnos a la insistente y reiteradísima doctrina legal. Con respecto a la segunda cuestión consideramos que no se merman, más de lo necesario, las garantías procesales, por dos razones: a) no se puede olvidar que el legislador debe buscar el punto de equilibrio entre los intereses del ejecutante (no dilatar) y del ejecutado (poder impugnar); y b) la Sala de admisión reúne unos requisitos formales importantes: la composición es la misma que la Sala 1ª del TS (art. 1726 LEC); intervención del Ministerio Fiscal (art. 1722 y ss. ); comparecencia y vista en su caso (art. 1725 LEC); etc. Todos estos requisitos de sustanciación del trámite de admisión ofrece, a nuestro entender, muchas garantías a las partes.

c) Por último, en lo referente a la determinación de cuando se va en contra de lo ejecutoriado, es preciso afirmar que la Sala de admisión

---

(29) Véase al respecto lo que dice Monzón, op. cit. pág. 612.

(30) Véase nuestro trabajo que próximamente se publicará con el título *Consideración crítica de algunas cuestiones que plantea el recurso de casación en ejecución de sentencias en La Ley*, al hilo de las sentencias de 28 y 31 de mayo de 1982.

denegará el recurso cuando se deduzca *notoriamente* que no existe contradicción. La cuestión radicará en formalizar el concepto de *notoriedad* sobre los supuestos planteados. Sin embargo, y pese a que la formalización de dicho concepto pertenece a la soberanía del Tribunal Supremo, hemos introducido este apartado con una sola idea: eliminar el acceso a casación de todos aquellos recursos que sean planteados por los recurrentes con el ánimo de dilatar el proceso innecesariamente.

Además, podemos afirmar que el introducir este concepto no es algo nuevo para el legislador, ya que puede tener su precedente en dos casos concretos: a) en la propia ley, al analizar el recurso de casación por infracción de ley, la Sala de Admisión podrá rechazar el recurso cuando “el recurso o la infracción alegada se refiera a la incongruencia de la sentencia con la demanda y las excepciones, y resulte “*notoriamente*” que no existe tal incongruencia” (cfr. art. 1729, párrafo 8º de la LEC); y b) por su parte, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmó en numerosas ocasiones que “existe contradicción sólo cuando la sentencia dispone alguna cosa y la resolución recurrida ordena “*específicamente*” lo contrario (31).

---

(31) Véase Fenech-Carreras, op. cit. pág. 9972 y ss.

# EL GOBIERNO Y LA FUNCION DE GOBIERNO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

LUIS SANCHEZ AGESTA

## I

En los últimos 40 años ha habido una profunda crisis en las Ciencias Políticas por la presencia, junto a los estudios clásicos de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, a los que se sumaba ocasionalmente una historia de las ideas, de una Ciencia Política en sentido estricto que invadía todos los ámbitos tradicionales de estas otras Ciencias, con una serie de características de las que sólo recordaremos su insistencia en el estudio de los procesos políticos y en la invocación de nuevos métodos, con frecuencia inspirados en la experiencia. Esta presencia de una Ciencia Política se manifestó desde un primer momento como una verdadera crisis científica que creaba confusión (1) y suscitaba disputas entre lo que se consideraba más moderno en cuanto denunciaba como anticuado el trabajo de muchas generaciones.

Hoy esta polémica se ha serenado. Y para quienes aceptan la legitimidad de los antiguos métodos dogmáticos y aceptan al mismo tiempo el interés de los nuevos métodos y las nuevas contrucciones de la Ciencia Política, ha significado una fecundación científica que añade nuevas áreas del saber y que nos permite comprender mejor muchos problemas de la dogmática clásica y de su relación con este nuevo análisis de los procesos

---

(1) D.B. Truman, *Desillusion and Regeneration. The quest for a discipline*, en *The American Political Science Review*. LIX, n° 4, Dic. 1965, revela la confusión que existía incluso en la sistematización y la acotación de problemas de una "ciencia política".

políticos que preceden y acompañan al Derecho y nos permiten valorar su cumplimiento. No es sincretismo o mera yuxtaposición de saberes, sino síntesis interdisciplinaria entre la sociología, la historia, la ciencia política estricta, la economía y la dogmática jurídica. A la hora de señalar algunos puntos de esta nueva actitud que con un espíritu sintético trata de comprender los frutos de ambas líneas de investigación, habría que señalar entre otros resultados la definición de "regímenes políticos" como estructuras coherentes de ideas, normas jurídicas y hechos sociales y económicos que adquieren un perfil definido en la medida en que iluminamos el Derecho con esos procesos políticos nacidos de la experiencia que dan todo su sentido a un ordenamiento de Derecho.

Otro de estos frutos de este feliz encuentro de la Ciencia Política nueva con el conocimiento del Derecho, es el nuevo análisis de las funciones del Estado que hoy estamos en condiciones de realizar. A lo largo del siglo XIX y en los primeros 50 años del siglo XX, no sólo la Dogmática jurídica, sino incluso otras actitudes metodológicas fundadas en una tradición que arrancaba de Aristóteles y fue revitalizada por la doctrina de la división de poderes desde Locke hasta Montesquieu, distinguía como funciones del Estado un cuadro de funciones, que correspondían a la aprobación de normas, la ejecución administrativa de las mismas, o su aplicación contenciosa por los Tribunales. Al poder legislativo, ejecutivo y judicial corresponden efectivamente la función de establecer la ley, de proceder a su aplicación para atender a los fines generales, o de resolver, aplicándolas las cuestiones litigiosas. La Ciencia Política ha iluminado todo el proceso anterior al establecimiento de normas e incluso las incidencias con que tropieza su ejecución o aplicación contenciosa. Y ha ampliado, hoy ya con cierta solidez, una distinción entre *funciones políticas del Estado* y *funciones jurídicas* que no se circunscriben ya a la acción de legislar, ejecutar y juzgar. Recuérdese, por ejemplo, el esquema de Easton, que trata de analizar cómo desde los grupos y a través de los partidos se articulan y agregan intereses para presentar demandas al poder político que después las traducirá en normas como respuestas a esas exigencias de la sociedad; o los análisis de Lasswell sobre el proceso de decisión en que la norma se configura, se desarrolla y se vigila su cumplimiento. Hay hechos anteriores, simultáneos o posteriores al proceso jurídico que afectan a éste y que nos permiten comprenderlo mejor. Esta distinción que tiene en cuenta los ingredientes políticos con que el Derecho se forma, se desarrolla y se cumple, se reforma o se renueva, nos permite una visión más cabal de la acción del Estado, distinguiendo esas funciones políticas que contribuyen a crear, discutir y aplicar las normas y las funciones jurídicas con que la norma es formulada y aplicada de acuerdo con la lógica jurídica.

Hay que apresurarse a decir que estamos en un terreno nuevo, en que no hay un consenso en la doctrina, y ni siquiera en las fórmulas constitucionales, que prevén esta acción política dinámica con que el derecho se formula y se renueva; pero, sin duda hay algunos puntos en los que sí podemos movernos con más solidez y soltura al describir algunas de estas funciones políticas que vienen a completar las funciones jurídicas del Estado. Un ejemplo característico es la función de gobierno, que ya hace muchos años que fue presentida por las mismas sentencias de los Tribunales que rehusaban fallar, alegando que se hallaban ante problemas de Estado o problemas de gobierno, que no podían ser resueltos bajo el cuadro de una norma jurídica, e incluso por algunos autores que por lo menos incidentalmente hacían mención de una función gubernamental que parecía adivinarse en el cuadro de las funciones jurídicas tradicionales.

Por otra parte, el estudio de los regímenes parlamentarios y la comprensión de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento ha puesto también de relieve que en esos regímenes, la función del Parlamento no era tanto una estricta función jurídica de legislar, como una función política de controlar, designada con este término que incluso se ha popularizado entre el hombre de la calle. El hecho de que con frecuencia se señale que no es el Parlamento, sino aquella parte de los miembros de un Parlamento a los que se designa como "oposición", la que ejerce esa función, dato que procede del saber político y de que apenas es consciente la formulación de textos constitucionales, ha venido a hacer aún más claro la sustantividad de esa función política como distinta de la función jurídica. La ley la aprueba en efecto el Parlamento por una mayoría de quienes siguen al Gobierno, pero es la "oposición", es decir, aquellos parlamentarios que normalmente votan en contra de esa aprobación de la ley, la que ejerce esa función de control, limitando, discutiendo y quizá, incluso participando con sus enmiendas, en una ley que el Gobierno ha propuesto. Que esta serie de actos suponen también una función distinta y añadida a la de aprobar la ley, es un hecho patente, que nos obliga a discernir esa función política de *control* como distinta de la función legislativa que la formula y aprueba. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero nos basta con destacar estos dos que son quizás aquellos en los que hay un relativo consenso en la doctrina de hoy, a la hora de analizar la acción del Gobierno y el Parlamento en esa doble vertiente política y jurídica.

## II

Después del Título III que estudia bajo el epígrafe “De las Cortes Generales” el órgano y la función legislativa, el Título IV bajo el enunciado “Del Gobierno y de la Administración” desarrolla la función ejecutiva que desglosa en dos funciones a los que atienden órganos que parecen insinuarse como diferentes en el mismo Título: El Gobierno y la Administración.

Esta distinción significa una importante novedad en nuestro Derecho Constitucional porque esta definición del sentido estricto y de una manera consciente, de un órgano y una función de gobierno no se ha comprendido por la doctrina ni se formula hasta un momento muy tardío en nuestros textos constitucionales. La Constitución de Cádiz, ciertamente, dedicó su capítulo III del Título II, al “Gobierno”, pero la palabra “Gobierno” tiene aquí un sentido muy general, como referencia a toda la organización de poderes y a las tareas que se le encomiendan”. El objeto del “Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”, dice el artículo 13. Y los artículos siguientes, 14 a 27, definen ese “gobierno” como una monarquía hereditaria y trazan las líneas generales de la división de poder, atribuyendo la potestad de hacer las leyes a las Cortes con el Rey, la de ejecutarlas al Rey y la de aplicarlas en causas civiles y criminales, a los Tribunales.

Porque como ha advertido Pérez Serrano, el término “Gobierno” puede significar cosas muy diversas. Y en este caso, aludía al complejo de órganos e instituciones que dirigían la actividad del Estado y a esta misma actividad. Quizá este sentido es el que justifica que durante mucho tiempo se haya apoyado en la expresión “formas de gobierno” la clasificación de diferentes estructuras de los órganos e instituciones del Estado o, en general, de las constituciones. Hoy, en cambio, aunque todavía se recuerde ese sentido, empleamos el término “gobierno”, bien para referirnos a todos los órganos de lo que se llama también con cierta imprecisión “poder ejecutivo”, que comprende la Jefatura del Estado, el Consejo de Ministros y la Administración; bien, más concretamente, para designar al Consejo de Ministros, en general, o más precisamente, el mismo Consejo de Ministros en cuanto es un órgano de dirección política que asume una función específica en el régimen parlamentario.

Este último es el sentido más próximo al enunciado en nuestra Constitución. Por lo pronto, hay que advertir que tiene un título separado

de la Jefatura del Estado, que se considera en el Título II, bajo el enunciado de "la Corona", discerniendo a ésta como símbolo del Estado y que arbitra y modera el funcionamiento regular de los poderes públicos de la función ejecutiva; y también se separa netamente dentro de esta función ejecutiva el "gobierno" de la "administración".

El Título V, a su vez, enuncia "De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales", destacando así la importancia del Gobierno y su relación con las Cortes, en un régimen parlamentario. Estamos, pues, ante un concepto específico del Gobierno, como órgano de un régimen parlamentario, cuya composición y límites, como órgano de una función, se especifican con cierta seguridad y que sólo en algunos puntos tienen unos límites borrosos.

1. Decíamos antes, y conviene recordarlo, que el paso de ese concepto general del artículo 13 de la Constitución de Cádiz a este concepto específico, ha sido lento y difícil. La verdad es que la mayor parte de nuestras Constituciones aún cuando mencionaran incidentalmente a los ministros e incluso tempranamente en el Estatuto Real de 1834 al "Presidente del Consejo de Ministros" (arts. 37 y 40), e incluso al Gobierno que parecía identificarse con ese Consejo de Ministros en el artículo 50, apenas han tomado conciencia de la sustantividad de este órgano y de sus funciones, que estaba fundido con el Rey en el ejercicio de los poderes ejecutivos. Así, el artículo 61 de la Constitución de 1837, al mencionar a los ministros, se limitaba en dos artículos a establecer la necesidad del refrendo y la posibilidad de que los ministros fueran senadores o diputados; y a regular la presentación por el "gobierno" del presupuesto, sustituyendo al Secretario del Despacho de Hacienda, que en la Constitución de Cádiz debía presentarlos en nombre del Rey. Estos preceptos no son modificados en la Constitución de 1845, ni incluso en el proyecto non nato de 1856. La Constitución de 1869 sí amplía estos artículos hasta cuatro (87 a 90), pero sin alterar sustancialmente su contenido y sólo en el Título II de los poderes públicos, al atribuir al Rey el poder ejecutivo añade "que lo ejerce por medio de sus ministros" sin embargo, todavía la responsabilidad de los ministros que se enuncia en el artículo 89, es estrictamente penal. El gobierno como tal gobierno es sólo mencionado al atribuirle el derecho o deber de presentar los presupuestos y el balance de cuentas y la posibilidad de que se le autorice por una ley para disponer de las propiedades del Estado.

Esto no quiere decir que en la vida política española, a lo largo de todos estos años, no haya habido una conciencia relativamente clara de la personalidad del Gobierno como cuerpo, e incluso una conciencia de

esa actuación del Gobierno cubriendo la responsabilidad del Rey y, en consecuencia, de la responsabilidad política específica con que el gobierno se vinculaba a las Cortes, típica de la monarquía constitucional y parlamentaria, sino que el Gobierno se confundía de tal forma con la personalidad y los poderes y prerrogativas del Monarca, que no se hizo una distinción neta entre Rey y Gobierno. No obstante, la práctica de un régimen parlamentario al margen de la letra de la Constitución se inicia desde 1834. Ya de hecho en las mismas Cortes del Estatuto Real, Martínez de la Rosa, Presidente del Consejo de Ministros, reivindica la responsabilidad de todas y cada una de las palabras del discurso que ha leído la Reina, así como de todos los proyectos legislativos que han sido enunciados en el discurso y que constituyen la política del Gobierno. El mismo Martínez de la Rosa, unos días más tarde, planteó lo que entonces se llamaba “una cuestión de gabinete”, que era literalmente en los labios del Ministro, una “cuestión de confianza”. Y cuando la regente María Cristina disolvió los estamentos, en el mensaje que precedió a la disolución alude a esta relación de confianza, que debe existir entre el Gobierno y las Cortes y que considera que en esa ocasión se ha quebrado.

Hay que decir que la Constitución de 1876, aunque siguió esa misma tradición en la letra del texto constitucional, en la práctica esta sustantividad de un Gobierno responsable ante las Cortes constó públicamente desde el primer momento en que iniciaron sus sesiones las Cortes nacidas bajo aquella Constitución. Cánovas del Castillo, a la sazón Presidente del Gobierno, en su primer discurso ante la Cámara, dijo que encabezaba “el Gobierno porque le había nombrado el Rey, pero desde el momento en que las Cortes se habían constituido, necesitaba también la confianza de la Cámara”, estableciendo así de una manera pública este tipo de régimen parlamentario al que se llamó en el constitucionalismo español de “doble confianza”.

Las Constituciones republicanas tuvieron obligadamente que separar netamente un Consejo de Ministros que ejercía una función diferenciada, del Jefe del Estado al que se asignaba otra función. El proyecto de 1873 atribuía al Presidente de la República como jefe del Estado, un poder especial al que llamaba “poder de relación”, que era claramente distinto del poder ejecutivo que el artículo 71 atribuía al Consejo de Ministros bajo la dirección de un Presidente del Consejo, nombrado por el Presidente de la República. La Constitución de 1931, distinguía a su vez en un título la presidencia de la República “como jefatura del Estado que personificaba a la Nación” y a la que se atribuían poderes propios más amplios de los que el Rey había ejercido, aunque también estaba sometido al refrendo ministerial, y en el Título VI se configuraba un

“Gobierno” constituido por el Presidente del Consejo y los Ministros (art. 86) al que se concebía en parte como un órgano político, al que correspondía elaborar los proyectos de ley, ejercer la potestad reglamentaria y deliberar sobre los problemas de interés público, cuya responsabilidad política ante el Congreso se regulaba expresamente, aunque de forma confusa (2), en el artículo 91, en relación con los artículos 64 y 75.

2. En la Constitución de 1978 este proceso de distinción de un órgano y una función de gobierno y de racionalización del régimen parlamentario se ha perfilado en todos sus extremos. No sólo se ha distinguido entre facultades de la Corona y el Gobierno, sino que se han definido su peculiaridad y su relación con las Cortes. El Gobierno tiene dos títulos, con un total de veinte artículos, aún sin hacer referencia a las menciones indirectas que en otros muchos artículos de la Constitución aluden a sus facultades o deberes. Hay, pues, una plena conciencia de la importancia de este órgano y del contenido propio de funciones que se le deben atribuir. Aún más, la definición inicial del artículo 97 distingue en él una clara función de orden jurídico y otra estrictamente política. “El Gobierno —dice dicho artículo— dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Basta una lectura medianamente atenta al contenido de dicho artículo para advertir que hay en él una potestad de dirección, tanto de la política interior y exterior como de la Administración civil y militar y de la defensa del Estado; y una función propiamente ejecutiva que comprende además la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. En los artículos sucesivos se especifica la composición del Gobierno como órgano que puede no coincidir con el Consejo de Ministros (y ésta es una de las zonas de sombra en esta delimitación del órgano y sus funciones), e incluso su estructura, destacando la función del Presidente, directiva y coordinadora, aunque se respete la competencia y la responsabilidad directa particular en su gestión, de los demás miembros del gobierno. La Constitución no sólo regula el nombramiento y cese del Presidente y los demás miembros del Gobierno, sino que desciende a detalles referentes a sus incompatibilidades. A su vez, en título separado, regula sus relaciones generales con las Cortes, de acuerdo con un esquema de gobierno parlamentario condicionado, e incluso en ese mismo Ti-

---

(2) Hubo defectos técnicos, debidos sin duda a que la redacción del texto se confió a un distinguido penalista, no muy experto en Derecho constitucional.

tulo V dedica un largo artículo a definir circunstanciadamente, pese a su remisión a una ley orgánica, los poderes del Gobierno en las situaciones de excepción. Otros poderes políticos tan importantes como la iniciativa legislativa, los decretos leyes y los decretos legislativos, la elaboración de los presupuestos y la dirección de las relaciones internacionales con la negociación de tratados e incluso su facultad de invocar el cumplimiento de la ley a través del Fiscal General del Estado, e incluso los poderes de iniciativa y control que le corresponden en relación con las Comunidades Autónomas, están en otros artículos de la Constitución.

3. En realidad, ¿qué es el Gobierno y qué es la función de Gobierno en los órdenes constitucionales contemporáneos?

No es fácil definir separadamente el órgano y la función que realiza, pero rogando al lector que supla las implicaciones de estos dos conceptos, podemos decir que como órgano es el cuerpo colectivo que realiza la función de gobierno y el órgano superior de la función ejecutiva. Es un cuerpo colectivo compuesto de pocos miembros, porque por su naturaleza política unida a la función de gobierno tiene que ser un cuerpo ágil, de continuo funcionamiento y en cierta manera informal. En las modernas Constituciones se le define identificándolo a muchos efectos con el Consejo de Ministros, pero se les puede distinguir, porque, así como el Consejo de Ministros es normalmente un órgano regulado por la propia Constitución o por leyes especiales, que toma acuerdos jurídicos que vinculan a la Administración y a veces a los ciudadanos, el Gobierno como órgano político tiende a una característica organización informal que está claramente expresa en el Derecho inglés, en el que se le designa con un nombre específico, el Gabinete, como distinto de los miembros que forman el gobierno, que es un órgano mucho más amplio y de carácter esencialmente administrativo. Pero incluso en países como Francia, que está regulado por la Constitución, la práctica impone reuniones del Gobierno como órgano político sin una regulación expresa y con ese carácter informal a que hemos hecho referencia. Hemos dicho que debe ser un órgano ágil, lo que significa prácticamente que debe estar compuesto de pocos miembros, y *continuo* porque es un órgano que carece de vacaciones y que en cualquier momento debe actuar, aunque se fije un calendario de reuniones periódicas. Lo más específico de la calidad de sus miembros es que son "*políticos*", en el doble sentido de que no es precisa ninguna prueba ni capacitación especial para el ejercicio de un puesto en el Gobierno, y de que están sujetos a lo que se llama en sentido estricto "responsabilidad política", esto es, que pueden ser hechos cesar, no sólo en el régimen parlamentario cuando se rompe la relación de confianza con el Parlamento, sino incluso en cualquier otra

modalidad de régimen, por los mismos órganos que los han designado en virtud de un juicio discrecional sobre su acierto. Este cese puede significar en muchos casos una sanción: se les priva de un cargo, que supone una proyección de su personalidad, sanción que no se les impone por la infracción de un precepto legal ni por la comisión de una falta o delito, sino por un juicio discrecional sobre el acierto de su gestión. En el régimen parlamentario también es un principio normal la responsabilidad solidaria para definir aún más estrechamente la unidad del gobierno como cuerpo colectivo que dirige la acción política; y sobre todo, este juicio de responsabilidad política que se contrasta por las votaciones de confianza y censura es el vínculo que establece y constata la relación de *confianza* entre el Gobierno y el Parlamento, característica del régimen parlamentario.

Como tal órgano colectivo, el Gobierno, a lo largo del siglo XX en el continente y desde sus orígenes en el sistema inglés, tiene una estructura en que destaca la figura de un Premier, Presidente o Primer Ministro, que coordina la labor del Gobierno, actúa normalmente de árbitro en las diferencias entre sus miembros y eventualmente es el órgano impulsor de sus decisiones que tiene una potestad exclusiva de proponer el nombramiento y cese de quienes lo integran. Como es natural, este Gobierno puede tener un perfil distinto, según que participe de él o no el Jefe de Estado (Monarca o Presidente de la República), hecho notoriamente importante que da un perfil distinto al régimen parlamentario aproximándolo a veces a un régimen presidencialista, como ocurre por ejemplo, en Francia.

En España el Presidente del Gobierno, sin perjuicio de la colegialidad del órgano, tiene un papel destacado, no sólo por recaer en su personalidad y su programa la votación de investidura y la propuesta de nombramiento y cese de los ministros, sino porque se le atribuye o se le imputan algunos de los actos políticos más importantes del Gobierno, como el planteamiento de la cuestión de confianza, la propuesta de disolución del Congreso y de un referendun y la moción de censura por esa posible sustitución como Presidente en que se cifra la moción de censura, del llamado por la doctrina alemana "voto de censura constructivo", que exige la propuesta de un nuevo presidente que sustituya a quien se censura.

Más importante ha sido a lo largo de la historia la definición específica de lo que debe entenderse por función de gobierno. Hay muchas posibles significaciones del término gobernar, pero en este sentido estricto

y teniendo en cuenta su manifestación en muchos textos constitucionales contemporáneos, quizá su mejor traducción es *dirección política*. Así, la Constitución francesa dice literalmente que el gobierno “determina y dirige la política de la Nación” y términos análogos emplean la Constitución alemana y la italiana. La Constitución española, como hemos advertido, emplea directamente el término, al establecer en el artículo 97 que el gobierno *dirige* la política interior y exterior.

### III

El problema estriba en definir en qué consiste y qué consecuencias tiene esta dirección política como función de gobierno y es claro que esto se traduce en cada texto constitucional en preceptos o prácticas diversas que dan contenido distinto a esta función.

Dirigir es, sin duda, orientar la acción política y esta orientación se marca por la fijación de un “programa”. Un programa supone fijar una serie de objetivos y señalar los medios que permiten conseguir los objetivos propuestos. Esta determinación de objetivos, por la razón misma de que esa actividad es política, ha de contar con resistencias y posibles reacciones e incluso con los efectos secundarios y no queridos que puede entrañar la realización de un objetivo.

Por eso, la función de gobierno implica un conocimiento amplio y detenido de la realidad social, política e incluso económica sobre la que se opera. Hecho que tiene como consecuencia práctica la organización de amplísimos servicios de *información* que permitan al gobierno conocer esta realidad. Este conocimiento comprende desde las cifras de población, de su crecimiento y movimientos, de su formación cultural, de los grupos y actividades en que se integran y de los estados de opinión y de los movimientos y tendencias en que se manifiestan. El Gobierno dispone así de una imagen lo más fidedigna posible de la situación demográfica, económica, cultural, social y política del país en cada momento para poder formar un juicio sobre las *carencias* que destacan un *objetivo* a conseguir y de los *medios posibles* con que esas necesidades se pueden satisfacer. El programa supone, pues, un conocimiento de la realidad económica, social y política de un país, un juicio sobre sus necesidades y de los medios que son necesarios para facilitarlas. Esta información entraña servicios de estadística, opinión pública y asesoramiento económico y jurídico adscritos al Gobierno.

Realizar ese programa supone medios financieros y normalmente ins-

trumentos jurídicos que encaucen su realización. Y por eso dos instrumentos necesarios para el cumplimiento de la función de gobierno son la preparación del *Presupuesto*, con una previsión de los gastos con que se van a atender las necesidades y de los recursos adecuados para satisfacerlos; y la *iniciativa legislativa*, como una posibilidad de proponer los medios jurídicos necesarios a los órganos a los que está atribuida la función de legislar. Esta función es de tal importancia que algún autor, como Burdeau, dice que *legislar es gobernar*, identificando así la función de gobierno con esta posibilidad de traducir en leyes los medios necesarios para conseguir los objetivos propuestos.

Es claro que esta prosecución de objetivos para los que se arbitran los medios financieros y jurídicos necesarios, exige en el Estado moderno una ingente labor de coordinación de los órganos políticos y administrativos que dan cumplimiento a las leyes y de los órganos que gestionan los recursos necesarios. La facultad de *dirigir y coordinar* la Administración Pública es otro elemento absolutamente necesario de esa función de gobierno en cuanto ha de hacer eficaz ese impulso para conseguir determinados objetivos. La coordinación política es más sutil y puede significar desde el poder de disolver hasta el poder de impugnar.

No basta, sin embargo, con esta acción. Como hemos advertido anteriormente, pueden presentarse efectos secundarios y resultados no queridos. De aquí que esta función de gobierno, como dirección política, requiera otros dos tipos de actividad que los gobiernos realizan a través de órganos administrativos específicos o genéricos: *la inspección y la evaluación*. La primera sirve para comprobar en qué medida se cumplen las leyes con la orientación que se les ha querido imprimir; la segunda permite rectificar o modificar ese impulso para evitar esos efectos secundarios no deseados. Y es claro que esta labor, aunque el Gobierno la reclame como propia, no es una tarea que realice exclusivamente, sobre todo en un régimen de publicidad y de control parlamentario, como el que existe en España y normalmente en los países occidentales. Los modos en que esta participación en la función de gobierno se comparte con el Parlamento y hasta incluso con los diversos órganos de la opinión pública, son muy varios, pero afectan fundamentalmente a esta inspección y evaluación. En general, pueden considerarse como formas de control, que implican inspección, evaluación y hasta cierto punto límite y participación en el poder. Son normalmente los miembros de la llamada "oposición" en el Parlamento, con las formas de procedimiento que los Reglamentos parlamentarios previenen a dicho efecto (preguntas, interpe-laciones, enmiendas, etc.) y, en general, los órganos de comunicación pública y entre ellos, con un papel destacado, la prensa, los que con sus

denuncias de irregularidades o efectos nocivos de una medida de gobierno, realizan de una manera espontánea este control hasta el punto que hoy un régimen democrático se define por esta posibilidad de una crítica pública, por la que todos en cierta manera participan en este sector específico de la función de gobierno.

Estos distintos aspectos de la función de gobierno que hemos definido y los instrumentos que los realizan, se pueden concebir como el conjunto de una *estrategia* conjunta que previene unos medios encadenados entre sí, con una coordinación de acciones y una previsión de las resistencias y reacciones que una política puede encontrar. Como tal estrategia conjunta no se dan como una serie en que cada momento pueda distinguirse de una manera específica. Todos estos actos están enlazados de una forma de la que quizá no tienen conciencia sus propios autores, en el flujo dinámico de lo que el gobierno representa. Impulsar, iniciar, prevenir, comprobar, evaluar, corregir con una nueva iniciativa, vencer resistencia, es un complejo de actos unidos en lo que hoy denominaríamos función de gobierno, que apenas se puede racionalizar en actos jurídicos, pero que como contenido complejo hay que tener en cuenta al exponer sistemáticamente el contenido de una Constitución. Un texto constitucional no es un tratado en que estén serial y orgánicamente expuestas todas las facetas de la función que se atribuyen a un órgano, sino que es necesaria esta construcción teórica y sistemática anterior o posterior para comprender su naturaleza y su función dinámica en el cuadro de un texto constitucional.

Así, por ejemplo, en nuestra Constitución se presume la información que el gobierno debe tener cuando propone una ley, al exigir en el artículo 88 que los proyectos de ley vayan acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre el contenido de los proyectos. En el artículo 99, en el acto de investidura, se menciona en un lugar central el programa de gobierno que el candidato a Presidente debe someter a las Cortes, e incluso en el artículo 112 encontramos una referencia a un programa o una declaración de gobierno general como fundamento de la moción de confianza. En los artículos 87 y 88 se presume una prioridad de los proyectos de ley presentados por el Gobierno como fórmula que reconoce la iniciativa del Gobierno en la legislación. En otros artículos, como el 134, se atribuye al Gobierno la elaboración de los presupuestos que han de ser examinados, aprobados o enmendados por las Cortes. El artículo 124 atribuye al Gobierno una intervención en el nombramiento del Fiscal General del Estado al que corresponde invocar el cumplimiento de la ley. Ciertos cuerpos de la Administración aparecen bajo la directa dependencia del Go-

bierno en el artículo 104. Otros artículos atribuyen al Gobierno otras facultades que le permiten mantener el equilibrio de poderes, como el derecho de disolución (115) o la legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de la ley (162,1) o las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (161,2), la convocatoria de referendum o la misma reforma de la Constitución (166 en relación con el 187).

#### IV

4. Tiene una enorme importancia en este Título, el artículo 99 que con el 100 y el 101 definen la constitución y cese del Gobierno y la esencia de un régimen parlamentario. Hay que relacionar este artículo 99 así como el 101 con el Título inmediato, el V, que contiene los supuestos más concretos de las relaciones del Gobierno con las Cortes, y de las causas específicas que determinan la pérdida de la confianza parlamentaria; y con el Título II y concretamente con el artículo 62 que define las facultades del Rey, entre las que se comprende proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución y nombrar y separar a los miembros del Gobierno a propuesta de su Presidente. Desde el punto de vista sistemático hay que llamar la atención sobre estas referencias porque son las que definen en un régimen parlamentario la *posición del Gobierno entre el Rey y las Cortes*. Esta relación es la que corresponde al principio constitucional de que España es una monarquía parlamentaria.

Problema esencial en la definición del régimen de una Monarquía parlamentaria es la posición del Gobierno entre el Rey y las Cortes. El modelo puro de régimen parlamentario del Reino Unido de la Gran Bretaña nos ofrece históricamente la base de este proceso. El Gobierno aparece a lo largo del siglo XVIII como un tercer engranaje o una pieza intermedia entre el Rey y el Parlamento; y en su proceso insensible, no definido en normas jurídicas, a través de algo tan sutil como la relación de confianza, se van difuminando los poderes del Rey y afirmándose los poderes del Gabinete y el Parlamento. En principio el Gobierno está compuesto por secretarios del Rey que el Rey designa libremente y que han de contar con su confianza. Paso a paso el Rey comprueba que aquellos secretarios que no tienen amigos o seguidores en el Parlamento que los apoyan en sus propuestas van a suscitar entorpecimientos en la labor de gobierno; y en la medida en que los miembros del Parlamento se organizan en líneas de partido, que prestan unánimemente, o retiran con igual

unanimidad su confianza a los ministros que el Rey ha designado, el Rey ve limitada su capacidad efectiva de designación de Secretarios o un Gabinete. Ese proceso se consolida en el siglo XIX y se afirma con tal fuerza en el siglo XX que incluso una comisión real va a definir las funciones del Gabinete. La *confianza* es ya condición misma de existencia y ejercicio en la función de gobierno. Desde que un Gabinete se constituye después del discurso en que el Rey o la Reina expone el programa a realizar por el Gobierno, se le va a someter a una votación que es el contraste efectivo de que el Gobierno cuenta con la confianza del Parlamento para desarrollar la política que el Rey o la Reina ha enunciado al leer el Discurso preparado por el propio Gabinete. Hoy es éste un lugar común que conoce cualquier inglés por ajeno que sea a la política o a los estudios de Derecho constitucional. E incluso, los partidos designan sus líderes y prácticamente constituyen su Gabinete antes de presentarse a una elección para que los votantes sepan concretamente a quién eligen con su voto. Es hoy doctrina común entre los constitucionalistas británicos que el Premier, aunque en la forma sea designado por el Rey o la Reina, de hecho ha sido elegido directamente por los ciudadanos como consecuencia de una elección que dio la vitoria al partido que encabeza.

Estos principios que en Inglaterra son sobrentendidos bajo la fachada de una libre designación por el Rey o la Reina de su primer ministro o Premier se han racionalizado en casi todas las monarquías parlamentarias europeas y muy específicamente en la Monarquía española actual, en que la Constitución no sólo reconoce a los partidos como órganos de expresión de la opinión pública, sino que limita la función del Rey en la designación del gobierno a la propuesta de un Presidente, que debe someterse, incluso antes de escoger su gobierno, a una votación de investidura previa exposición de su programa ante las Cortes. Aún más, esta votación de investidura exige en primera votación la mayoría absoluta, aunque en segunda votación admita el consentimiento implícito de una mayoría relativa que implica, a su vez, que el designado como Jefe del Gobierno, si no cuenta con una mayoría absoluta favorable en las Cortes, es al menos un primer ministro que no repugna a la oposición, y que esta consiente absteniéndose de votar contra su designación como Primer Ministro. Aún más, esta relación de confianza entre el Gobierno y las Cortes que hace depender el nombramiento del Presidente del voto de las mismas, y en último término, del voto de los ciudadanos que eligieron a los diputados bajo las siglas de un partido, admite incluso nuevas constataciones a través de las llamadas votaciones de confianza y censura. Las primeras promovidas por el gobierno, como cuestión de confianza —dice expresamente la Constitución— “sobre su programa o sobre una declaración de política general” y las segundas como mociones

y votaciones de censura promovidas por las Cortes mismas, si bien éstas están sujetas a plazos, que evitan el azar de la presencia más o menos numerosa de diputados en la sala del Congreso, y a una condición que trata de asegurar la estabilidad y la continuidad del Gobierno en cuanto exige que la moción de censura sea aprobada por mayoría absoluta e incluya un candidato a la Presidencia del Gobierno.

Basta leer estos preceptos para darse cuenta de esa racionalización rigurosa, que sitúa al Gobierno como dependiente de la confianza del Congreso en términos que no admiten paliativos. Está, por consiguiente, absolutamente excluida la posibilidad de un presidente del Gobierno que se apoyara en la confianza exclusiva del Rey. Hasta tal punto que incluso en situaciones de crisis de gobierno que no sean producidas por ese efecto mecánico de la votación de censura, el Gobierno preexistente continúa en funciones y sólo puede ejercer su función un nuevo Gobierno que haya consentido por las Cortes en una nueva votación de investidura.

El racionalizar tan severamente lo que en Inglaterra tiene el carácter flexible de una práctica, no deja de tener algún inconveniente, que no es cosa de comentar. Ahora bien, la consecuencia neta es que no existe una confianza de la Corona, sino exclusivamente del Congreso (3).

Esta estructura daría a primera vista la impresión de que el Gobierno nombrado por el Congreso y que está pendiente en su existencia del mantenimiento de esa confianza, está sometido plenamente a lo que el Congreso acuerde. Pero aquí juega en parte la fuerza de una realidad que impone usos y prácticas que hace que la posición se invierta y que no exista una prioridad del Congreso sobre el Gobierno, sino inversamente, de éste sobre aquél. No va el tiro tras la carreta, sino que ésta es arrastrada por el impulso que aquél le imprime. Para ello hay que tener en cuenta una serie de factores que operan de forma natural en todos los regímenes parlamentarios. La mayoría está integrada por miembros de un partido, cuyos líderes son comúnmente miembros del Parlamento, y ocupan los puestos de gobierno. Son estos líderes los que proponen las soluciones y los que indican la política que los miembros del partido, que tienen asiento en el Parlamento, deben seguir. Y es así como la relación Gobierno-Parlamento se funda en la relación de disciplina de un partido entre sus jefes o conductores y los seguidores que siguen sus indicaciones. Cuando esta relación falla, porque la coherencia

---

(3) No es esta ocasión de referirnos a los poderes de la Corona. Basta hacer constar que es una magistratura de "influencia" y "representación" nacional.

y la disciplina de un partido se rompe, el Gobierno no se puede mantener. Esta es una experiencia de todos los regímenes parlamentarios, pero de la que hemos tenido en España un ejemplo vivo: deshecha la coherencia y la disciplina de un partido en el poder, la UCD, primero se produjo algo muy análogo a una crisis interna con la dimisión del Presidente del Gobierno; y después una segunda crisis, ya más manifiesta y pública, con la llamada fuga o trasvase de diputados a otras coaliciones o grupos parlamentarios, que forzaron la disolución de unas Cortes que dejaban de ofrecer una mayoría fiel a la conducción de los líderes del partido. El buen funcionamiento de un régimen parlamentario no descansa tanto en ese proceso de racionalización de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, como en estos datos de sociología política que derivan de la estructura misma y de la organización de los partidos.

Por eso, el sistema de partidos tiene una excepcional importancia. No es necesario aducir ninguna prueba para comprender que los gobiernos que se apoyan en un sólo partido pueden tener mayor fuerza que aquellos otros que son fruto de una coalición, en que naturalmente hay distintas tendencias y puntos de vista que pueden determinar discrepancias que alcanzan, con una presión de abajo arriba, a los líderes de distintos grupos que se han puesto de acuerdo para constituir un gobierno. Gran Bretaña cuida por eso el modelo de dos grandes partidos, en que el único problema es de disciplina interna y coherencia en la aceptación de un líder. Otros países europeos ofrecen los más variados modelos y entre ellos ninguno como Italia, de gobiernos de coalición, sin un líder común definido, que están sujetos a los vaivenes de diversas corrientes de opinión, y que por esta razón, no son capaces, o son menos capaces de producir esa relación coherente y estable que permite a un gobierno afirmar una primacía de hecho, ya que no de Derecho, sobre el Parlamento.

Tales son las dos grandes paradojas del régimen parlamentario. El Rey nombra un Presidente y ministro consejero, que ejerce los poderes del Rey y lo que el Rey aconseja; el Parlamento inviste con su confianza y apoya con su mayoría a un Gobierno, que a su vez dirige y orienta las decisiones de esa mayoría del Parlamento en que se basa.

# *EL GOBIERNO PROVISIONAL DE LA SEGUNDA REPUBLICA*

*JOAQUIN TOMAS VILLARROYA*

El estudio del Gobierno provisional de la Segunda República, de su formación, de su composición, de sus vicisitudes, es de sumo interés para el conocimiento de aquel régimen y de la etapa histórica que presidió. Algunos de los miembros del Gobierno provisional nos han dejado, bajo uno u otro título, sus recuerdos y memorias. Sin embargo, a pesar de aquel interés y de estas fuentes, falta un estudio sistemático y completo del tema. Por supuesto, aquí no se puede ni se pretende abordarlo en su totalidad; sino sólo seleccionar, para su examen, dos momentos o extremos concretos. El primero, la formación del Gobierno provisional. El segundo, la dimisión de Alcalá Zamora como Presidente del mismo (1).

## *I. LA FORMACION DEL GOBIERNO PROVISIONAL. LOS ACUERDOS*

Los miembros del Comité revolucionario tenían una confianza desigual en el éxito del movimiento revolucionario que se preparaba para diciembre de 1930 y en el advenimiento de la República; pero consideraron que, antes de que aquél se produjese, era necesario apuntar la composición de un futuro Gobierno provisional. "Del Comité revolucionario —escribe Alcalá Zamora— tenía que salir antes del movimiento el gobierno provisional que impidiese el caos de los cantones y la anarquía de múltiples gobiernos locales. Tan pronto como se pudo comprobar la seguridad del intento prometedor de la victoria, se entró en la forma-

---

(1) Por la naturaleza de este trabajo y por razones de espacio, se elabora exclusivamente con los testimonios de quienes fueron miembros del Gobierno provisional recogidos ya en el Diario de Sesiones, ya en sus escritos inmediatos o posteriores. De estos últimos, son singularmente interesantes los de Alcalá Zamora, Marcelino Domingo, Miguel Mau-  
ra, Lerroux y Martínez Barrio. Los de Prieto, muy importantes en otros puntos, apenas cuentan en los temas que aquí se abordan. Las referencias de Largo Caballero, escasas y elementales.

ción de aquel gobierno para cuya presidencia hubo sin discusión unanimidad en torno a mi nombre...". De otra parte, es muy posible que en aquella transformación pesase también la idea de que era necesario ofrecer una determinada imagen de seguridad y solvencia política: "En el curso del mes de octubre —anota Miguel Maura— ya satisfactoriamente resueltos en principio los temas de la discrepancia grave entre los miembros del Comité decidimos formar, definitivamente, el Gobierno provisional para dar la impresión de seriedad y las garantías necesarias. Una tarde fueron convocados a una reunión en mi casa todos los miembros y además los habituales asistentes a nuestras reuniones..." (2). De esta manera, el Comité revolucionario se convirtió en un potencial Gobierno provisional: en la reunión que Maura menciona se procedió a la distribución de carteras entre quienes, en su día, habrían de regentarlas. Así se explica que, al llegar la República, aquel Gobierno potencial se convirtiese formalmente en el Gobierno provisional de la República, sin dudas ni demoras de ninguna clase.

La Presidencia del futuro Gobierno provisional fue atribuida por unanimidad, a Alcalá-Zamora. Tal elección se justificaba por razón de su preparación jurídica, de su conocimiento de la Administración, de su experiencia política y, sobre todo, de su significación moderada que podía tranquilizar a determinados sectores sociales y atraer a otros a la República. Sin embargo, en orden a aquella elección y unanimidad es necesario proponer dos matizaciones íntimamente ligadas entre sí. En *primer* lugar, es posible que en la designación de Alcalá jugase también un papel importante el deseo de cerrar decorosamente el paso a las posibles pretensiones de Lerroux. En este punto, Alcalá-Zamora, pasado el tiempo, escribiría: "Creí entonces, como sigo creyendo, que mi nombramiento no fue una aclamación personal directa y sí más bien voto negativo y reflejo determinado por la imposibilidad unánimemente apreciada, de elegir a Lerroux y a la vez por un resto de consideración personal al mismo para hacer más decorosa y soportable su adversidad. Eligiéndome a mí, con procedencia distinta de los escalfones republicanos, había tan sólo una opción que a Lerroux meramente contrariaba o a lo sumo lo mortificaba, mientras que designando cualquier otro republicano histórico más moderno que él habría existido salto y postergación que lo hubiere humillado" (3). En *segundo* lugar, Lerroux dejó constancia de que ambicionaba la Presidencia y de que tenía conciencia de ser postergado. En este sentido, Miguel Maura refiere que Lerroux acudió con retraso a la sesión que, en la casa de aquél, celebraban los miembros del Comité revolucionario para per-

(2) El Comité revolucionario se formó, al parecer, después del Pacto de San Sebastián: véase, sobre este punto, Alcalá Zamora, *Memorias*, 1977, p. 136. La transformación del Comité revolucionario en Gobierno provisional se produjo en fecha relativamente indeterminada: "... La Junta Revolucionaria —anota Lerroux— se convirtió de la noche a la mañana en Gobierno Provisional de la futura República, adoptando la forma de Consejo de Ministros...". *La pequeña historia*, p. 59. Alcalá Zamora, según resulta de la cita que figura en el texto, no señala la fecha, sino la justificación del cambio: *Memorias*, p. 144. Miguel Maura: *Así cayó Alfonso XIII...* 1968, p. 83, apunta el mes de octubre de 1930.

(3) El texto de Alcalá Zamora en el apéndice quinto de las *Memorias*, que lleva por título *Los ataques de Lerroux*, p. 493.

filas el futuro Gobierno provisional; que el líder radical, al saber la designación de Alcalá para la Presidencia, le acató con muestras de contrariedad; y que finalmente, manifestó “que aceptaba, resignado, que fuese otro, recién llegado al campo republicano quien asumiese la Jefatura del Gobierno, porque comprendía que era la hora de las *medias tintas...*” (4). Por su parte, Marcelino Domingo, en 1934, recordaba el mismo episodio y las palabras de Lerroux: “Estas palabras fueron para declarar que permanecía en su puesto, que consideraba el del deber, pero sin ninguna satisfacción interior”. El mismo Domingo, por su cuenta, añade: “Lerroux se consideraba postergado, preterido. Veía en Alcalá Zamora el rival que le desplazaba; en los socialistas y en nosotros los hombres que le soportaban resignadamente y con callada protesta. Veía acercarse la República y que no era él su figura más destacada...” (5).

El Ministerio de Gobernación se atribuyó a Maura. Este —según su propio testimonio— se resistió firme, pero inútilmente, con argumentos de cierta consistencia. “Era indudable —escribe— que la presencia en Gobernación de un hombre de derechas, que, por añadidura, llevaba el apellido Maura, provocaría dificultades al Gobierno en el que iban a figurar ministros socialistas. Les dije, además, que yo tenía un modo especial de entender la autoridad y su ejercicio y que resultaría difícil que las masas, y aún algunos políticos republicanos, aceptasen y compartiesen la responsabilidad de este criterio arraigado en mi ánimo. Fue inútil y hube de aceptar” (6). En cambio, resultó más complicado cubrir el Ministerio de Hacienda: “Para Hacienda —escribe Alcalá Zamora— se pensó en Hurtado o en Carner; y los dos se negaron obstinadamente, a pesar de que luego el último aceptase cuando ya la República se había instaurado. Se acudió entonces a Viñuales, quien tampoco se decidió en aquella época de riesgo, como pasó con otros profesores, aun prometiéndoles que su nombre quedaría reservado hasta el momento de vencer y que mientras aparecería yo como titular. Hablóse de algún director de Banco; vióse en ello inconvenientes y, por último, Galarza lanzó la candidatura de Prieto, que prefería Fomento, pero que todos aceptamos” (7). No hubo dificultad ni discusión en otros Ministerios: Largo Caballero pare-

---

(4) Maura: *Así cayó...*, p. 85.

(5) Marcelino Domingo: *La experiencia del poder*, 1934, p. 19. Lerroux, en relación al tema se limita a manifestar que al frente del Gobierno “se puso también don Niceto, como era natural...”, op. cit., p. 59.

(6) Maura: op. cit., p. 84. Lerroux aspiró, sin éxito, al Ministerio de la Gobernación: según se verá más adelante, se le disuadió. En este punto, basta recordar que el líder radical, luego, escribiría: “... cuando me había permitido soñar con grandezas, pensé siempre en el Ministerio de la Gobernación como el más indicado para mi carácter, preparación y experiencia...”, op. cit., p. 60.

(7) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 144. Prieto, a propósito del tema, ha escrito sucintamente: “Fue el primer Ministro de Hacienda de la República española, pero no ciertamente por aptitudes financieras superiores a las de los demás miembros del Comité revolucionario que habría de convertirse en Gobierno provisional, sino porque ninguno de ellos quiso serlo y porque también rehusaron el cargo varias personas especialmente capacitadas, ajenas al Comité”. *Recuerdos ministeriales. Lo que no pude hacer*. En *Convulsiones de España*. Méjico 1967. Tomo I, p. 101.

ció el más indicado para el de Trabajo; De los Ríos, para el de Justicia; Marcelino Domingo, para el de Instrucción Pública.

La cartera de Marina se adjudicó a Casares Quiroga, a petición propia; la de Comunicaciones a Martínez Barrio, a instancias de Lerroux: cada una de estas adjudicaciones estuvo rodeada de circunstancias peculiares que merecen breve mención. Los miembros del Comité revolucionario habían acordado que Alcalá-Zamora, al propio tiempo que la Presidencia, asumiese, interinamente, la cartera de Marina. El Ministerio se hallaba ya, virtualmente, formado; en ese momento, Casares apuntó sus pretensiones a aquella cartera que justificó con una curiosa razón: "Casares —escribe Alcalá— expuso su aspiración de ser Ministro, alegando que a más de Nicolau catalán podía considerarse casi vasco a Prieto y que él quedaba en situación desairada como representante de los autonomistas gallegos. Solicitó de mí a través de Maura la cesión de lo que decía representaba para mí tan solo una satisfacción sentimental y para él toda su carrera política, ya asegurada y hecha. Accedí con sentimiento al ruego para hacerle un bien y no por la oferta de su eterna gratitud" (8). La adjudicación de Comunicaciones a Martínez Barrio se produjo por un motivo más razonable: "Don Alejandro Lerroux —relata Maura— nos hizo saber que entendía que el partido radical se consideraba con derecho a ocupar al menos dos carteras, puesto que era el más antiguo, y, al parecer, el más numeroso de la República. Nadie opuso la menor objeción". Lerroux propuso, entonces, el nombre de Martínez Barrio; se aceptó en principio; días después, se presentó aquél en una reunión que el Comité celebraba en el Ateneo: "A todos —afirma Maura— nos causó la mejor impresión y, a partir de aquel día, quedó incorporado a nuestros trabajos" (9).

La mayor dificultad que presentó la formación del futuro Gobierno provisional fue el acoplamiento de Lerroux: nadie —esta es la cruda explicación— se fiaba de él, de su moralidad, de su competencia, de sus amigos. "A ninguno de los miembros del Gobierno provisional —escribe Maura— inspiraba la menor confianza Lerroux y desde el primer instante quedó ello patentizado en nuestros tratos recíprocos... Nuestro hombre era el garbanzo negro de la República; pero, a la vez, reconocíamos que su popularidad entre la masa del partido era

(8) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 144-5.

(9) Maura: op. cit., p. 93. Lerroux propone una versión esencialmente idéntica: "En el Gobierno provisional —escribe— figuraban con doble y aun triple representación, organizaciones que no habían alcanzado en el país la fuerza que tenía el partido radical, del cual era yo el único representante. Eso no me parecía equitativo...". Lerroux pretendía que el partido radical se le confiase la cartera de Obras Públicas; pero ya había sido adjudicada a Albornoz. El problema se resolvió con la de Comunicaciones; Lerroux propuso los nombres de Marraco, Abad Conde y Martínez Barrio: "A Prieto le pareció Marraco una excelente persona, pero hombre de mal carácter. A Casares Quiroga no le gustó Abad Conde. Fernando de los Ríos hizo la apología de Martínez Barrio... Quedó sin discusión aceptado el político radical sevillano para Ministro de Comunicaciones". Lerroux, op. cit., p. 70-73. Largo Caballero, en una de las escasas referencias que dedica a la formación del Gobierno provisional, coincide, en este punto, con las versiones expuestas. Véase *Mis recuerdos*. Méjico, 1976, p. 100.

tan considerable que no resultaba fácil edificar algo sólido sin su concurso e impensable hacerlo contra él" (10). Era arriesgado admitirlo; era difícil excluirlo. De esta manera, se le aceptaba como huésped necesario y aún impuesto; pero sin saber donde alojarle. Tiempo después, ya con perspectiva, Martínez Barrio señalaría: "Era muy duro y expuesto decir al decano del republicanismo que no se le quería en la cartera de Justicia ante el riesgo de que se desnivelara la balanza de Themis, ni en el Ministerio de Obras Públicas por el temor de que los ferrocarriles y las carreteras consumieran el presupuesto nacional, ni en el caserón de Gobernación desde el que se podía cambiar la voluntad política del país" (11). En efecto, Maura acuerda que, sin medir sus propias palabras, ya en tiempos del Comité revolucionario, había afirmado que no podía entregarse el Ministerio de Justicia a Lerroux por cuanto "algunos de sus adláteres acabarían subastando las sentencias de los Tribunales en la Puerta del Sol" (12). Lerroux aspiraba al Ministerio de la Gobernación; pero su pretensión —señala Alcalá— suscitaba "el doble e indomable recelo de los demás republicanos o socialistas" (13); al parecer, Largo Caballero consiguió que el líder radical renunciase a su pretensión señalándole que peligraría su popularidad en el campo republicano situándose en un lugar como Gobernación, tan expuesto al choque con las masas (14). De esta manera, por vía de sucesivas exclusiones, se consideró que lo más oportuno e inofensivo era llevarlo al Ministerio de Estado. De esta asignación tenemos una doble, curiosa y aun frívola explicación. De una parte, el testimonio de Alcalá-Zamora: "Con dificultad —escribe— logré convencerle para que aceptase Estado, como el primero y más antiguo de los ministerios, y por ello, primer nombre que aparecía en la lista a continuación del mío, sonando bien fuera, a donde no trascendía aquella hostilidad y donde sabría desenvolverse un hombre de tan correcta y grata expresión" (15). De otra parte, el testimonio de Martínez Barrio: "Se confinó a Lerroux —explica— en el Ministerio de Estado, considerando que su presencia allí causaría pocos estragos, tenida cuenta de que la República, como la Monarquía, carecía de un plan de política internacional y la misión de los ministros estaba reducida a recibir, con modos de gran señor, al honorable cuerpo diplomático" (16).

De esta manera, quedó formado el Gobierno provisional; sus reuniones se celebraron con asiduidad y con una cierta formalidad. El Comité revolucionario

---

(10) Maura: op. cit., p. 86-87.

(11) Martínez Barrio: *Memorias*, 1983, p. 33.

(12) Maura: op. cit., p. 84.

(13) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 144.

(14) Así lo indica Maura en op. cit., p. 85.

(15) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 144.

(16) Martínez Barrio: op. cit., p. 33. Lerroux, luego, anotaría: "... ni en sueños se me había ocurrido que pudiera ser llamado a dirigir la política exterior de España. No estaba en mis condiciones ni en mis aficiones, ni disponía de la preparación profesional que el cargo requiere...". Los argumentos de Lerroux no prosperaron: "En suma —añade— quedé embotellado en mi Ministerio, porque de eso se trataba sin duda. Por nada del mundo se hubiera dejado quitar Maura su Gobernación. Además, era preciso que yo no tuviera influencia y mucho menos preponderancia política en el Gobierno...", op. cit., p. 60-61.

se había reunido, en ocasiones, en casa de Maura; desde que se convirtió en Gobierno, lo hizo en el Ateneo: "A partir del día en que el Gobierno quedó constituido —relata Maura— nos reuníamos en el Ateneo. Era más discreto y más solemne. Los republicanos que hervían en los pasillos de la *docta casa* nos veían entrar en el Salón de Juntas, donde en torno a una gran mesa, tomábamos asiento en el mismo orden que guardamos, pocos meses después, en la Presidencia del Consejo de Ministros... Las deliberaciones diarias duraban tres o cuatro horas..." (17). Los miembros del Gobierno provisional procuraron aquella continuidad aun en momentos singulares y difíciles: en este punto, Alcalá Zamora recuerda que los ministros presos después del fracasado movimiento de diciembre de 1930 continuaron su labor en la cárcel: "Desde la cárcel —refiere— seguíamos la preparación de la obra reformadora llegando al detalle, a veces casi al articulado. Nos reuníamos los seis ministros presos y en la celda de Maura celebrábamos lo que llamaban los otros correigionarios detenidos consejos sin nota oficiosa" (18). De esta manera, las reuniones del Gobierno provisional pudieron continuar, sin alteraciones esenciales, en los días que siguieron a la proclamación de la República: "Se celebró en la tarde del jueves 16 de abril —escribe Maura— el primer Consejo de Ministros. No era sino una reunión más del Comité revolucionario, pero, por vez primera, tenía lugar en la Presidencia del Consejo y en torno a una mesa más solemne que la del Ateneo..." (19).

El Gobierno provisional, en esas reuniones, comenzó a discutir un programa de actuación para cuando llegase el momento de ser Gobierno efectivo. "El Gobierno —anota Alcalá— ya constituido como revolucionario, dedicóse sin descanso y con orden a la fijación de criterios y aún de normas precisas para todos los problemas previsibles, que se presentaran ante aquél y que debería resolver sin aguardar a la reunión de las Cortes Constituyentes... En aquellas deliberaciones de los que ya sentíamos con la certeza de vencer la responsabilidad de gobernar, era yo quien a más de suscitar los temas, llevaba en casi todos la ponencia o propuesta de resolución. Todos en la medida de sus fuerzas y preparación, y con el criterio de su tendencia, daban parecer, con la sola excepción de una esfinge atentísima y muda: Lerroux" (20). Por su parte, Marcelino Domingo confirma tales extremos y recuerda la discusión del programa: "Comprendía el programa —escribe— todos los aspectos de una revolución que se realizaba ya desde el poder... Discutíase este programa artículo por artículo, capítulo por capítulo, con el mismo escrúpulo cuidadoso con que se discutieron, ya instaurada la República, los decretos ministeriales... En la redacción y articulación de este programa Lerroux no abrió la boca una sola vez: ni para impugnar, ni para am-

---

(17) Maura: op. cit., p. 95.

(18) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 153.

(19) Maura: op. cit., p. 201.

(20) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 145-6. En rigor, el momento en que se inicia la discusión de los grandes temas resulta impreciso. Maura da a entender que se examinaron antes de que el Comité revolucionario se convirtiese en futuro Gobierno provisional: op. cit., p. 81. Seguramente, en un primer momento, se discutieron las líneas programáticas generales; después de formado el Gobierno provisional, los detalles más precisos.

pliar, ni siquiera para informarse. Alcalá Zamora fue quien intervino con mayor frecuencia. Yo discutí principalmente lo referente a la reforma cultural... Teníamos tan arraigado el convencimiento del triunfo de la revolución que nos sentíamos más Gobierno provisional que Comité revolucionario..." (21). Tales discusiones —según inmediatamente se verá— decidieron versar sobre cuatro grandes temas o problemas.

Quizás uno de los primeros temas que se discutieron fue la suerte que debía reservarse al Rey y a la dinastía. En este punto, Alcalá-Zamora señala que no hubo dificultad: "... nadie —escribe— se mostró directamente partidario de imitar las odiosas violencias que en sus luchas de rencor y de ambición habían hecho tristemente célebres a las advenedizas dinastías de Servia... El propio Largo Caballero, entonces con muy distinta expresión de su criterio y del pueblo dijo que a éste le repugnaría en su nobleza todo estrago inútil..." (22). En el relato de Marcelino Domingo, el tema y su examen se explican con mayor detalle: "El presentimiento del Poder —refiere— estaba tan arraigado en nosotros que este problema nos abrumó de responsabilidad. Presidió como siempre Alcalá-Zamora. Quiso que cada uno expresara con nitidez su pensamiento y que el acuerdo se adoptara por votación. Uno después de otro, en el orden en que nos hallábamos colocados en la mesa, fuimos exponiendo nuestro criterio... Parecíamos más que un Comité que establecía cálculos sobre un porvenir hipotético, un alto Tribunal que con los reos delante sentenciaba... Prodújose la votación. Y la votación decidió que si el Rey y sus ministros caían en poder de las fuerzas revolucionarias, éstas les garantizarían la vida..." (23). Este fue el acuerdo. De esta manera, Azafia, en las Constituyentes, con ocasión del proceso contra el Rey, pudo recordar: "... me interesa hacer constar, además, que cuando todavía no éramos más que un Comité revolucionario, y se discutían los medios y los actos que podría traer la revolución, fue acuerdo unánime del Comité revolucionario, hoy Gobierno, que no se tocara a las personas reales, que se dejara a salvo a toda la familia real y que no mancháramos la pureza de nuestras intenciones con el acto repugnante de verter una sangre que ya, una vez derrocada la Monarquía, no nos servía para nada..." (24).

---

(21) Marcelino Domingo: op. cit., p. 20-21. Obsérvese que tanto Alcalá como Domingo subrayan el silencio de Lerroux. "Llegado el caso de votar —escribe el primero— se inclinaba generalmente a lo más sensato; pero su silencio nos llegó a extrañar. No era duda sobre la victoria, cuya esperanza compartía plenamente; era, según se empezó a sospechar y se evidenció ya bajo la República que aquella inteligencia tan potente, aquel verbo tan formidable, habituados a la lucha más que al trabajo y poseedores de una carrera fingida en una sola convocatoria de la universidad canaria, correspondían al hombre más falto de preparación sobre los problemas de gobierno. Sabiéndolo tuvo don Alejandro el temor de mostrarlo y quiso conservar la talla de gigante que había ganado y mostrado en el empuje tribunicio del mitin y aún del Parlamento mientras se mantenía en la amplia vaguedad de la política general o apasionada...". *Memorias*, p. 146.

(22) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 146.

(23) Marcelino Domingo: op. cit., p. 30-31.

(24) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 19 noviembre 1931, p. 2.529.

En segundo lugar, el tema religioso. En este punto, la discrepancia era máxima y precisa: de una parte, se alineaban Alcalá Zamora y Miguel Maura, católicos practicantes; de otra, los demás miembros del Gobierno provisional, decididamente anticlericales. "Las discusiones sobre este vidrioso tema —anota Maura— fueron durísimas y, en más de una ocasión, hubimos Niceto y yo de plantearnos, al terminar ellas, si había llegado o no la hora del rompimiento" (25). En ese forcejeo pudo llegarse a un criterio de transacción que tuvo su manifestación, apenas proclamada la República, en el Estatuto jurídico de la misma: en su artículo tercero reconocía la libertad de conciencia que ponía a los creyentes al amparo de cualquier abuso por parte de un Gobierno laico en el que solo dos de sus miembros eran católicos (26). Por su parte, Alcalá Zamora, en 1936, al referirse a los temas político-religiosos, señala: "El Comité revolucionario, al trazar programa como futuro Gobierno provisional, no prejuzgó ni éstos ni los demás problemas que había de resolver la Constitución. Se admitía, naturalmente, la libertad de cultos y se insinuó claramente por algunos elementos de izquierda que no bastaría la fórmula de 1869. Habría de irse más allá; ¿a dónde? No se dijo, pero evidentemente se aludía a la separación de la Iglesia y el Estado, que por sí sola, hecha con serenidad y sin odio, no habría suscitado protesta ni siquiera de la derecha y de la Iglesia misma" (27). Los textos de Maura y de Alcalá-Zamora dejan una cierta perplejidad: se llegó a un criterio que podía ser de momentánea o inicial transacción; no se quiso prejuzgar la solución que, en su día, diesen las Constituyentes; no hubo un acuerdo para una política definitiva que habría podido servir de pauta a éstas; si lo hubo, no se deja constancia de sus términos.

Los sucesos de mayo de 1931 y el comportamiento imprudente de alguna jerarquía eclesiástica dificultaron, después de la proclamación de la República, una política de concordia. Alcalá y Domingo recuerdan que, después de aquellos sucesos, hubo contactos entre el Gobierno provisional y la Iglesia; pero las circunstancias se complicaron y, a la postre, nada se logró. De esta manera, se llegó a la aprobación del artículo 26 de la Constitución que produjo la dimisión inmediata de Alcalá y de Maura como miembro del Gobierno provisional; y —lo que fue más grave— originó crispaciones y violencias que abrieron, en medida considerable, el camino que llevaría al 36. Lógicamente, si hubiera existido acuerdo firme en el seno del Gobierno provisional y se hubiera cumplido, no se habría llegado a la aprobación de aquel artículo. Y, sin embargo, Prieto, en el seno de las Constituyentes, recordó que los directores del movimiento revolucionario que triunfó el 14 de abril, en previsión de que el poder llegase a sus manos, "conviniere determinadas bases, al cumplimiento de las cuales estábamos todos obligados por igual, exactamente por igual..." Prieto no señaló el contenido de las mismas; pero advirtió que la democracia española fue a la instauración

(25) Maura: op. cit., p. 82.

(26) Maura señala que este artículo tercero era fruto de una transacción lograda en el seno del Comité revolucionario por Alcalá Zamora y por el mismo Maura: op. cit., p. 194.

(27) Alcalá Zamora: *Los defectos de la Constitución de 1931*. Edición 1981, p. 105.

de la República sobre bases mínimas previamente convenidas. Ahora bien, “cuando hubieron de votar las Cortes el artículo 26 de la Constitución, que se refiere a las Ordenes y Congregaciones religiosas —añadió— dos personalidades que formaban parte con nosotros del Gobierno estimaron que la solución constitucional dada a este problema no se acoplaba a sus ideas políticas ni a sus sentimientos religiosos, y cumpliendo una exquisita obligación de conciencia se separaron del Gobierno...”. Este testimonio, pese a su expresividad, deja puntos esenciales por aclarar: el contenido de las bases; quien las quebrantó; si eran de tolerancia, no explica la llegada al artículo 26; si eran de sectarismo, no explica la adhesión de Alcalá y de Maura.

El tercer tema fue el regional: en rigor, el catalán. Este tema se abordó antes de la formación del futuro Gobierno provisional, en la reunión de San Sebastián, que dió origen al llamado Pacto que llevó el nombre de la ciudad. Las tensiones allí registradas con los catalanes fueron muy vivas; el contenido del Pacto, nunca firmado, suscitó problemas de interpretación y aplicación. “Lo que sostuvimos los no catalanes —escribe Maura— y lo que, en definitiva prevaleció, *con el voto unánime, es decir, incluso de los catalanes*, fue que la República no podía contraer más compromiso previo con Cataluña que el de llevar al Parlamento constituyente un Estatuto de autonomía, siempre y cuando el pueblo catalán, consultado mediante elecciones libres, declarase que deseaba esa autonomía...” (28). Por su parte Alcalá Zamora recuerda que, hallándose el futuro Gobierno provisional en la cárcel, los representantes catalanes que fueron a Madrid a plantear sus problemas, no acudieron, para exponerlos, al poder oficial, sino al efectivo que existía en el interior de la prisión: en esta ocasión, la concordia pareció mayor que en San Sebastián y las promesas de solidaridad más firmes (29). Sin embargo, al llegar la República, todo quebró: Maciá proclamó la República catalana; sus diálogos con Alcalá Zamora resultaron infructuosos; los ministros Domingo, De los Ríos y Nicolau d’Olwer hubieron de desplazarse a Barcelona para negociar; solo consiguieron una solución precaria. En todo el tema catalán, el Gobierno provisional pecó de exceso de confianza; no le dedicó, quizás, la atención que merecía y exigía; no previó el desbordamiento regionalista; creyó tal vez que el Pacto de San Sebastián era garantía y seguridad suficiente. Se equivocó. En este punto, Prieto, en septiembre de 1931, en las Constituyentes, dijo estas duras palabras: “... En los treinta y dos años de vida política que llevo no he conocido caso de deslealtad más característico que el realizado por los republicanos catalanes con relación a lo que en el Pacto de San Sebastián se convino...” (30).

Finalmente, se examinó el tema social. La mayoría de los miembros del Gobierno provisional se inclinaban a practicar, después de llegada la República, una siega implacable de cuanto representase el signo de poder de los elementos sociales que predominaban con la Monarquía: “La gran propiedad rústica y la rique-

(28) Maura: op. cit., p. 71.

(29) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 153.

(30) D.S.C.C. 25 septiembre 1931, p. 1.229.

za mobiliaria en la proporción que se reputase excesiva —escribe Maura— deberían ser implacablemente nacionalizadas en beneficio del Estado”. Maura y Alcalá Zamora se oponía a tales proyectos y aún hicieron de ello cuestión vital para su permanencia en el Gobierno provisional. “Para nosotros —añade Maura— la primera condición del régimen naciente había de ser la moderación. La República sólo podía arraigar en España siendo conservadora, sin perjuicio de cuántos avances evolutivos impusiera más tarde la voluntad nacional y las Cortes, legalmente elegidas, sancionasen...” Maura no precisa el sentido del acuerdo o transacción, si es que a ella se llegó (31). Por su parte, Marcelino Domingo comenta: “Dos aspectos del programa de conjunto que emplearon mayor tiempo fueron los referentes al problema religioso y al problema agrario. El referente al problema social fue aceptado íntegramente...”. Sin embargo, tampoco puntualiza los extremos de esa aceptación (32). Quizás ésta destacó sobre un compromiso que se recogió en el Estatuto jurídico de la República: en su artículo quinto precisaba que el Gobierno provisional declaraba que la propiedad privada quedaba garantizada por la Ley; que no podría ser expropiada sino por causas de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización; que, en todo caso, el Gobierno adoptaba como norma de su actuación, que el derecho agrario debía responder a la función social de la tierra. Sin embargo, resulta dudoso que, en todos estos extremos, se consiguiera un acuerdo preciso y duradero. En efecto, el artículo 44 de la Constitución admitió, en su momento, la expropiación sin indemnización siempre que así lo dispusiera una Ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. En relación a tal artículo, Alcalá Zamora escribió luego: “El artículo 44 es ecléctico, vacilante, contradictorio acerca del respeto que se deba guardar al derecho de propiedad. Quiso ser una transacción y es una contradicción; parece ser un amparo y es una amenaza que se cierne sobre la propiedad privada. No tiene un criterio firme, definido, sobre la legitimidad o ilegitimidad de ésta, sino que deja la suerte de la misma, con toda la magnitud de intereses que a ella se adhieren, o en ella se basan, a la incertidumbre numérica, caprichosa y voluble de un quorum determinado...” (33).

De todo ello, resulta difícil llegar a conclusiones precisas. Si se atiende a los testimonios de Alcalá Zamora, de Miguel Maura, de Marcelino Domingo, las reuniones fueron frecuentes y aun diarias; versaron sobre los más distintos problemas que la nueva gobernación del Estado podría plantear; el acuerdo sobre las líneas esenciales de un programa se habría conseguido. Sin embargo, cuando se examinan los grandes temas controvertidos —el religioso, el regional, el social— se advierte que el acuerdo no existió o, al menos, fue más aparente que real; que se rompió por los mismos ministros o por las fuerzas políticas que representaban; que resultó inviable por los acontecimientos que siguieron a la llegada de la República. Existe un testimonio, seguramente suficiente, sobre la falta o debilidad del acuerdo: no lo hubo en el Gobierno, después de llegada la República, para dibujar un proyecto constitucional. Lógicamente, si desde antes

---

(31) Maura: op. cit., p. 82.

(32) Marcelino Domingo: op. cit., p. 21.

(33) Alcalá Zamora: *Los defectos*, p. 128.

de la República, hubiera existido acuerdo firme e inequívoco sobre los grandes temas, la coincidencia, superando contingencias y dificultades, habría podido llegar a las Constituyentes. El Gobierno provisional, cuando se preparó el nuevo texto fundamental, pensó en presentar una ponencia: no fue posible. La explicación ofrecida por Alcalá Zamora, en el seno de las Constituyentes, ilustra suficientemente sobre la falta o imprecisión de los acuerdos que debieran haber existido en el Gobierno provisional antes o después de la llegada de la República: "...Como la discrepancia en el seno del Gobierno —dijo en septiembre del 31— no es bizantina, sino fundamental, a medida que por elevación o por profundidad, aumenta el espesor, la densidad y la dimensión de un problema, se hace más difícil y llega a lo imposible que el Gobierno presente una ponencia y que mantenga colectivamente una solución... Lo que nos separa irreduciblemente es todo lo hondo y recio, en la entraña de la Constitución: monopolio o libertad de enseñanza, condenación o garantía de la propiedad privada, posibilidad u obstáculos para el Concordato, Senado o Cámara única, criterio unitario o sistema federal. De suerte que, a medida que se agranda la importancia de la cuestión, la imposibilidad de ponernos de acuerdo es patente..." (34). Este testimonio es tan conocido como impresionante. Pero aquí surge, al menos, una doble perplejidad. La primera: si no se consiguió acuerdo sobre estos temas capitales después de proclamada la República, resulta, al menos problemático, que lo hubiera antes del advenimiento de la misma. La segunda: si antes de lanzar a una nación a aventura tan arriesgada, debió procurarse el acuerdo o, al menos, meditar si podía embarcarse a un pueblo en una navegación sin fijar rumbo ni puerto de destino.

## II. LA DIMISION DE ALCALA ZAMORA. LA SUSTITUCION

El día 10 de octubre, cuando se advertía que, en las Constituyentes, triunfaría, en materia religiosa, un criterio sectario, Alcalá Zamora pronunció un discurso en favor de la conciliación; al final del mismo, previendo que, pese a todo, aquel criterio se impondría, se dirigía a las masas católicas y se fijaba a sí mismo un futuro camino a seguir. En efecto, a aquéllas les apremiaba a permanecer dentro de la República "soportando la injusticia y aspirando a modificarla; nada de engrosar filas de reacción monárquica, ni filas de locura dictatorial... Fuera de la Constitución nos imponen que estemos. Y ¿qué remedio nos queda? La guerra civil, jamás...". Pero, además, Alcalá señalaba un camino: recomendaba a aquellas masas que, bajo su dirección, trabajasen, de manera inmediata, en favor de la revisión constitucional; les invitaba, en esa tarea, a buscar la ayuda de cuantos conservasen sereno el espíritu de justicia; les alentaba a que acudiesen a la propaganda, a los comicios, a la lucha: "Y entonces —concluía— el día que la Constitución se reformara y abriera paso a la justicia, mi vida política no tendría razón de ser ni eficacia; pero hasta ese día me siento con fé, me siento con fuerza, me siento con esperanza para luchar...". Desde la perspectiva que aquí nos interesa, parecía evidente que difícilmente podía permanecer el Go-

---

(34) D.S.C.C. 17 septiembre 1931, p. 984.

bierno quien de tal manera se expresaba y tales sentimientos y propósitos abrigaba. Sin embargo, sobre este punto, Alcalá se expresó en términos ambiguos: "Fue-  
ra del Gobierno —dijo a los Diputados— ¡ah! eso no lo decido yo; eso lo decidís  
vosotros, porque yo soy un hombre que comprometió su honor y su lealtad para  
servicio del régimen, mientras lo creáis necesario, y, si a pesar de mi discrepan-  
cia con la fórmula constitucional —si ésta prevalece— estimáis que en las horas  
dificiles que median hasta el voto de la Constitución, soy todavía útil, allí está  
mi sacrificio pidiendo con ansiedad la hora de mi liberación..." (35). Es decir:  
de manera ambigua, Alcalá Zamora parecía trasladar a las Cortes la decisión  
sobre su continuidad y permanencia en el Gobierno. Esta fue la interpretación  
de Azaña: "...Ya no pensamos —escribió crudamente— en la dimisión de Don  
Niceto, porque tiene dicho en su último discurso que pase lo que pase continua-  
rá en el Gobierno mientras las Cortes no le echen..." (36).

El día 13 por la tarde, Azaña pronunció su célebre discurso —*España ha  
dejado de ser católica*— que malograba todo intento conciliador. Alcalá Zamo-  
ra lo entendió así; pero, además, consideró aquel discurso como una petición  
del poder por parte del Ministro de la Guerra. "Fue entonces —escribiría luego—  
cuando todo intento de paz religiosa quedó frustrado por la maniobra de Azaña  
cuidadosamente preparada y concertada, sin advertirme siquiera jamás su pro-  
pósito de hablar... La importancia del discurso, muy cuidadoso y afortunado,  
aunque lo presentó como una ocurrencia súbita o improvisada, cedía a la del  
acto político. Al dirigir aparente, convenido y afectuoso reproche a la fórmula  
socialista dijo que sobre tal problema hacía falta una solución y una mayoría  
que tomase el poder: él había encontrado aquella y podía por tanto recoger é-  
sta... No vacilé un momento acerca de mi dimisión..." (37). Martínez Barrio con-  
templó a Alcalá Zamora, meditabundo y triste, después del discurso de Azaña:  
"El señor Azaña —escribe— pronunció su discurso al filo de las 7 de la tarde.  
No se habían extinguido los aplausos, cuando una multitud de diputados se pre-  
cipitó al banco azul para felicitar al orador. Los sismógrafos políticos anuncia-  
ron el próximo terremoto y en los pasillos de la Cámara comenzaron a circular  
los más encontrados rumores. Yo me refugué en el Salón de Consejos, donde so-  
litario, se paseaba el señor Alcalá Zamora... No me dirigió la palabra. Tampoco  
le dije yo ninguna que le sacara de su ensimismamiento, precursor de la grave  
resolución que tomaría más tarde..." (38). Del testimonio de Alcalá se despren-  
de que, después del discurso de Azaña, su decisión de dimitir fue inmediata; en  
cambio, un actor y espectador tan próximo como Martínez Barrios, la creyó,  
en aquel momento posible, pero no firme ni efectiva: seguramente esta perpleji-  
dad era compartida por otros Ministros y políticos.

El mismo día 13, por la noche, continuó la sesión: Alcalá Zamora seguía  
en la cabecera del banco azul. "Don Niceto —anotó Azaña— estaba cada vez

(35) D.S.C.C. 10 octubre 1931, p. 1.611.

(36) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 174.

(37) Alcalá Zamora: *Memorias*, p. 193.

(38) Martínez Barrio: *Memorias*, p. 77.

más fosco y malhumorado. No hablaba con nosotros en el banco azul. Ya rayaba el sol en el tragaluz del salón, cuando vi al Presidente, echado atrás en su asiento, mirando al techo y hablando solo, en voz baja. Estaba como en un desvarío..." (39). Tiempo después, Marcelino Domingo, más piadoso y más justo al hablar de Alcalá Zamora, lo recordaba, en esa ocasión, en términos parecidos a Azaña: "Ya muy entrada la noche —escribió en 1934— se reanudó la sesión. El salón estaba atestado. Alcalá Zamora aparecía en la cabecera del banco azul en actitud de éxtasis. No contestaba. Quitábase las gafas. Ponfáselas. Y cogiéndolas con los dedos, ajustándolas a los ojos, guiñando uno de ellos, con un gesto suyo característico, inconfundible, fijábase en un objeto lejano, lento, abstraído totalmente..." (40). Cuando se estaba a punto de votar el futuro artículo 26, Alcalá Zamora pidió la palabra para explicar su voto: la explicación resultó —en lo que se refiere a su dimisión— vaga e imprecisa: "Cuando llega un Parlamento —dijo— a un grado de pasión como el que aquí se ha alcanzado, en el fondo y en la forma, un hombre de mi ideario y de mi expresión no tiene ambiente, no significa nada, no representa nada... En nombre de una convicción liberal que no reniega ni teme, mi parecer es contrario al dictamen tal como queda redactado... ¿Transcendencia de este voto? Ninguna, porque el voto es mío. Influjo en los demás, siendo mío, no puede tenerle..." (41). Estas últimas palabras abrían la duda sobre la intención real de Alcalá. "Lo que más interesó —escribió Azaña— fue el pronóstico de las consecuencias que tendría la votación. No dijo claramente cuáles serían y les quitó importancia, fingiendo modestia..." (42). Martínez Barrio, más tarde, ha comentado esas palabras de Alcalá: "Respiraron los diputados. Quizás el episodio podría liquidarse felizmente de la misma manera que había ocurrido en otras ocasiones. Nadie reemplazaría con ventaja al Sr. Alcalá Zamora en la Presidencia del Gobierno. Era uno de los fundadores de la República recién instaurada, si no el más ilustre, el más respetado..." (43).

En la madrugada del 13 al 14 de octubre, quedó aprobado el artículo 26, entre el entusiasmo de unos, la protesta de otros y el criterio de todos. Azaña, en su *Diario*, se limita a registrar lo ocurrido: "Al proclamarse el resultado de la votación —escribe— estalló un aplauso clamoroso. Las tribunas del público también aplaudieron vivamente. Los diputados rompieron en vivas a la República, y las tribunas hacían coro. Fue un momento de gran confusión... El hemiciclo estaba lleno de gente, y en los escaños circulaban los diputados y formaban grupos que gritaban... La sesión se levantó y nos fuimos..." (44). Sin embargo, por poca sensibilidad política o histórica que se tuviese, resultaba fácil medir y adivinar las consecuencias futuras de aquella aprobación. Marcelino Domingo, tres años después, ligaba el día 11 de mayo, fecha de la quema de los conventos, con el de la aprobación del artículo 26; y reconocía que si fuera posible, poste-

(39) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 181.

(40) Marcelino Domingo: op. cit., p. 136.

(41) D.S.C.C. 13 octubre 1931, p. 1.717 y sig.

(42) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 181.

(43) Martínez Barrio: *Memorias*, p. 78.

(44) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 181.

riormente, ratificar o rectificar aquellos hechos, “tengo la seguridad —afirmaba— que quienes los produjeron, los rectificarían totalmente...” (45). Por su parte, Martínez Barrio recuerda el momento en que Besteiro levantó la sesión: “En el salón ya vacío —escribe— quedó flotando la interrogación dolorosa, encrucijada de toda la política del siglo XIX: ¿otra vez la tierra española sería campo de batalla fratricida?... Unos cuantos españoles, dados voluntariamente de baja en la ciudad alegre y confiada que fue la política republicana de aquellos días, comenzamos a preguntarnos qué trágico destino nos reservaría el porvenir...” (46). La reacción de Alcalá Zamora fue más completa y compleja. Por de pronto, se sintió profundamente herido en sus sentimientos de creyente y frustrado en sus propósitos de construir una República en concordia. En segundo lugar, advirtió el daño que en la Constitución y en la vida política se producía con la aprobación de aquel artículo: “El espíritu violento de mayo alcanzaba formas de expresión legal. La sed, avivada por aquellas siniestras fogatas, de concordia, de convivencia, de paz espiritual, si acudía para saciarse al curso de la vida española, encontraría las aguas para mucho tiempo envenenadas...”. Finalmente, Alcalá consideró que contra él se dirigían, en gran medida, “las voces ensordecedoras y agrías” que siguieron a la aprobación del artículo 26: “Acentuaban las más todavía miradas rencorosas, amenazadoras. Se agruparon los más enardecidos hacia el rincón en que yo permanecía, obstruyendo la puerta por donde debía salir yo, del salón y del Gobierno, aquella noche. Me lanzaban los vivas a la República como si yo no hubiese contribuido a traerla; las voces tenían aire de reto; las actitudes lo eran casi de agresión. Algunos más comprensivos, o más generosos, o más serenos abrieron calle con muestra de respeto y aún de preocupación...” (47). Alcalá escribió, en los últimos momentos en que permaneció en el banco azul, unas cuartillas en que presentaba su dimisión. Marcelino Domingo le recordaba luego abandonando el salón de sesiones “con un propósito irrectificable...”.

El mismo día 14, mediada la mañana, —pocas horas después de finalizar la sesión parlamentaria— Alcalá entregaba a Marcelino Domingo, como Secretario del Consejo de Ministros, la carta en que presentaba su dimisión. “Alcalá Zamora —escribe Domingo— llamó por teléfono a mi despacho. Me pidió que fuera a la Presidencia. Me trasladé a ella inmediatamente. Estaba sólo en su despacho. Me entregó una carta en la que notificaba al Gobierno su dimisión. Me dijo que lo tenía ya todo en regla para hacer el traspaso. Y con obstinación serena, irrefragable, que no daba lugar a diálogo ni a la persuasión me pidió que diera cuenta al Consejo de su resolución. Llegó Largo Caballero, a quien para el mismo fin, había requerido. Largo Caballero intentó del mismo modo disuadirle. Imposible. Firme en su convicción, no aceptaba siquiera sobre ella el debate...”. Cuando Marcelino Domingo y Largo Caballero advirtieron que toda insistencia era inútil se retiraron y procedieron a dar noticia y convocar a los demás minis-

---

(45) Marcelino Domingo: op. cit., p. 125.

(46) Martínez Barrio: *Memorias*, p. 78.

(47) Alcalá Zamora: *Los defectos*, p. 109-110.

tros (48). Conocemos la reacción de Martínez Barrio y de Azaña. El primero se limita a recordar la llamada que recibió: "Una llamada telefónica hizo que me lanzara de la cama antes de lo que apetecía el deseo y reclamaba el cansancio de la noche anterior. Se me citaba a las 4 de la tarde en el domicilio de don Indalecio Prieto. El señor Alcalá Zamora había dirigido una carta a Marcelino Domingo, secretario habitual del Consejo, presentando, con carácter irrevocable, la dimisión de la presidencia del Gobierno" (49). Azaña supo lo ocurrido por una llamada de Casares: no sintió sorpresa; pero tampoco creyó que la dimisión fuera necesariamente irrevocable. "Supuse —escribe— que tendríamos un Consejo agitado, hasta calmar al Presidente y no volví a pensar en el asunto... Esperé tranquilamente hasta las cuatro, sin llegar a preocuparme. Tantas veces habían dicho: *al lobo, al lobo!*" (50).

Todos los Ministros, menos el Presidente, se reunieron, a la hora convenida, en casa de Prieto; allí acudió también Besteiro. La reunión comenzó con la lectura de la carta. Esta no se hizo pública ni ha llegado hasta nosotros: Alcalá Zamora señala que los Ministros, por razón de su contenido, mostraron vivo interés en que no se diese a conocer. Sin embargo, es posible reconstruir, aproximadamente, tal contenido. En primer lugar, formulaba una denuncia general contra la supuesta deslealtad de los Ministros: "¿Creía —pregunta Marcelino Domingo— que los ministros no habíamos cumplido con los partidos a que pertenecíamos, obligándolos a una solución distinta de la adoptada? ¿Temía que nos hubiéramos conjurado? ¿Pensaba que habíamos sido desleales con él? El tono en que se producía, el mismo de la carta, podía ser indicio claro de estas suposiciones, que podía inspirarlas la amargura, pero no tenían fundamento alguno de acierto..." (51). En segundo lugar, censuraba, de manera especial, la conducta de Azaña que no le habría advertido sobre su intervención decisiva: "Leo el papel —escribe tranquilamente Azaña— que es disparatado. Hay un párrafo que me concierne personalmente. Me acusa de deslealtad, de haberle sorprendido con mi intervención, etcétera..." (52). En tercer lugar, manifestaba el propósito de situarse fuera de la Constitución y postular su reforma: "¡Edificante espectáculo!... —comenta Martínez Barrio— a los seis meses de instaurada la República, el presidente del Gobierno provisional, que había asumido funciones de jefe del Estado levantaba bandera de rebelión contra la Constitución *non nata*, declarando un estado de interinidad propicio a todas las subversiones... Ligereza o irresponsabilidad. Mala pasión de ánimo, dominado por la soberbia y remordido de celos, como si el criterio personal y la propia lucidez intelectual pudieran sobreponerse a los intereses y tranquilidad de la nación..." (53).

---

(48) Marcelino Domingo: op. cit., p. 137.

(49) Martínez Barrio: *Memorias*, p. 80.

(50) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 183. Se refiere a las reiteradas ocasiones en que Alcalá había intentado presentar su dimisión o había amenazado con hacerlo. De estos episodios me ocuparé en otra ocasión.

(51) Marcelino Domingo: op. cit., p. 137.

(52) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 182.

(53) Martínez Barrio: *Memorias*, p. 80.

Conocida por todos la carta, hubo coincidencia inmediata: no debía realizarse ninguna gestión para que Alcalá volviera de su decisión.

Esto supuesto, se planteaban dos problemas. El primero, relativamente fácil, consistía en fijar el procedimiento a través del cual debía tramitarse formalmente la crisis: en este punto, se acordó que Besteiro, en su calidad de Presidente de las Cortes Constituyentes daría cuenta a las mismas de la dimisión; que Lerroix, como Ministro de Estado propondría a las Cortes que, siendo éstas, dimitido el Gobierno, el único poder soberano, asumiesen el nombramiento de nuevo Ministerio; y que para ello, concediesen un voto de confianza al Presidente de las Cortes, encargándole que designase la persona que había de formar el nuevo Gobierno. El segundo problema que debía afrontar la reunión era decidir quién se encargaría efectivamente de formarlo, es decir, conseguir una coincidencia sobre el nombre del futuro Presidente del Gobierno: una coincidencia que —de conformidad con el procedimiento señalado— se presentaría luego, formalmente, como decisión del Presidente de las Cortes Constituyentes. Este segundo tema merece una atención especial.

El tema, atendida la condición de las personas y el momento político, era, ciertamente, delicado y difícil: “Hubo —escribe Martínez Barrio— un largo silencio. Azaña, impasible, parecía estar ausente. Largo Caballero, también. Sólo en Fernando de los Ríos y Marcelino Domingo fueron visibles la inquietud y el desasosiego...” (54). De pronto, tomó la palabra Lerroix; expuso sosegadamente su opinión, nos ha dejado testimonio directo de su parecer y de lo que dijo. El líder radical consideraba que, en este caso, no debía, en principio, ceder el puesto a ninguno de los demás. “Después de la breve experiencia de don Niceto —escribe— la República necesitaba al frente de su Gobierno un republicano de abolengo, de experiencia y de autoridad: todo eso lo tenía yo y nadie en mejor medida que yo. Y un partido, y una organización y una minoría numerosa y varias actas que sumaron para mí cientos de miles de votos... No había, pues, candidato más indicado para la vacante que yo”. Sin embargo, Lerroix comprendía también que su Presidencia despertaría recelos; que le sería difícil imponerse a los demás; que no tendría a su lado una mayoría homogénea; que se encontraría en situación de dependencia en relación a otras fuerzas políticas; que podría someter a la República al trance difícil y desmoralizador, de soportar, apenas nacida, crisis tras crisis. De esta manera, decidió renunciar a su pretensión; aún más: propuso a Azaña como Presidente del Gobierno provisional. “En la reunión de los Ministros —relata— no dejé que nadie se me anticipase. Me correspondía, además, la iniciativa por la categoría del Ministerio que yo desempeñaba y, en el orden moral, por ser el más antiguo en política y el más viejo en edad... Tomé la palabra, renuncié a toda pretensión, expuse brevemente con sincera emo-

---

(54) Un relato de la reunión en Azaña, O.C. Tomo IV, p. 183. Largo Caballero, en otra breve referencia, dice: “Producida la crisis total por la espantada del Presidente del Consejo y del Ministro de la Gobernación, había que constituir otro Gobierno rápidamente. ¿A quién se encomendaría? Todavía no teníamos Presidente de la República...”, en op. cit., p. 112.

ción y sin alarde ninguno de sacrificio o generosidad, los motivos de mi actitud —los que se podían decir sin molestar a nadie— y propuse para la Presidencia del Consejo de Ministros a Manuel Azaña...” (55).

Los razonamientos y la renuncia de Lerroux tenían su fundamento. Azaña, en aquellos días, se limitó a recogerlos escuetamente en su *Diario*. Miguel Maura —todavía presente en la reunión— había señalado que solo dos hombres eran posibles para la Presidencia: Lerroux y Azaña. “Entonces —anota éste— habló Lerroux para descartarse. Dijo que ya había cambiado impresiones con algunos de sus amigos y estaban conformes con lo que iba a decir. El no podía encargarse del Gobierno ahora. Ha sido muy discutido, tiene detrás un partido muy numeroso, se le ha achacado recientemente una inclinación a las derechas, etcétera. No puede ser una solución. Y aún que él desea algún día presidir un Gobierno, no es éste el día... No hay más Presidente que Azaña por su obra en el ministerio, por su discurso de ayer, que ha reunido a la mayoría, etcétera. Para ello, Lerroux y el Partido radical están a mi total disposición, sin condiciones, etcétera” (56). La transcripción parece exacta, pero resulta fría: no hay una palabra de gratitud para Lerroux por su renuncia espontánea y por su ofrecimiento de apoyo. En cambio, la actuación del líder radical impresionó, al menos, a dos Ministros del Gobierno provisional. Marcelino Domingo, en 1934, recordaba que el problema capital que planteaba la crisis era el de encontrar sucesor a Alcalá. “Contenía a todos —escribe— el nombre de Lerroux. Su figura histórica le daba derecho a considerarse como sucesor. Pero había sido apuntada ya su tendencia a la derecha; su propósito de incorporar a la República las huestas monárquicas. Lerroux, con un gesto que nos inclinó a todos ante él, reconoció que el hombre de aquel momento era Azaña” (57). El testimonio y el elogio de Martínez Barrio son parecidos: en su recuerdo, Lerroux habló sosegadamente; manifestó que, por su historia, por su personalidad, por la fuerza de su partido, podría alegar un derecho preferente a la sucesión de Alcalá; pero que el hombre indicado, en aquellas circunstancias, era Azaña: “Declaro —escribe Martínez Barrio— que me sentí conmovido. La generosidad de Lerroux allanaba una gran dificultad y hasta el tono de las palabras permitía esperar que los recelos de los socialistas se desvanecerían y liquidarían... Indalecio Prieto, contestando a Lerroux, se deshizo en alabanzas...” (58).

La promoción de Azaña a la Presidencia del Gobierno provisional no suscitó más reservas que las que opuso el interesado. En su *Diario*, Azaña relata, en los términos consignados, la propuesta de Lerroux: “Yo —anota— me negué resultantemente. Y casi con violencia. Durante un rato, creí que tendría bastante fuerza para convencerlos, o para encerrarme en un no indiscutible. La escena fue a ratos dramática. Y, ultimamente, abrumadora. Aquello no se podía resistir... Les hice ver que era un ensalzamiento prematuro; que a mí me hundían,

(55) Lerroux: *La pequeña*, p. 120-121.

(56) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 183.

(57) Marcelino Domingo: op. cit., p. 138.

(58) Martínez Barrio: *Memorias*, p. 80.

quizás sin provecho para la República y que mataban una reserva para el porvenir... Nada me valió..." (59). La resistencia de Azaña fue sincera o, al menos, así lo pareció. Marcelino Domingo, de manera escueta, comenta: "Azaña resistió tenazmente, sinceramente. Se sometió al fin ante la solicitud unánime..." (60). Martínez Barrio confirma tal impresión y aserto. Superada la resistencia de Azaña, la crisis podía considerarse, virtualmente, cerrada. Era el momento de dar ya estado parlamentario y publicidad a lo que se había acordado entre bastidores; se siguió, para ello, el procedimiento ya expuesto que se había acordado en la misma reunión.

La sesión parlamentaria del día 14 comenzó a las seis y diez de la tarde. El Presidente de las Cortes, Besteiro, tomando la palabra, dijo: "La Presidencia tiene que poner en conocimiento de la Cámara que ha sido notificada por el Gobierno de que el Sr. Presidente del mismo ha presentado la dimisión de su cargo en términos tales que su aceptación es ineludible..." (61). De manera inmediata, Lerroux, en su calidad de Ministro de Estado, reiteró el anuncio de la dimisión de Alcalá Zamora y añadió: "En esta Cámara reside la soberanía del país; en su más alta representación personal se personifica esa soberanía. Yo me permito proponeros que demos un voto de confianza al Sr. Presidente del Parlamento, al Sr. Presidente de esta Cámara, para que resuelva la crisis según su leal saber y entender..." (62). Besteiro aceptó, de acuerdo con la Cámara, el encargo que se le encomendaba: "Confío —añadió— que rápidamente podremos establecer, otra vez, la continuidad momentáneamente rota, de nuestra actuación y seguir laborando por el prestigio de la República y por el porvenir de España" (63). La sesión no se levantó; sólo se suspendió: eran las seis y veinticinco de la tarde. En el mismo edificio del Congreso se procedió a la tramitación formal de la crisis y a completar los detalles que aquella requería. Besteiro se reunió con los jefes de grupo para proponerles el nombre de Azaña: su aceptación no suscitó problema alguno. Por su parte, Azaña advirtió a Casares que sustituiría a Maura en Gobernación; y para cubrir la vacante de aquél en Marina se llamó a Giral. Cumplidos todos los trámites, se reanudó la sesión a las ocho y cuarenta y cinco minutos. "Los timbres —anota Azaña— llaman a sesión. Besteiro sube a la Presidencia. En el salón no cabe un alfiler. Entro seguido de todo el Gobierno y nos hacen una ovación, todos en pie, que dura un minuto" (64). Besteiro anunció que, sin salir del recinto de las Cortes, la crisis había sido tramitada y resuelta: "El Sr. Azaña —añadió— se ha encargo de la Presidencia del Gobierno y los nombres indicados por el Sr. Azaña para ocupar los Ministerios han sido aceptados" (65). De manera inmediata, Azaña, pronunció su primer discurso como nuevo Presidente del Gobierno. De tal discurso, conviene aquí retener tres extremos.

(59) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 183.

(60) Marcelino Domingo: op. cit., p. 138.

(61) D.S.C.C. 14 octubre 1931, p. 1.725.

(62) Id. id.

(63) Id. id.

(64) Azaña: Tomo IV, p. 184-5.

(65) D.S.C.C. 14 octubre 1931, p. 1.726.

En primer lugar —es lo que aquí más interesa— rindió homenaje a la figura personal y política de Alcalá Zamora: “El señor Alcalá Zamora —dijo— desde antes del advenimiento de la República y después de instaurada la República, ha puesto al servicio de la causa nacional todo lo que un hombre puede poner a la disposición del interés público y del bien público... Bajo su Presidencia inteligente, discreta, cordial, hemos laborado en el Gobierno aprendiendo de él la discreción, el tino, el conocimiento de los negocios públicos y las cualidades de gobernante que resplandecen en la insigne figura de nuestro antiguo Presidente...” (66). Esto decía Azaña en el Congreso: quizás así lo pedía la justicia; así lo exigía la cortesía. Pero la opinión real de Azaña era —también aquí interesa retenerlo— seguramente muy distinta: en su *Diario*, el 18 de octubre, señala ya que el Consejo de Ministros celebrado ese día, bajo su presidencia ha sido más breve y eficaz: “Es la ausencia de don Niceto —escribe— que con sus anécdotas, sus voces, sus comentarios y su incontenible verbosidad nos hacía perder mucho tiempo. Me he limitado a presidir como se debe. Los Ministros lo han notado; Albornoz decía por la tarde en el Congreso que por fin había Presidente...”. Y el mismo Azaña añade otras observaciones duras, pero posiblemente exactas: “Si hubiera podido prever que la crisis se resolvía tan pronto y tan bien, se hubiera planteado antes. Pero ha sido preciso que don Niceto concluyera de fatigar a las mejores voluntades y ha sido preciso que cometiera la pifia del otro día, cuando dimitió públicamente, para que la gente le deje marchar con indiferencia... Es notable que no se haya levantado una voz en las Cortes ni se haya escrito un artículo pidiendo su continuación...” (67).

En segundo lugar, Azaña rindió homenaje a Miguel Maura, el nuevo Presidente explicó que éste entendía que, desaparecido del Gobierno Alcalá Zamora, su presencia en el Ministerio de la Gobernación resultaba demasiado solitaria: “Aunque por mi parte —decía— yo he hecho cerca de Miguel Maura todas aquellas gestiones que en lo humano cabe hacer cerca de un compañero entrañable para que no me negase su colaboración, he tenido que rendirme a su inquebrantable voluntad...”. En ese discurso, Azaña extremó el elogio: “Miguel Maura —añadió— es para nosotros un compañero inolvidable, cuya figura hemos visto en el banco del Gobierno, cosa que pocas veces ocurre, y que ha actuado en el Ministerio de la Gobernación con una autoridad, con un respeto, con un prestigio político que su juventud le hace todavía más admirable...” (68). Y, sin embargo, estas palabras pronunciadas en la tribuna parlamentaria tampoco eran sinceras o, al menos, se hallaban en contradicción con lo que Azaña escribía en su *Diario*: “No estoy descontento —anota el 18 de octubre— de que se haya marchado Maura. Es simpático y con gran temperamento; pero de un arrebatado que fatiga y de una impresionabilidad morbosa; siempre está uno con el alma en un hilo. Da una falsa impresión de energía; pero todo se le va por la boca, y versátil hasta marear. Como la experiencia no le enseña mucho, dará muchos tumbos. Hay un contraste bastante cómico en el temperamento de Maura: con abundan-

---

(66) Id. id.

(67) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 186-7.

(68) D.S.C.C. 14 octubre 1931, p. 1.727.

tes palabras, encendidas, briosas y fruncido el ceño, inyectados los ojos, manoteando, se pasa un cuarto de hora explicando cómo hay que proceder con prontitud, con decisión, con método, con autoridad y parece dotado de un realismo vigoroso si no supiéramos que todo ello no es más que oratoria y que para realizar cuanto predica, lo que estorba son precisamente las palabras..." (69).

Por último, en tercer lugar, Azaña quiso exponer al Congreso su resistencia a aceptar el cargo: "El Sr. Presidente de las Cortes —dijo— me ha llamado a su despacho y me ha encargado de reformar, de rehacer el Ministerio... Todo lo que un hombre pueda hacer para evitar que caiga sobre él el derrumbamiento de un terremoto lo he hecho yo delante del Sr. Presidente; pero el Sr. Presidente que, además de su autoridad personal y la de su cargo y la que ejerce sobre mí por nuestra antigua amistad, tiene hoy la autoridad de representar la voluntad de las Cortes, en nombre de las Cortes que son ahora la República, me ha hablado y yo no he tenido más remedio que doblar la cabeza al sacrificio y venir aquí a sacrificarme por la República, al servicio vuestro y de la República misma...". Azaña expresó una modestia real o fingida; pero advirtió que tenía conciencia de los deberes que en lo sucesivo pesarían sobre él y voluntad de asumirlos: "Yo sé que no represento nada, que no valgo nada, que no tengo autoridad ni experiencia política... Pero una vez apartada de mi corazón la amargura de este deber que se me impone y de este sacrificio al que voy sumisamente... ya no queda más que el hombre político que sabe cuáles son sus deberes y aquí estoy alegremente para cumplirlos, sin más apoyo que mi firmeza y mi lealtad y la lealtad vuestra, mientras queráis prestarla a este Ministerio que tengo la honra de presidir..." (70). El Gobierno prestó su confianza a Azaña y al nuevo Gobierno. Era el día 14 de octubre de 1931 a las nueve y quince minutos de la noche.

De esta manera, quedó cerrada la crisis abierta por la dimisión de Alcalá. En su tramitación hubo momentos tensos; pero las buenas formas se guardaron hasta el final; el nuevo Gobierno con Besteiro, después de la sesión parlamentaria, visitó a Alcalá Zamora en su domicilio. El Gobierno provisional, bajo la presidencia de Azaña, iniciaba una nueva etapa en su trayectoria.

---

(69) Azaña: O.C. Tomo IV, p. 186-7.

(70) D.S.C.C. 14 octubre 1931, p. 1.727

# NOTA SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LAS FUNDACIONES DE BENEFICENCIA PARTICULAR

ENRIQUE ARGULLOL

## I. INTRODUCCION

Por diversas razones, durante los últimos tiempos han alcanzado una cierta resonancia las cuestiones relacionadas con las fundaciones privadas. Después de varias décadas sin que se produjeran cambios en este sector del ordenamiento, la Ley General de Educación y de Financiación de la Reforma Educativa de 1970 generó el proceso que condujo en 1972 a una nueva regulación de las fundaciones culturales y docentes que supuso una acomodación de la vieja legislación del siglo pasado a las realidades de hoy para mejorar las posibilidades de encauzar por esta vía nuevas iniciativas (1).

La Constitución de 1978 ha proclamado el derecho de fundación co-

(1) Prueban el renovado interés por el tema, y limitándonos a algunos trabajos de los mencionados en otras notas, las siguientes publicaciones: de Castro y Bravo, *"Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares"*, en Anuario de Derecho civil, 1953; Badenes Gasset, *"Las fundaciones de derecho privado"*, Barcelona, 1977; Maluquer de Motes Bernet, *"La Fundación como persona jurídica en la Codificación Civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)"* Barcelona 1983; Martín Retortillo Baquer, L., *"Cuestiones de competencia: el inequívoco sentido de permanencia de las fundaciones"* en RAP, 1979, p. 315; Vilaseca i Marcet, *"Fundaciones culturales privadas"*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1973, p. 319 y ss.

Asimismo, deben citarse los trabajos publicados por el Centro de Fundaciones con la denominación de "Temas de Fundaciones", y también el volumen "Quinto coloquio sobre entidades sin finalidad lucrativa", Madrid, 1978.

*Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 7 (PALMA DE MALLORCA 1984).

mo uno de los derechos de los ciudadanos españoles en el artículo 34, condicionándolo a la realización de finalidades de interés general y señalando que su ejercicio debe someterse a los términos previstos en la legislación correspondiente (2). Por otra parte, en el proceso de institucionalización de las Comunidades Autónomas, diversos Estatutos de Autonomía han otorgado a éstas competencia en materia de fundaciones lo que, dado el sistema de asignación de competencias, pone de manifiesto un mayor interés por esta figura jurídica. Las cláusulas competenciales son variadas tanto en lo que se refiere al ámbito material como a la tipología de las potestades públicas atribuidas. Señalemos aquí, al título de ejemplo, la previsión del artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que atribuye a la Generalidad competencia exclusiva —eso es, la totalidad de las potestades públicas según el artículo 25.2 del propio Estatuto— en materia de “Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña” (3). Entre la actividad legislativa desarrollada por la Comunidad Autónoma catalana destaca la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones privadas, lo que constituye un nuevo indicio de la actualidad apuntada. Esta ley supone la reforma y reunificación de la regulación de las fundaciones, que se proyecta tam-

---

(2) El artículo 34 de la Constitución textualmente dispone: “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

A este respecto deben tenerse en cuenta, Díez Picazo y Ponce de León, “*Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho comparado*”; Rico Pérez, “*Las Fundaciones en la Constitución española*”; Toledo, 1982.

(3) Cláusulas competenciales análogas están contenidas en el artículo 10.19 EA País Vasco; artículo 13.25 EA Andalucía y artículo 31.23 EA C. Valenciana. En el supuesto de Galicia, el artículo 27.26 EA Galicia prevé la competencia exclusiva comunitaria en orden al “régimen de las fundaciones de interés gallego”; en el de La Rioja, el artículo 10.1.3 EA LR asigna a la Comunidad la función ejecutiva, ajustándose a los términos que establezcan las leyes, y, en su caso, a las normas reglamentarias que para su desarrollo dicte el Estado, en materia de “Instituciones y fundaciones de interés exclusivo” para la región; en el caso de Castilla-La Mancha, Extremadura e Islas Baleares los artículos 35.m, 10.1.c y 16.1.a de sus respectivos Estatutos prevén que transcurridos cinco años, o antes por Ley orgánica, asuman competencias en materia de fundaciones, que es descrita en los términos ya conocidos del Estatuto de Cataluña; el Estatuto de Castilla-León en su artículo 29.1.1 prevé también una aplazada competencia comunitaria pero respecto de las “Fundaciones de interés para la Comunidad”; en fin, en el caso de Navarra la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, el artículo 20 establece la competencia exclusiva en orden a las “fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra”.

Sobre estas atribuciones competenciales, Vid. Herrero Rodríguez de Miñón, “*La regulación de las fundaciones en los estatutos de autonomía: Visión general*”, en “Temas de Fundaciones”, cit.

bién en una configuración unitaria del protectorado (4). A ella haremos referencia, además de hacerlo a la legislación estatal, al examinar los aspectos que son objeto de consideración en estas páginas.

Con la nueva situación institucional y, en concreto, a raíz de la renovación de los órganos de gobierno local, los nuevos gestores, al inventariar los servicios relacionados con la administración local, han constatado en algunos casos que la presencia pública local en determinadas instituciones no se produce al amparo de las diversas formas de prestación de los servicios públicos, sino que la entidad local tenía encomendada la gestión de un establecimiento que tenía personalidad jurídica privada, generalmente como resultado de la constitución de fundaciones a favor de las poblaciones, que a veces se remontan al medioevo. Al plantearse la introducción de reformas en los órganos de gobierno de estas instituciones se ha puesto de relieve la complejidad —fruto de intervenciones en distintos y muy distantes momentos— de las correspondientes normas estatutarias. Se acumulan en ocasiones al documento fundacional, la escueta orden de clasificación dictada al amparo de la legislación decimonónica y disposiciones que, si bien pueden tener apariencia de norma de régimen interior, con frecuencia, por su contenido, es preciso calificar como auténticos preceptos estatutarios. La identificación de los distintos elementos es además un momento necesario para establecer el procedimiento que debe observarse para alterar las formas de gobierno y gestión heredadas.

En relación con esta problemática, es preciso examinar la delimitación de la posición del Patronato y del Protectorado y el alcance de las funciones de éste, y la acotación de la materia estatutaria. Para ello, es conveniente, no obstante, una muy breve referencia inicial, de carácter general, al régimen de las fundaciones.

En un contexto inspirado por los principios de la legislación desvinculadora y desamortizadora, la existencia y continuidad de fundaciones benéficas particulares encontró ciertas dificultades a lo largo del siglo

---

(4) La Ley catalana de Fundaciones privadas fue publicada en el Diario Oficial de la Generalidad núm. 206, de 10 de marzo de 1982, y el Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 1982. La Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno, recurso posteriormente desistido. Para un examen de su contenido es interesante referirse al Dictamen emitido en relación con la misma por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña publicado en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 60, de 21 de diciembre de 1981. Un análisis de esta Ley en Vilaseca i Marcet, "Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades", en Revista Jurídica de Cataluña, 1983, p. 7 y ss.

XIX al implantarse los nuevos esquemas liberales. Es éste un elemento que debe tenerse en cuenta para poder realizar, incluso hoy, una lectura sistemática del ordenamiento en el ámbito de las fundaciones de beneficencia particular, cuya regulación deriva aún de disposiciones del siglo pasado. Precisamente, esta actitud restrictiva o de desconfianza contribuye a explicar la intensa vigilancia a cargo de los poderes públicos a que quedan sometidas unas instituciones que tienen naturaleza privada. Por otra parte, las mismas normas reguladoras responden también a un doble patrón: normas de derecho privado y disposiciones de derecho administrativo.

La Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 reconocía expresamente en su artículo 1, (párrafos 2º y 3º), la existencia de instituciones privadas de beneficencia con carácter de fundaciones, y en el artículo 11 se configuraba el protectorado sobre dichos establecimientos. El Código Civil, al enumerar las personas jurídicas, contempla las fundaciones, si bien con la precisión de que las únicas fundaciones admitidas como tales personas jurídicas son las "de interés público reconocidas por la ley" (art. 35), es decir, las permitidas y reguladas por la legislación de beneficencia. Por tanto, no se da personalidad jurídica a cualquier fundación privada, sino únicamente a las que emplean dichos atributos para realizar finalidades que la ley ha declarado de interés público. Como ha señalado Gómez-Ferrer, dos son las características del artículo 35: en primer lugar, sólo acepta las fundaciones de interés público, únicas admitidas por el ordenamiento después de las Leyes desvinculadoras; y, en segundo lugar, exige que estén reconocidas por "Ley", mención que sólo puede interpretarse en el sentido de ley formal, porque se trata de establecer una excepción a una ley formal, como es la que ordenó la desvinculación" (5).

En las fundaciones particulares existe, pues, una doble vertiente. La personalidad jurídica es privada, sin que la obligación de conseguir fines de interés público transforme dicha naturaleza privada, por más que precisamente dicha obligación de perseguir finalidades de interés público explica la existencia del protectorado y los beneficios que acompañan la clasificación como fundaciones benéficas. Por otra parte, las fundaciones, en cuanto masas de bienes ligadas a la consecución de fines de interés público, a los que se otorga la personalidad jurídica, son permanentes y, una vez constituidas, y por el hecho de la afectación al interés público, son irrevocables por la simple voluntad de los fundadores o de los

---

(5) Gómez Ferrer. "La nueva reglamentación de las Fundaciones Culturales Privadas" en Revista de Administración Pública, 1973, n. 70, p. 383.

administradores (6), ya que el interés público no puede dejarse a disposición de la voluntad privada. Por consiguiente, toda modificación, o en su caso la extinción, de las fundaciones únicamente podrá ser válida en los supuestos y según los procedimientos establecidos legalmente.

La normativa vigente en materia de fundaciones benéfico-asistenciales continúa siendo, aparte de la Ley de Beneficencia y del Código Civil ya citados, el R. Decreto y la Instrucción de 14 de marzo de 1899 y el R. Decreto de 17 de octubre de 1919. Por lo que respecta a las fundaciones docentes y culturales, su regulación está contenida en el Decreto de 21 de julio de 1971. Por lo demás, en Cataluña se ha establecido una nueva regulación de carácter general con la ya citada ley 1/1982 que se aplica a cualquier fundación privada siempre que ejerza sus funciones total o principalmente en su territorio.

Para la clasificación de una fundación como de beneficencia particular, que es el primer y esencial acto de la Administración del Estado en su función de protectorado, es necesario que se trate de instituciones creadas y dotadas con bienes particulares (art. 4 del R. Decreto de 14 de marzo de 1899), sin que no obstante sea un obstáculo recibir algunas subvenciones públicas (art. 5 del R. Decreto de 1899 y 1, tercer párrafo del R. Decreto de 17 de octubre de 1919). La clasificación implica el sometimiento al régimen previsto para este tipo de establecimientos el cual supone, por una parte, la atribución del gobierno y administración a los fundadores o patrones, únicos representantes jurídicos de la Fundación, y el control de la actividad de éstos al protectorado; y, por otra, la aplicación de un régimen especial sobre los bienes y el otorgamiento de beneficios fiscales y procesales.

En el caso de la legislación catalana se distingue entre el negocio jurídico fundacional, los estatutos en los que se contienen las reglas de organización y la dotación patrimonial que es imprescindible para la existencia de la Fundación (arts. 3, 4.b, 8.b y 8.d), prescindiéndose de actos de clasificación y adoptándose el sistema de registro en virtud de lo cual la inscripción es un requisito necesario para la eficacia del negocio jurídico fundacional y de la transmisión de la titularidad de los bienes pero sus efectos se producen desde el momento de otorgamiento de la escritura pública fundacional (art. 10).

---

(6) Artículo 9 del Decreto de 27 de septiembre de 1912.

## II. EL PATRONATO DE LAS FUNDACIONES

El gobierno y administración de las Fundaciones corresponden a los patronos, de acuerdo con las previsiones de las normas creadoras o, en su ausencia, con las decisiones del protectorado.

La identificación exacta de este órgano de gobierno no plantea problemas especiales respecto de aquellas fundaciones establecidas modernamente. Más dificultosa es, en cambio, en el supuesto de fundaciones más antiguas, en particular cuando el patronato resulta encomendado a instituciones públicas, como sucede en muchos casos a Ayuntamientos en cuanto representantes de las respectivas ciudades. En este caso, si bien la titularidad del patronazgo corresponde al Ayuntamiento puede ejercitarlo directamente, a través de los órganos municipales o, como frecuentemente ha ocurrido, a través de una Junta designada por el Consistorio. Obviamente, la existencia de esta Junta no es un requisito, únicamente es necesario que exista un órgano de gobierno municipal, sin que sea obstáculo el carácter público o administrativo de los mismos, como se desprende del artículo 4 del R. Decreto de 14 de marzo de 1899 que, al definir la beneficencia particular, prevé que dichos establecimientos puedan ser confiados a "Corporaciones, autoridades o personas determinadas". También el artículo 60 de la Instrucción de la misma fecha recoge esta orientación (7). Ahora bien, cuando las instituciones públicas crean un órgano especial para el gobierno de la fundación cuyo patronazgo tienen atribuido, en ningún caso se produce una transferencia de la titularidad del patronazgo del Ayuntamiento a este órgano, que es un simple delegado para el ejercicio del patronazgo, que, en palabras de la Instrucción, ha sido "confiado por el Ministro de la Gobernación" a la institución de que se trate. A este respecto hay que recordar, asimismo, que no pueden confundirse los dos significados de la palabra "patronazgo o patronato". Un primer sentido se refiere a la atribución de titularidades y facultades. Un segundo significado incide en la denominación del órgano encargado de la gestión de las facultades inherentes al patronazgo.

En consecuencia, al titular del patronazgo le corresponde decidir sobre la forma de ejercitar las facultades de gobierno y administración inherentes al mismo, sin que anteriores opciones sean condicionamientos definitivos ya que una reforma de la organización se ampara en las fun-

---

(7) El artículo 60 prevé: "La fundación así clasificada será confiada por el Ministro de la Gobernación a las *Autoridades, Corporaciones* o particulares que deban ejercer su patronazgo y administración con arreglo a los títulos respectivos y a las leyes".

ciones propias del patronazgo que, por su carácter constituyente, son indelegables al órgano de gestión que pudiera existir el cual, por tanto, no puede condicionar, y menos impedir, la decisión del titular aunque implique la supresión del mismo.

### III. LA CARTA FUNDACIONAL

La regulación originaria de las fundaciones antiguas es frecuentemente muy precaria, de forma que sus reglas son insuficientes para prever los procedimientos de gobierno. Para completar esas prescripciones, absolutamente breves, se dictaron disposiciones que, con la denominación de reglamentarias, constituían un auténtico complemento estatutario, en orden a cumplimentar las exigencias que la legislación de beneficencia o sobre fundaciones establecen en orden a la Carta fundacional o documentos constitutivos. Debemos advertir, además, que la regulación, confusa en ocasiones, de estas instituciones en la legislación del siglo pasado está lejos del mayor perfeccionamiento de algunas regulaciones sectoriales o generales recientes, pero, en cualquier caso se constató también entonces la necesidad de una ordenación precisa de los aspectos orgánicos y de funcionamiento de las fundaciones.

En este orden de consideraciones, puede citarse un R. Decreto de 6 de julio de 1853, que debe estimarse derogado, que al establecer los requisitos para la clasificación de los establecimientos, como hecho a probar, indicaba, entre otros, "Que su dirección y administración están confiadas a Corporaciones autorizadas por el Gobierno al efecto o a patronos designados por el fundador. Se considera autorizada por el Gobierno una Corporación siempre que tenga a su favor el reconocimiento del mismo o el tácito consentimiento de su ejercicio inmemorial; y se reputarán patronos designados los que hayan sucedido con arreglo a las fundaciones o apoyen su derecho en la posesión inmemorial". Asimismo, la Instrucción de 1899, aún vigente, por lo que se refiere a las fundaciones benéfico-asistenciales, en su artículo 55 establecía que en los expedientes de clasificación debían constar necesariamente, entre otras prescripciones: "3º Sus fundadores y las personas que ejerzan su patronazgo y administración"; y el artículo 7, al regular el protectorado, atribuía al Ministro de la Gobernación, entre otras facultades, "la de modificarlas (las Fundaciones) en armonía con las nuevas conveniencias sociales y suplir, por medio de acuerdos y nombramientos absolutamente necesarios para el orden regular de las instituciones las evidentes omisiones de los fundadores y... Aprobar los reglamentos que las Juntas de... Patronos deberán formar para su régimen interior". El R. Decreto de 27

de septiembre de 1912 y la Instrucción de 24 de julio de 1913, en relación con las fundaciones benéfico-docentes, contienen normas similares.

A la vista de estos preceptos es patente la necesidad de completar, en su caso, la brevedad o insuficiencia de los antiguos títulos fundacionales por lo que se refiere a elementos como son la composición de los órganos de gobierno y el funcionamiento de la institución que, de hecho, son elementos imprescindibles para el cumplimiento de la voluntad fundacional y la consecución de los fines de interés público, otorgándose a dichas normativas un valor o carácter estatutario.

Con una regulación técnicamente mucho más ajustada, las disposiciones más recientes confirman este planteamiento. Así, el Decreto de 21 de julio de 1972 que contiene el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas, al regular en su artículo 6º la Carta Fundacional, que es el instrumento constitutivo de la Fundación que debe ser objeto de inscripción en el correspondiente Registro público, establece el contenido mínimo de los Estatutos que han de comprender los aspectos orgánicos y las directrices para la realización de la voluntad fundacional (8). Por otra parte, la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas, en su artículo 9, regula el contenido de los Estatutos, que forman parte de la carta fundacional que debe inscribirse en el Registro de Fundaciones y prevé, entre otros extremos, aspectos similares (9).

Las indicaciones son expresivas de una orientación que de forma más o menos explícita se encuentra en el ordenamiento vigente. Así se puede constatar, por una parte, que los documentos constitutivos de una fundación deben contemplar determinados extremos; por otra, que la legislación menos reciente prevé la posibilidad de completar tales elementos fundamentales a través de normativas complementarias a fin de hacer

---

(8) Concretamente, los números 4 y 5 del artículo 7 del Decreto de 21 de julio de 1972 disponen textualmente:

“4. Las reglas para la aplicación de las rentas al objeto fundacional y para la determinación de los beneficios.

5. El órgano que tenga a su cargo la representación y gobierno de la Fundación y los demás órganos de la Institución en su caso, con expresión de su composición, las reglas para la designación de sus miembros, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar sus acuerdos”.

(9) Los apartados d) y e) de la Ley catalana disponen:

“d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos a las finalidades fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.

e) La regulación del patronato, órgano de gobierno de la fundación, expresar su composición, su forma de designación y de renovación de los patronos, las facultades que asumirán y la forma de deliberar y de formar acuerdos”.

frente a la situación documental efectiva de las fundaciones antiguas.

#### IV. EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL PROTECTORADO

Al plantear el tema del alcance de las funciones del protectorado, debemos circunscribirlo, en este apartado, a las modificaciones de la composición de los órganos de gobierno y, en general, a la alteración y sustitución de las disposiciones complementarias del documento originario, y a la "intensidad" de su intervención en orden a vigilar o tutelar dicha modificación. No se examina, pues, en este momento la extensión de las facultades del protectorado, sino únicamente se considera si existe en este caso, y la medida o profundidad de la intervención del protectorado.

En la resolución de esta cuestión será necesario advertir que nos encontramos actualmente en un momento transitorio. En primer lugar, las competencias sobre fundaciones y la titularidad del protectorado están en proceso de ser ejercidas por algunas Comunidades Autónomas, finalizando la vigilancia de la Administración estatal. Este aspecto será objeto de especial consideración en el siguiente epígrafe. La transitoriedad de la situación actual se refleja también en la regulación aplicable, ya que, por ejemplo, el Parlamento de Cataluña, como ya se ha dicho, ha aprobado una ley de fundaciones privadas. Por estos motivos parece conveniente examinar la intervención del Protectorado y su alcance, en un sentido amplio, contemplando el tema a la luz de las distintas normas vigentes.

De la Instrucción de 1899, tanto en función de los requisitos documentales del expediente de clasificación como de las facultades previstas en el artículo 7 —al que hemos aludido en el epígrafe anterior— puede deducirse que la modificación de la regulación de los aspectos orgánicos debe ser sometida al protectorado. La más reciente reglamentación estatal en materia de fundaciones prevé también las facultades del Protectorado en orden a la aprobación de las modificaciones de los Estatutos. Así, el artículo 51 del Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas de 21 de julio de 1972. Por otra parte, la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas prevé, en su artículo 10, que las modificaciones del contenido de los estatutos deben inscribirse en el Registro de Fundaciones de la Generalidad y en su artículo 14 se afirma que "dichos actos no pueden ser ejecutados sin la aprobación del protectorado". En definitiva, está también clara en esta regulación la intervención del Protectorado.

Así pues, la primera de las cuestiones planteadas, consistente en si

la modificación, alteración o sustitución del régimen orgánico, aunque hubiera sido concretado en disposiciones complementarias, debe ser sometida a la consideración del Protectorado, ha de resolverse en sentido positivo. Una vez que la nueva regulación, repetimos, efectúa funciones de estatuto, sea adoptada por el titular del patronato, su definitiva aprobación o control corresponde al órgano titular del protectorado.

Establecido este punto debe estudiarse el alcance de la intervención del Protectorado. En este sentido, se plantean dos aspectos: tipos de intervención y, relacionado con ello, régimen jurídico de la intervención. En la legislación de beneficencia se calificaba la intervención del Protectorado como aprobación, o incluso, y de forma indeterminada, como acción directa o suplencia (10). Ahora bien, las intervenciones del Protectorado únicamente pueden fundamentarse en la necesidad de cumplir de la voluntad de los fundadores y en el respeto del interés público, según ha sido legalmente explicitado. El artículo 6 del R. Decreto de 14 de mayo de 1899 es elocuente (11). La concepción del Protectorado en el derecho vigente permite indicar dos consecuencias inmediatas, según expresión de Morell Ocaña. Por un lado, "queda sobreentendido que la voluntad fundacional está para siempre identificada con una específica manifestación del interés general. Esto es, cumplir la voluntad del fundador es realizar el interés público...". Por otro, "todas las facultades del protectorado tienden a la actualización de un control sobre las facultades del patronazgo a fin de que éste no se separe en sus decisiones de la voluntad que dio vida a la Fundación, reflejada en sus Estatutos" (12). En consecuencia, la intervención del protectorado está limitada a comprobar el cumplimiento de esta voluntad y la subsistencia del interés público y, lógicamente, la observancia de la normativa aplicable, sin que pueda extenderse el pronunciamiento a criterios de oportunidad sobre la forma de organizar la fundación, ni pueda denegarse la aprobación si el proyecto respeta tales puntos. Por ello, como se ha dicho del acto de clasificación con el que la modificación del Estatuto está íntimamente ligada, la intervención del protectorado es esencialmente reglada y en cualquier caso es fiscalizable por la Jurisdicción Contencioso-administrativa (13). Un examen de la Ley catalana permite establecer con-

(10) Ver a este respecto el artículo 7.8 y 7.2 de la Instrucción de 1899.

(11) "En las fundaciones benéficas particulares se respetará siempre la voluntad de los fundadores...".

(12) Morell Ocaña, "Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas", en Revista española de Derecho Administrativo, 1978, p. 165. Sobre el mismo tema, Sainz Moreno, "Fundaciones benéficas: algunas consideraciones sobre la intervención del protectorado y la voluntad del fundador", en la misma revista, 1979, n. 23, p. 651 y ss.

(13) Garrido Falla, "La acción administrativa sobre la beneficencia privada y en espe-

clusiones similares, poniéndose énfasis en el carácter reglado de la intervención del protectorado a través de la técnica de la inscripción en el registro público. Así, el segundo párrafo del artículo 10 prevé que la inscripción tanto la inicial como las sucesivas de los estatutos “únicamente puede ser denegada si los documentos no se ajustan a las disposiciones de esta Ley”. Esta Ley señala, por otra parte, unas pautas sobre la composición de los órganos de gobierno (art. 11) y consagra también el principio de que los patrones tendrán que justificar “la necesidad o la conveniencia, teniendo siempre en cuenta la voluntad fundacional expresa o presumible” (art. 14).

Las consideraciones anteriores nos permiten concluir que un proyecto de modificación del régimen orgánico de una fundación debe someterse siempre al definitivo pronunciamiento del protectorado, que en la legislación actualmente vigente adopta la forma de aprobación. Esta intervención del protectorado debe limitarse a constatar la funcionalidad de la modificación en orden al cumplimiento de la voluntad del fundador y el respeto de la legislación vigente, sin poder entrar en cuestiones de oportunidad ni denegar la aprobación si los anteriores extremos están cumplimentados. La decisión expresa o tácita del Protectorado es recurrible ante los Tribunales Contencioso-administrativos.

## V. EL ORGANISMO TITULAR DEL PROTECTORADO

El actual momento de transición desde un ordenamiento unitario centralista hacia un sistema de autonomías obliga a considerar cual es la administración que ostenta la titularidad del protectorado de las fundaciones.

El Protectorado de las Fundaciones de beneficencia particular ha estado a cargo de la Administración del Estado desde la Ley de 11 de mayo de 1842. El artículo 1 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 confirma el ejercicio del protectorado a través del Ministerio de la Gobernación, cuyas funciones están reguladas en el artículo 7º de la Instrucción de 1899, mientras que en el artículo 8 se establecen las funciones de la correspondiente Dirección General y los artículos 10 y siguientes las de las Juntas Provinciales y los artículos 16 y siguientes las de las Juntas Municipales. Hasta la creación del Ministerio de Sanidad continuó a cargo del Ministerio de la Gobernación el protectorado de las fundaciones benéficas asistenciales, mientras por R. Decreto de 29 de julio de 1911 se atribuyó el ejercicio del protectorado de las fundaciones

benéfico-docentes al Ministerio de Instrucción Pública, hoy de Educación y Ciencia.

En determinadas Comunidades Autónomas con la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía ha resultado alterado el esquema de competencias en materia de fundaciones. En el supuesto que ostenten la potestad legislativa, las Comunidades podrán innovar el ordenamiento existente con normas con rango de ley y sustituir las normas estatales —como así se ha hecho con la citada Ley de Fundaciones privadas en Cataluña— y la Administración autónoma podrá ejercer las funciones de protectorado, siempre respecto de fundaciones que ejerzan principalmente sus actividades en el respectivo territorio comunitario, o con otras peculiaridades que se deducen de las diversas cláusulas estatutarias. En el caso de que las competencias autonómicas sean de carácter ejecutivo, la Comunidad Autónoma podrá desarrollar las facultades propias del Protectorado de acuerdo con las condiciones y régimen fijados por las leyes y reglamentaciones estatales.

Ahora bien, para establecer cual es actualmente el órgano titular del protectorado de las fundaciones que llevan a cabo sus funciones principalmente en una comunidad con competencia exclusiva en esta materia, es necesario aclarar dos cuestiones: posibilidad de ejercer el protectorado, aunque el Parlamento autónomo no haya legislado; traspaso de los servicios inherentes a las competencias para la efectividad de las mismas. Este último aspecto es asimismo significativo para las Comunidades que ostentan tan sólo facultades ejecutivas en este campo.

Con respecto al primer punto, puede afirmarse que el ejercicio de la “función ejecutiva e inspección” por parte de la Administración autónoma no está ligado a una previa utilización de las potestades legislativa y reglamentaria por la Comunidad Autónoma. El artículo 149.3 de la Constitución y las prescripciones de los propios estatutos, entre ellos el artículo 26 del Estatuto de Cataluña, señalan de forma expresa el valor supletorio del derecho estatal y por ello, mientras no existan leyes y reglamentos autónomos en la materia, el ejercicio del protectorado se efectuará de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento estatal, situación transitoria que ha quedado expresamente contemplada asimismo en diversos Estatutos. Citamos, a título de ejemplo, la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de Cataluña que prevé de forma explícita que “*Mientras las Cortes Generales no elaboren las Leyes a las que este Estatuto se refiere y el Parlamento de Cataluña legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias, sin perjuicio de que su*

desarrollo legislativo, en su caso, y su ejecución, se lleve a cabo por la Generalidad en los supuestos así previstos en este Estatuto". En consecuencia, la falta de legislación o reglamentación por parte de la Comunidad Autónoma no impediría a dicha institución llevar a cabo las funciones ejecutivas en las materias de su competencia. Dado que el protectorado se sitúa en el nivel de las funciones ejecutivas, no hay duda de que la correlativa competencia corresponde desde la vigencia del Estatuto, en principio, a la Comunidad Autónoma (14).

Debe estudiarse ahora la segunda cuestión antes mencionada, que nos permitirá aclarar la precaución con que se ha formulado esta última conclusión. El Estatuto otorga de forma definitiva a la Comunidad Autónoma las competencias que enumera y con el régimen que en cada caso prevé. No obstante, el ejercicio de dichas competencias, cuando supone el ejercicio de funciones administrativas, puede quedar condicionado al traspaso de los servicios correspondientes (15). Como es sabido, los diversos Estatutos de Autonomía regulan el procedimiento de traspaso cumpliendo la previsión del artículo 147 de la Constitución. Mientras no se efectúe el traspaso de los servicios inherentes a la competencia en materia de fundaciones o, con las matizaciones que señalamos inmediatamente, se dicte una ley comunitaria de fundaciones en el supuesto de las Comunidades que ostentan potestad legislativa en esta materia, el protectorado de las funciones continúa en manos de la Administración del Estado. Si se produce el traspaso, sin que se haya promulgado la ley comunitaria, los servicios de la Administración autónoma ejercerán el protectorado de acuerdo con la ley estatal. De hecho, y para citar un ejemplo, ya se han transferido a la Generalidad de Cataluña las funciones y servicios

---

*cial sobre las Fundaciones de este carácter"*, en Centenario de la Ley del Notariado IV. Madrid, 1963, p. 379 y ss.

(14) Este ha sido también criterio sentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la sentencia de 28 de julio de 1981.

(15) El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de puntualizar estos extremos en una sentencia de 7 de abril de 1983. "Ha de entenderse que la titularidad de las competencias corresponde a la Comunidad Autónoma por obra de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Autonomía. Sólo en las situaciones de lo que se llamó "preautonomía" las competencias se adquirieron por medio de traspasos y esta modalidad puede todavía hoy funcionar respecto de aquellas competencias que en el Estatuto no hayan sido mencionadas. Habrá que concluir entonces que no es posible, en puridad, transferir las competencias que corresponden ya en virtud del Estatuto. Si corresponden en virtud de éste, ope legis o ipso iure, como suele decirse, mal se pueden transferir... Si no hay genuina transferencia de competencias cuando la titularidad de éstas ha sido atribuida por los Estatutos, es obvio que tampoco es posible hablar de una transferencia del ejercicio de las competencias y que hay que hablar simplemente de transferencias de los medios personales y materiales necesarios para tal ejercicio".

correspondientes. La operación se realizó de forma separada según se tratara de las fundaciones docentes o de las benéfico-asistenciales (16). En el supuesto de que sin que se haya efectuado el traspaso de servicios un Parlamento autónomo promulgue una Ley de Fundaciones la situación sería bastante compleja; sin embargo, en virtud del principio de jerarquía normativa y de legalidad, y en consideración a los ámbitos constitucionales de las competencias y la forma de atribución de las mismas, parece que la Comunidad Autónoma podría empezar a ejercer, de acuerdo con la nueva legislación autonómica, aunque con una duplicación, los servicios de protectorado, si bien podrían plantearse conflictos con la administración estatal si ésta no cesara en el ejercicio de las funciones e incluso habría dificultades relacionadas con los antecedentes y documentación.

---

(16) Por R. Decreto 1966/1982, de 30 de julio, se aprobó el acuerdo de traspaso de los servicios estatales en materia de fundaciones docentes.

El R. Decreto 2020/1983, de 29 de junio, aprobó el acuerdo de la Comisión Mixta de transferencias sobre servicios en materia de fundaciones benéfico-asistenciales. En el mismo, además de la entrega de documentos se previó el libramiento de las cantidades en metálico que custodiaban los servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

# RELIGION Y EJERCITO (\*)

IVAN C. IBAN

Probablemente tras las realidades que encierran los dos nombres que titulan estas líneas se encuentran algunas de las claves básicas para comprender algunos de los fenómenos históricos que más han incidido en la presente configuración de España; pienso que de una recta comprensión del modo en que se han relacionado tales realidades a lo largo de la historia y del modo en que posibles enfrentamientos de los mismos con la "sociedad civil" han sido resueltos dependerá, en último extremo, la posibilidad real de que nuestro país se pueda situar, de una vez por todas, en el lugar que le corresponde en el tiempo y en el espacio.

Pero si pretendemos referirnos a la relación entre el Ejército y la Religión en la actualidad española, a la luz de los principios constitucionales que deben de guiar aquellas relaciones, lo primero que debe hacerse es plantear las cosas de otro modo: ya no se debe hablar de Religión y Ejército sino, antes bien, de libertad religiosa y Fuerzas Armadas; y es que, en mi opinión, el cauce escogido por el ordenamiento jurídico español vigente para referirse a lo religioso no es otro que el de la libertad religiosa. Para algunos, la relación entre esas dos realidades no ofrecerá dificultades: partiendo de la base de que el poder militar debe estar subordinado al poder político y que éste debe ser independiente del religioso, no cabe llegar a conclusión diversa de la de situar a la Religión y al Ejército como realidades separadas. No obstante lo anterior, me parece que las cosas no son tan sencillas, no entraré ahora a valorar cuales puedan ser las razones de que las cosas no sean así —tal vez ocurra que las premisas de partida no son absolutamente correctas—, pero el hecho

---

(\*) Versión parcial de la conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, con el título "Las Fuerzas Armadas y la libertad religiosa", el día 7 de marzo de 1984.

cierto es que, en España, hoy, se hace necesario todavía hablar de libertad religiosa y Fuerzas Armadas.

Tres grandes bloques de cuestiones deben ser analizadas en esa relación: 1º, La posibilidad de que por razones estrictamente religiosas algunos súbditos del ordenamiento reciban un trato especial, que puede llegar a la exención de determinadas obligaciones militares; 2º, La posibilidad de que en el ámbito de la vida militar se realicen determinadas actividades que sean contrarias a la libertad religiosa; y, 3º, El hecho de que la situación de especial sujeción a la que obliga la disciplina militar, haga necesario el que el Estado adopte una solución de especial protección para los sometidos a esa disciplina que les permita cumplir con sus obligaciones religiosas. De otro lado dicho: 1º, Objeción de conciencia al servicio militar y exención del mismo a clérigos y religiosos; 2º, Obligatoriedad de realizar determinados actos contrarios a la propia creencia religiosa; y, 3º, Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Aunque el resultado material que se alcanza es el mismo, el hecho cierto es que las razones de la objeción de conciencia al servicio militar y la exención del servicio militar a clérigos y religiosos tienen un origen muy distinto, por lo cual parece necesario realizar un tratamiento separado de ambas cuestiones.

La exención del servicio militar de clérigos y religiosos pienso que no puede recibir otro nombre, en un Estado de Derecho, que el de privilegio, pues de eso se trata el que como consecuencia de un especial *status* jurídico personal, un súbdito del ordenamiento se vea favorecido por el ordenamiento con respecto a otros ciudadanos y, en consecuencia, parece que desde la Revolución francesa el único camino a seguir ante tales situaciones es el de la pura y simple supresión. Aunque el actual sistema de Derecho eclesiástico español en ese punto ha sido modificado muy notablemente con respecto al delineado por las Leyes Fundamentales y el Concordato de 1953, parece, sin embargo, que subsisten algunos residuos de tal sistema de privilegios. Al margen de situaciones de derecho transitorio, sólo establece nuestro ordenamiento un caso de absoluta exención del servicio militar por estos motivos, tal caso es el previsto en el artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio militar de clérigos y religiosos, en virtud del cual “se exceptúan del cumplimiento de las obligaciones militares, en toda circunstancia, los Obispos y asimilados en derecho”; aunque se trata, evidentemente, de un privilegio, me parece que afectará a tan contados casos que resulta innecesario el extenderse en el mismo. Pero junto a la exención absoluta prevista en el

artículo VI del Acuerdo, el número V regula algunos supuestos en cierto modo análogos: 1 - Posibilidad de concesión de prórrogas por estudios, aplicando la legislación general al respecto, a aquellos seminaristas que las soliciten; 2 - "A los que ya sean presbíteros se les podrá encomendar funciones específicas de su ministerio" (punto 2); 3 - En el supuesto de que no se aplique la anterior fórmula y también en el caso de diáconos y religiosos "se les asignarán misiones que no sean incompatibles con su estado de conformidad con el Derecho Canónico" (punto 3) y 4 - La posibilidad de sustituir la prestación del servicio militar por labores de apostolado en territorio de misiones o como capellanes de emigrantes, durante un mínimo de tres años, y siempre que esté previsto legalmente la existencia de una prestación social sustitutoria del servicio militar.

Si nada parecía necesario comentar acerca del artículo VI, tal vez si resulte necesario detenernos mínimamente en el V. En cuanto a la prórroga por estudios, y en la medida en que debe adaptarse a la legislación general sobre la materia, creo que no cabe hablar de privilegios, y todo el tema se centraría en el reconocimiento que las autoridades competentes otorguen a esos estudios; si se confiere a tales estudios una validez oficial, parece ser la solución adecuada. En cuanto a lo previsto en el punto 2 del artículo V creo que su análisis debe ser diferido para el momento en que corresponda referirse a la asistencia religiosa, pues es probable que apoyándose en esa norma concordada se encuentren las soluciones más adecuadas para solventar los problemas que pretende resolver la asistencia religiosa. Tras su aparente escasa importancia pienso que el punto 3 del referido artículo encierra algunos problemas que pueden ser de extraordinaria gravedad; las habituales cautelas del Estado a la hora de pactar con la Santa Sede en este punto se desvanecen; el ordenamiento español realiza en este punto una remisión absolutamente nítida al ordenamiento canónico, es el Derecho de la Iglesia quien tiene que determinar cuales sean "las misiones que no sean incompatibles con" la condición de clérigo o religioso, y de esa determinación se seguirá el compromiso por parte del Estado de eximirlos del cumplimiento de las mismas, lo cual en último extremo puede suponer el vaciar absolutamente de contenido la afirmación con la que se abre el repetido artículo V: "Los clérigos y religiosos están sujetos a las disposiciones generales de la Ley sobre el Servicio Militar".

En cuanto al punto 4 del artículo objeto de nuestra atención nos encontramos, una vez más, con un modo de legislar que se está haciendo demasiado habitual en los últimos tiempos en España. Obviamente en el referido precepto se está pensando en la inmediata existencia de una regulación jurídica de la objeción de conciencia, se presume que esa ley

reguladora de la objeción de conciencia proveerá la posibilidad de sustituir la prestación del servicio militar por una actividad alternativa y se parte también de que tal prestación sustitutoria tendrá una duración superior a la prevista con carácter general para el cumplimiento del servicio militar; se pretende con este precepto el realizar una especie de fijación apriorística de una posible causa de objeción. Pienso que son numerosos los extremos de esta norma susceptibles de crítica, pero uno es especialmente grave: se está pensando en la inmediata promulgación de una norma, con un contenido específico y, sin embargo, los hechos han probado que la norma imaginada aún no se ha promulgado y, además, nada garantiza que el contenido de la misma sea coincidente con las intenciones de aquellos que redactaron el Acuerdo.

La no promulgación de la tantas veces anunciada regulación de la objeción de conciencia al servicio militar creo que no responde simplemente al habitual incumplimiento de los calendarios legislativos por parte de los sucesivos Gobiernos, sino que es consecuencia de unas evidentes dificultades de fondo. Fue escasa la discusión provocada por la regulación constitucional de la objeción de conciencia; el tema no fue estudiado con la suficiente cautela y nuestros constituyentes pensaron únicamente en una posible objeción de conciencia: la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar obligatorio. No resulta extraño el olvido de otras posibles formas de objeción de conciencia, ya que nuestra reciente historia sólo había puesto de relieve la necesidad de una regulación de la objeción de conciencia a ese respecto y, generalmente, únicamente por motivos religiosos. La escasa jurisprudencia sobre la cuestión se centró, todo hay que decirlo, prácticamente en la objeción de conciencia al servicio militar por parte de algunos testigos de Jehová. Aunque se podría invocar razones de realismo para explicar ese tratamiento concreto de la cuestión a nivel constitucional, pienso que no es suficiente justificación de tan parcial tratamiento. La objeción de conciencia no es patrimonio exclusivo de los creyentes de una u otra religión y, desde luego, cabe plantear esa objeción a temas muy diversos. Sin pretender ahora entrar en tan complejo mundo como es el de la conciencia individual, creo que ese fenómeno sólo puede ser rectamente entendido si se comprende que no se trata de un derecho que surja como consecuencia de su reconocimiento por parte del ordenamiento, sino que se trata, y es mucho más importante, de una decisión del individuo de hacer primar sus propias creencias sobre el mandato legislativo: tan objetor de conciencia es el ciudadano que en lugar de realizar el servicio militar se dedica a realizar actividades asistenciales porque así lo permite el ordenamiento, como lo era el creyente de una determinada confesión que sufría martirio por no aceptar alguno de los mandatos impuestos por el ordenamiento

en contra de sus creencias; lo único que ocurre es que si el ordenamiento estatal regulase en toda su amplitud la objeción de conciencia, si el Estado permitiese que el individuo actuase en todo caso de conformidad a sus creencias, nos encontraríamos con la quiebra de la idea de Estado y su consecuente desaparición. Ahora bien, el que el legislador no puede reconocer el derecho de objeción de conciencia en toda su amplitud no significa que no pueda comprender que todas las formas de objeción de conciencia responden a un mismo modo de actuar y, en consecuencia, que siendo su origen común, todas las objeciones de conciencia deban recibir un tratamiento legislativo unitario. Nada puede decirse de la regulación ordinaria del derecho a la objeción de conciencia en nuestro país, sencillamente porque no hay una norma específica sobre la cuestión, aunque todo parece apuntar que nuestro legislador ha optado por la fórmula de regular de modo separado las diversas manifestaciones de la objeción de conciencia (al servicio militar, a la práctica de un aborto, etc.), introduciéndose así el riesgo de un trato diverso a situaciones que tienen un mismo origen.

El segundo gran bloque de cuestiones que aquí corresponde analizar, si quiera sea de un modo muy somero, es el que en el ámbito de la vida militar se obligue a los componentes de las mismas a realizar actividades contrarias a sus creencias religiosas. En el ámbito del derecho comparado el tema ha tendido a centrarse en torno a la exigencia de un juramento, y parece que a tal cuestión ha atendido suficientemente nuestro legislador; no concluye en este punto los problemas y son numerosos los hechos simplemente anecdóticos o, en algunas ocasiones, extraordinariamente graves que trascienden a la opinión pública. Parece que la disciplina militar obliga, en algunas ocasiones, a anteponer el respeto a esa disciplina frente a las propias creencias; sin duda eso debe ser así como regla general, pero no resulta difícil imaginar supuestos en los que parece que el respeto de la disciplina militar no justifica la falta de respeto a una determinada opción personal; parece que no ha sido absolutamente infrecuente el que, por ejemplo, se obligue a algunos soldados a asistir a actividades culturales de confesiones religiosas diversas a la propia, y parece que se parte de la idea de que todo soldado español es católico salvo que exprese lo contrario (estoy pensando en el cuestionario que tiene que cubrir, como primer contacto con las Fuerzas Armadas, todo varón español en su Ayuntamiento al llegar a una determinada edad, en el que se le pregunta cuál es la religión que profesa y, parece, no es del todo infrecuente que el funcionamiento encargado de atender a esa tarea cubra el referido impreso indicando, sin preguntar, que la religión del futuro soldado es la católica) lo cual es, cuando menos, una expresa violación de lo preceptuado en el artículo 16-2 de nuestra Constitución. Sin

embargo entrar en el análisis de tales supuestos es imposible para quien esto escribe, y ello al menos por un doble motivo: 1º Para la realización de ese estudio habría que acudir a técnicas estadísticas y sociológicas que, ciertamente, estoy muy lejos de dominar, 2º Los datos deberían provenir de la propia institución militar, y pienso que esos datos no son absolutamente fiables (un sólo ejemplo bastará para demostrar que mis sospechas no son absolutamente infundadas: en un reciente número de una revista militar se hacía pública una encuesta realizada entre cuatro mil soldados españoles a propósito de sus creencias religiosas, en los resultados de esa encuesta se llegaba a la conclusión de que más del 80% de los encuestados se incluían en la categoría "católicos practicantes"; las frecuentes alusiones del redactor del trabajo al artículo 16-2 de la Constitución no son prueba suficiente de la bondad de las técnicas estadísticas empleadas; los resultados obtenidos no son creíbles en lo absoluto, nada tienen que ver con los resultados de otras encuestas realizadas con carácter general o sectorial y que ofrecen una ficha técnica adecuada).

Sin perjuicio de la evidente trascendencia de los temas más arriba planteados me parece que en un moderno Estado no confesional, que pretenda inspirarse en principios de libertad, como pretende el español, el tema de mayor interés desde una perspectiva de tratamiento jurídico de las libertades públicas es el de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Lo primero que es menester poner de relieve es que ante el tema de la asistencia religiosa nos encontramos en una situación, no muy infrecuente por lo demás, de pervivencia de una serie de instituciones de carácter originariamente confesional y que hoy se pretenden justificar a la luz del principio de respeto al derecho fundamental de libertad religiosa (el proceso no es nuevo; pensemos en el matrimonio. Pienso que en sus orígenes la institución del matrimonio civil en Europa tiene un marcado carácter regalista, el paso de los años hizo que esa institución marcadamente regalista pasase a ser una reivindicación claramente liberal, que era sistema que se situaba en las antípodas del regalismo; piénsese ahora en el matrimonio canónico: en un primer momento nadie discutía en Europa que ese era el único matrimonio posible, más tarde se consideró una institución típicamente confesional, la última fase es la de reclamar su pervivencia en el ámbito del Derecho estatal sobre la base del respeto a la idea de libertad religiosa).

Desde los postulados de aquellos que pretenden respetar el principio de libertad religiosa y simultáneamente justificar la pervivencia de la institución de la asistencia religiosa al razonamiento es sencillo: el ciu-

dadano que está integrado en las Fuerzas Armadas (como el que está internado en un centro hospitalario o en uno penitenciario) se sitúa en una posición en la que resulta difícil el cumplir con sus propias obligaciones religiosas, como quiera que el Estado debe proteger la libertad religiosa, a él toca facilitar los instrumentos para que pueda cumplir con sus obligaciones. El razonamiento parece impecable pero creo que es necesario responder a dos preguntas: 1ª ¿Son los militares —y los internados en centros penitenciarios y hospitalarios— los únicos ciudadanos con dificultades para cumplir con sus obligaciones religiosas?, 2ª ¿Existe realmente esa dificultad?

La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en nuestro país se ha articulado a lo largo de su historia de un modo muy concreto: asistencia religiosa únicamente para los católicos mediante la adscripción personal de los componentes de las Fuerzas Armadas católicos a un párroco-militar y a un Obispo-militar. Las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra que entraron en vigor el pasado 1º de enero parece que pretenden ampliar el sistema a otras confesiones religiosas, con fórmulas no muy precisas y en cuya descripción no cabe entrar ahora. Parece pues que el problema de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas está resuelto para los católicos y estará resuelto para otras confesiones religiosas; pero las dos preguntas planteadas quedan sin responder.

Que en una situación de guerra la posibilidad de que un soldado que esté en el frente de batalla atienda a sus obligaciones religiosas se dificulte extraordinariamente es algo que nadie discute, naturalmente si es discutible el modo en que se preste la asistencia religiosa (yo personalmente me inclinaría por hacer un uso racional del punto 3 del artículo V del Acuerdo antes citado, ampliándolo para las confesiones religiosas distintas de la católica), pero ¿puede admitirse que exista una real dificultad de cumplimiento de las obligaciones religiosas de un militar en tiempo de paz, que trabaje en unas oficinas militares situadas en una gran ciudad española y cuyo horario de trabajo no difiera sustancialmente con respecto al de otros funcionarios del Estado y que, desde luego, es mucho menos estricto y prolongado que el de otros muchos ciudadanos?, ¿para el militar de nuestro ejemplo, suponiendo que sea católico, no es acaso perfectamente posible el acudir a las actividades culturales y pastorales organizadas por la Iglesia católica apoyándose en su completa —y suficiente, creo yo, para todo católico español— organización territorial?, ¿no son acaso mayores las dificultades que tendrían algunos católicos que prestan sus servicios como diplomáticos, o que habitan en zonas despobladas?, ¿no le bastaría al militar de nuestro ejemplo, y a millares de componentes de las Fuerzas Armadas, con disfrutar del sufi-

ciente tiempo libre para poder cumplir con sus obligaciones religiosas? Una última pregunta para concluir: ¿ No será acaso exigible, en el tipo de Estado que pretende configurar la Constitución española de 1978, que se proceda a revisar algunos conceptos como el de disciplina militar si es que por esa vía se resuelven complejos problemas que exigen de costosas y complejas soluciones como es el de mantener una estructura estable y permanente, imbricada en las Fuerzas Armadas, para atender a funciones puramente asistenciales y en lo absoluto militares?

# LA NUEVA ORDENACION DEL MERCADO DE SEGUROS

*(Algunas consideraciones en torno  
al Proyecto de 21 de septiembre  
de 1983)*

ANTONIO MILLAN GARRIDO

1. En nuestro Ordenamiento se reguló por vez primera el ejercicio de la actividad aseguradora en la ley de 14 de mayo de 1908, que, con su Reglamento de 2 de febrero de 1912 y algunas disposiciones complementarias, implantó, frente a los principios del liberalismo económico propios de la época, un sistema marcadamente intervencionista que, tutelando de modo efectivo los intereses de los asegurados, confirió al Seguro el prestigio necesario para su desarrollo (1).

Casi medio siglo después se promulga la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 16 de diciembre de 1954, hoy vigente (2), cuya deficiencia técnica e inadecuación a las exigencias del mercado de seguros, entre otras causas, impidieron su desarrollo reglamentario, intentado en 1957 y 1959, lo que comportó la pervivencia del Reglamento de 1912 y numerosas disposiciones no derogadas por la ley de 1954. Ello, unido a la normativa complementaria dictada desde esa fecha para atender a necesidades concretas del sector, dió lugar a una situación legislativa anómala, compleja e insuficiente, incapaz, en todo caso, de resolver satisfactoriamente las múltiples y variadas cuestiones derivadas de la actividad aseguradora.

---

(1) Cfr. Del Caño Escudero, Fernando, *Derecho Español de Seguros*, tomo I, "Parte General", tercera edición, Madrid, 1983, p. 21.

(2) *Vid.* un exhaustivo análisis de la Ley de 1954 en Sánchez Calero, Fernando, *Curso de Derecho del Seguro Privado*. vol. I, Edic. Nauta, Barcelona-Bilbao, 1961.

El primer intento de reforma tiene lugar en 1967, cuando se elabora un Anteproyecto de Ley de Ordenación del Mercado de Seguros que, sin derogar expresamente la ley de 1954, introducía un sistema aún más intervencionista que el vigente. El texto contó con la frontal oposición de los aseguradores e, informado por la Junta Consultiva, no llegó a pasar a examen del Gobierno (3).

En la década de los setenta se acentúa el proceso de reforma, cuya urgencia en relación a todo el Derecho de Seguros es advertida por la doctrina (4).

Fruto de continuados trabajos, faltos a veces de la necesaria coordinación, por diversas Comisiones, se elaboran sendos Anteproyectos en 1972 y 1975. En el fracaso del primero fue determinante la inclusión en su texto de la normativa reguladora del contrato de seguro que motivó la oposición del Ministerio de Justicia por entender que, con ello, la Dirección General de Seguros y el Ministerio de Hacienda invadían competencias de la Comisión General de Codificación (5).

El Anteproyecto de 1975 marcó, por su parte, la orientación normativa del Proyecto de Ley de Ordenación y Fomento de los Seguros Privados de 30 de abril de 1977 (6). Este texto, que contiene ya una regulación de la actividad aseguradora satisfactoria en su conjunto, si bien no llegó a ser examinado en Comisión por la disolución de las Cortes, supone la base sobre la que se elaborarían los trabajos posteriores.

Con el fracaso del Proyecto de 1977 se inicia una etapa en la que, al margen de los trabajos prelegislativos, se va a operar la denominada reforma "sin ley" (7) o silenciosa (8), constitutiva de una profunda actualización, en materias básicas, de la normativa de control. En esta línea, de dudosa legalidad, está el Real Decreto 478/1978, de 2 de marzo (BOE n° 66), que, modificando el artículo 28 del Reglamento de 1912, introduce en nuestro Derecho el margen de solvencia.

No obstante, la provisionalidad de esta disposición y la voluntad de afrontar decididamente la reforma se patentizan en la Orden de 17 de julio de 1978

(3) Vid. Guerrero de Castro, Manuel, *Reforma de la Ley de Seguros*, "Revista Española de Seguros", n° 34 (1983), pp. 135-136.

(4) Cfr., particularmente, los *Coloquios sobre Seguros Privados* celebrados en Madrid en 1976. Además de las actas, vid. un resumen del contenido de las distintas intervenciones en el discurso de clausura de Joaquín Garrigues, "Revista Española de Seguros", n° 5 (1976), pp. 7-17, así como la reseña de Francisco Javier Tirado Suárez, en "Revista de Derecho Mercantil", n° 140-141 (1976), pp. 371-373.

(5) Cfr. Guerrero de Castro, Manuel, *Reforma de la Ley de Seguros*, cit., p. 137.

(6) *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, n° 1571, de 30 de abril de 1977. Sobre este texto, reproducido en la "Revista Española de Seguros", n° 9 (1977), pp. 71-100, vid. Guerrero de Castro, Manuel, *Reforma de la Ley de Seguros*, cit., pp. 137-140.

(7) Cfr. Guerrero de Castro, Manuel, *Reforma de la Ley de Seguros*, cit., p. 151.

(8) Cfr. Ricote Garrido, Julio, *Consideraciones de orden general y jurídico en torno al Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado*, "Revista Española de Seguros", n° 35 (1983), p. 375.

(BOE n° 175), por la que se crea una Comisión encargada de redactar los principios básicos de un anteproyecto de Ley de Ordenación de los Seguros Privados.

Durante 1979 y 1980 circulan diversos Anteproyectos (9), entre ellos uno preparado por el Grupo Socialista del Congreso (10), que no llegó a tramitarse porque el Gobierno presentó finalmente, en 1981, un Proyecto de Ley de Ordenación y Fomento del Seguro Privado (11), elaborado sobre la base del texto de 1977 y los principios formulados por la Comisión nombrada en 1978.

Este Proyecto, en cuyo contenido (12) se da abierta acogida al Derecho comunitario, no pudo prosperar por la oposición de un sector de la mayoría parlamentaria, consumándose su caducidad con la disolución anticipada de las Cortes el 27 de agosto de 1982.

La imperiosa necesidad, sin embargo, de proseguir la adaptación del sector de seguros a la normativa de la Comunidad Económica Europea, a la vista de los acuerdos de principio adoptados el 22 de marzo de 1982, motivó el que una parte fundamental del Proyecto de 1981 se pusiese en vigor, siguiendo la reforma "extraparlamentaria", por Real Decreto 3051/1982, de 15 de octubre (BOE n° 278), sobre margen de solvencia y fondo de garantía de las entidades de seguros, reaseguro y valores aptos para reservas.

La introducción del fondo de garantía, con "cifras comunitarias", que implican de hecho una modificación trascendental de la ley de 1954, permite cuestionar la validez del Real Decreto con independencia de la valoración positiva que, desde una perspectiva técnico-jurídica, pueda ofrecer su contenido.

Tras el cambio político, el Gobierno Socialista, en cumplimiento de su programa legislativo y consciente de la urgencia de resolver definitivamente la problemática, cada vez más compleja, del sector asegurador, poniendo fin a la caótica normativa en vigor, elabora, sobre la base de los proyectos anteriores, algunos borradores (13) y, finalmente, un Anteproyecto que, remitido a las Cortes, se publica el 21 de septiembre de 1983 como Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado (14).

(9) *Vid.* los publicados en *Riesgo*, núms. 287 y 288 (1980), pp. 11-23 y 45-58.

(10) *Vid.* una precisa referencia a su contenido en Guerrero de Castro, Manuel, *Reforma de la Ley de Seguros*, cit., pp. 141-142.

(11) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 1ª Legislatura, Serie A, n° 198-I.

(12) *Vid.* Angulo Rodríguez, Luis, *El Seguro privado español ante la CEE: su reforma normativa y su reestructuración empresarial*, "Revista Española de Seguros", n° 32 (1982), pp. 571-574.

(13) *Vid.* el publicado en *Riesgo*, n° 326 (1983), pp. 16-36.

(14) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, IIª Legislatura, Serie A, núm. 53-I. *Vid.*, en apretada síntesis, la referencia de Jesús Prósper Palacios, en "La Ley", n° 863 (31 enero 1984), pp. 7-8.

El Proyecto, que consta de una precisa exposición de motivos, cuarenta y tres artículos, divididos en ocho capítulos, siete disposiciones finales, ocho transitorias, tres adicionales y una derogatoria, si bien, como queda dicho, se basa en las elaboraciones anteriores, ofrece innovaciones, algunas sustanciales, en relación a los Proyectos de 1977 y 1981.

Al texto se han presentado 312 enmiendas (107 de la Coalición Popular, 68 del Grupo Parlamentario Mixto, 52 del Grupo Socialista, 44 de la Minoría Catalana, 27 del Partido Nacionalista Vasco y 5 del Grupo Parlamentario Centrista, correspondiendo las 9 restantes a los Diputados Fraile Poujade, Díaz Fuentes y García Agudín), entre las cuales, la número 80, del PNV, lo era a la totalidad. Esta enmienda, fundada en motivos autonómicos, fue debatida y rechazada en el Pleno del Congreso de los Diputados del 2 de noviembre (15), tras lo cual continuó la tramitación del Proyecto en Comisión.

Dados los términos en que se vienen desarrollando los trabajos en la Comisión, no se descarta que el texto pase directamente al Senado con lo que la Ley podría estar promulgada antes de las vacaciones parlamentarias.

2. Examinados los antecedentes del Proyecto y sin pretender un exhaustivo comentario al mismo, que nos llevaría necesariamente al estudio de todo su articulado (16), parece de interés, dado el alcance de la reforma, destacar los criterios que la presiden con especial referencia a algunas de las innovaciones que se advierten en la futura regulación del mercado de seguros y, en concreto, del control de la actividad de las entidades aseguradoras.

a) Como postulado básico, el PLOSP pretende conferir al mercado de seguros carácter unitario tanto en el orden estructural como normativo.

En el primer aspecto, señala el artículo 1 que tiene la consideración de seguro privado toda operación de seguro o previsión, cualquiera que sea el asegurado o asegurador, siempre que no forme parte de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria (17).

Como novedad, en relación a Proyectos anteriores, el de 1983 incluye las Mutuas de Previsión Social creadas al amparo de la Ley de 6 de diciembre de 1941 (art. 1, 4), que quedan sometidas al mismo control que las restantes entidades aseguradoras, ello sin perjuicio de "mantener las características técnicas y sociales de tales entidades que sean más congruentes con su finalidad".

---

(15) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, pp. 3178-3188.

(16) En este sentido, Tirado Suárez, Francisco Javier, *Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado de 21 de septiembre de 1983*, "Revista General de Derecho", n° 472-473 (1984), pp. 71-94, que comprende, en esta primera parte del trabajo, un detallado estudio de los quince primeros artículos del Proyecto.

(17) *Vid.* Zambrana Chico, Francisco, *Proyecto de Ley sobre Ordenación del Seguro Privado y Seguridad Social*, "Revista Española de Seguros", n° 35 (1983), pp. 311-321.

Esta sumisión del mutualismo de previsión social a la LOSP (18) resulta plenamente justificada por cuanto, desaparecidas en buena medida las circunstancias que motivaron su implantación, las Mutuas de Previsión Social se han ido configurando, en muchos casos, como entidades que, en condiciones privilegiadas, realizan contratos de seguros sin reunir las exigencias mínimas del mercado asegurador.

No obstante, como ha reconocido Sotillo (19), la forma indiscriminada en que por el Proyecto se realiza la sumisión comporta problemas no sólo constitucionales, al desconocerse la competencia normativa de las Comunidades Autónomas en esta materia, sino también de mercado, al no diferenciarse suficientemente a las Mutuas de Previsión Social de las demás entidades aseguradoras.

Es previsible, por ello, que el tema del mutualismo de previsión social, respecto al cual las enmiendas son numerosas, sea objeto de revisión, buscándose una fórmula con la que, sin excluir este sector de la LOSP, se eviten los inconvenientes ofrecidos por la redacción actual del Proyecto.

Asimismo, quedan sometidos a la LOSP (art. 2, d) los fondos de pensiones (20), que se contemplan como una forma asegurativa de seguro de vida en su modalidad de grupo.

En el orden normativo, partiendo de que la Constitución prevé como competencia exclusiva del Estado las "bases de la ordenación del crédito, banca y seguros" (art. 149, 1, nº 11), mientras a las Comunidades Autónomas parece corresponder su desarrollo legislativo (arts. 11, 2 Estatuto vasco; 10, 1, 4 Estatuto catalán) y disposiciones de ejecución, el Proyecto pretende establecer con toda claridad que la LOSP es básica en la materia, que es "la norma legal del Estado que garantiza la unidad del mercado de seguros y la competencia de la Administración central en todo el territorio nacional" (21).

Las Comunidades Autónomas, respetando la ordenación básica, pueden dictar normas de desarrollo y ejecución, si bien su competencia se limita a aquellas "entidades de seguro directo que tengan su demarcación en el territorio de la

---

(18) Vid. Perrote Rico, Luis, *El Proyecto de Ley del Seguro Privado ante los fondos de pensiones, las mutualidades de previsión social y las cooperativas de seguro*, "Revista Española de Seguros", nº 35 (1983), pp. 292-301.

(19) Sotillo Martí, Antonio, *Historia y génesis de la nueva Ley de Ordenación de los Seguros Privados: algunos problemas fundamentales*, Conferencia pronunciada en la "Primera Jornada sobre el Proyecto de Ley ordenadora del Seguro Privado ante la CEE".

(20) Vid. Prieto Pérez, Eugenio, *Fondos de pensiones: problemática de su gestión*, "Revista de Seguridad Social", nº 13 (1982), pp. 49-63; Tirado Suárez, Francisco Javier, *Panorama legislativo español de los fondos de pensiones*, en prensa en el nº 27 del "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla" (1984); Perrote Rico, Luis, *El Proyecto de Ley del Seguro Privado*, cit., pp. 288-292.

(21) Sotillo Martí, Antonio, *Historia y génesis de la nueva Ley de Ordenación de los Seguros Privados*, cit.

Comunidad y la localización de los riesgos que aseguren no exceda del mismo'' (art. 33, 2), esto es, no basta el elemento puramente estático de la sede social para determinar la competencia autonómica sobre una entidad aseguradora, sino que es necesario tener en cuenta también el mercado de dicha entidad, el ámbito de sus operaciones y el lugar donde se hallan los bienes asegurados.

Este criterio, que encuentra fundamento, además de en la propia naturaleza del sector regulado, en la competencia estatal para coordinar la planificación general de la actividad económica (art. 149, 1, n° 13 Constitución) y en la necesidad de conferir una tutela efectiva a los asegurados (art. 51 Constitución) y a las propias entidades aseguradoras, obligadas a operar, a virtud del principio de dispersión del riesgo, en mercados cada vez más amplios, resulta igualmente aplicable a las cooperativas y mutualidades, por cuanto la competencia exclusiva que, respecto a las mismas, establecen los Estatutos de Autonomía vasco (art. 10,23) o catalán (art. 9, 17) tiene como límite el respeto a la "legislación mercantil" (art. 149, 1, n° 6 Constitución), expresamente reconocido, y también, tratándose de entidades que desarrollen una actividad aseguradora, a las bases estatales de la ordenación del mercado en el que opera.

En este sentido, es de esperar que el artículo 33, al que han presentado enmiendas todos los grupos parlamentarios, fije con mayor exactitud los criterios competenciales en el sector, estableciendo que el mercado de seguros se configure como un mercado unitario, cuya regulación se atribuye al Estado sin perjuicio del margen de competencias que pueda corresponder a las Comunidades Autónomas conforme a los criterios señalados (22).

b) La liberalización del sector, ya iniciada en algunas materias, venía exigida por el principio constitucional de libertad de mercado, así como por la normativa de la Comunidad Económica Europea.

En esta línea, se establece la libertad de tarifas, con lo que se respeta el principio de libre concurrencia, favoreciéndose una mayor competitividad en las primas de seguros, se suprime el requisito de autorización previa de las pólizas, cuyo contenido se halla regulado por la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 y se instaura una mayor flexibilidad en cuanto a las inversiones de los activos correspondientes a reservas o provisiones técnicas, eliminando la exigencia, hasta ahora vigente, de la constitución de un depósito del sesenta por ciento de las mismas (23).

Como consecuencia de esta liberalización, se intensifica la responsabilidad de las entidades aseguradoras y de sus administradores, directores o gerentes,

---

(22) En este sentido, Sotillo Martí, Antonio, *Historia y génesis de la nueva Ley de Ordenación de los Seguros Privados*, cit.

(23) Fueron aspectos resaltados por el Ministerio de Economía y Hacienda Sr. Boyer Salvador con motivo de la presentación del Proyecto en el Pleno del Congreso de los Diputados. Vid. BOCG, CD, 2 noviembre 1983, p. 3.179.

quienes, cuando, "mediante dolo o negligencia grave, ejecuten o permitan operaciones que infrinjan lo dispuesto en la legislación de seguros, responderán personalmente de los perjuicios que se irroguen a la entidad o a los asegurados como consecuencia de la infracción" (art. 37, 2).

c) En esta directriz de liberalización del mercado de seguros, resulta fundamental la adopción por el Proyecto de un sistema de control financiero o de solvencia, en cuanto es el único que permite reducir considerablemente las medidas intervencionistas propias de todo control material.

En el marco de una economía de mercado, el control material, que necesariamente se traduce en medidas de intervención administrativa en los distintos procesos de gestión, debe limitarse al mínimo, sustituyéndose por un incremento de las garantías financieras que permita a la entidad aseguradora hacer frente a los compromisos contraídos con sus asegurados (24). Ello se logra mediante la exigencia rigurosa de unos capitales o fondos mutuales que determinen una dimensión mínima en las empresas, estimulen la especialización y eviten la dispersión de esfuerzo en ramos en los que no se alcance una cuantía razonable de primas, y un margen de solvencia y un fondo de garantía que adecúen las exigencias de solvencia al volumen de negocio de cada empresa (25).

El Proyecto supone indudablemente un avance en cuanto instaura un sistema de control financiero. No obstante, a través de todo su articulado, se advierte un excesivo intervencionismo innecesario e incoherente con el propio sistema adoptado. Ello, según ha destacado Mansilla (26), comporta, en buena medida, un doble control, con lo que las entidades aseguradoras españolas operarían en desigualdad de condiciones con sus competidores europeos.

d) Como instrumentos básicos del nuevo sistema de control, el Proyecto (art. 19) confirma las instituciones del margen de solvencia y el fondo de garantía, regulados ahora por el Real Decreto nº 3051/1982, de 15 de octubre.

Asimismo, se incrementan las garantías financieras específicas, a través de la elevación de las cifras mínimas de capital o fondo mutual (art. 10), en términos, quizás excesivos, que, dada la eficacia retroactiva que se confiere a la disposición, puede suponer la desaparición de la mitad de las entidades aseguradoras españolas, cuyo volumen medio de negocio es, en general, netamente inferior al requerido por las cifras establecidas (27).

---

(24) Cfr. Prieto Pérez, Eugenio, *Libertad de mercado, tarifas y precios en seguros*, "Revista Española de Seguros", nº 35 (1983), pp. 275-285.

(25) Cfr. Angulo Rodríguez, Luis, *El Seguro privado español ante la CEE*, cit., p. 572.

(26) Mansilla García, Félix, *El Proyecto de Ley de Ordenación de los Seguros Privados y el mercado español de seguros*, Conferencia pronunciada en la "Primera Jornada sobre el Proyecto de Ley ordenadora del Seguro Privado ante la CEE".

(27) Debe tenerse en cuenta que en España existen 644 entidades aseguradoras, de las

La medida comporta, por sí, una profunda reestructuración del mercado de seguros, de elevado coste, pero imprescindible si se quiere normalizar el sector y adecuarlo a las exigencias mínimas de operatividad requeridas por las mismas entidades aseguradoras.

En este sentido, resulta significativo el que los aseguradores no cuestionen sustancialmente las cifras propuestas, sino el plazo que se les concede para alcanzarlas, que el Proyecto (disposición transitoria 1ª) fija en tres años, por considerar que "el retraso en la regulación del control del mercado asegurador ha conducido a un deterioro creciente de la situación que no hace aconsejable la concesión de un término más amplio" (28).

Cabe, sin embargo, en este tema, esperar su reconsideración y que se conceda a los aseguradores la ampliación del plazo de transitoriedad, con lo que, tal vez, se evitaría la desaparición de entidades que, en estos momentos de crisis, con el término y condiciones previstos en el Proyecto, carecen de posibilidades de subsistir.

En esta reestructuración del sector, con la que se pretende dar paso a grupos y empresas más competitivas y con menores costes de gestión, es fundamental la concentración de empresas, para la que se establecen incentivos y beneficios fiscales. Prevé, asimismo, el Proyecto la posibilidad de crear agrupaciones transitorias de empresas aseguradoras que, al poder actuar unitariamente en el mercado antes de su fusión, evitan el tener cada una que ajustar sus capitales, conforme a los plazos previstos, a las cifras mínimas exigidas.

e) Otro de los objetivos de la ley, en orden a la reordenación del mercado, es procurar una mayor especialización de las entidades aseguradoras, que, cuando tengan por objeto social "la práctica de operaciones en cualquier modalidad de seguro sobre la vida, incluida la capitalización, habrán de tener exclusivamente dicho objeto, sin que puedan extender su actividad a otra clase de operaciones de seguro, salvo las concertadas con carácter complementario" (art. 8, 2), ello sin perjuicio del respeto a los derechos adquiridos por las entidades multirramos que se reconoce en la disposición transitoria séptima.

Con ello, el Proyecto instaura la especialización en materia de seguro de vida, siguiendo la directriz comunitaria de 5 de marzo de 1979, que no extiende

---

que unas 150 absorben el 80% del mercado. Como destacó el Sr. Boyer Salvador (BOCG, CD, cit., p. 3 178), es manifiesto el excesivo número de empresas para atender la demanda de seguros. Francia tiene el 75% de entidades aseguradoras con un volumen de negocio seis veces superior al español; Suiza, el 11% con un volumen tres veces superior; Italia, el 20% con un volumen cuatro veces superior; Inglaterra, el 75% con un volumen cincuenta y siete veces superior. *Vid.*, con datos comparativos referidos a 1980, Angulo Rodríguez, Luís, *El Seguro privado español ante la CEE*, cit., pp. 557-560.

(28) Sotillo Martí, Antonio, *Historia y génesis de la nueva Ley de Ordenación de los Seguros Privados*, cit.

- a otros ramos como el seguro de crédito, el de defensa o el de enfermedad, respecto a los cuales la aplicación de este principio aparece todavía cuestionada (29).

Asimismo, pretende la LOSP "clarificar el régimen referente a las formas jurídicas de las empresas aseguradoras". En este orden, regula las mutuas de seguro, distinguiendo según sean a prima fija (art. 13) o variable (art. 14), sin que la normativa, no del todo precisa (30), presente sensibles diferencias con respecto al Proyecto de 1977. Como novedad, el PLOSP introduce (art. 15) las cooperativas de seguros (31), que, previstas en la legislación autonómica, requieren una delimitación precisa y rigurosa, a fin de evitar cualquier confusión en el mercado.

f) Uno de los aspectos más positivos del Proyecto es la incorporación de medidas de fomento del seguro privado.

Estas medidas, justificadas en cualquier sector económico, ofrecen particular interés en relación al seguro que, además de su consustancial finalidad compensatoria de riesgos, desarrolla una función, como intermediario financiero, promotor de ahorro y cauce de inversiones a largo plazo, de especial trascendencia en la actual coyuntura económica (32).

Pretende, asimismo, el Anteproyecto potenciar el mercado español de re-seguros (arts. 31 y 32), a través del cual se debe aprovechar al máximo el pleno nacional de retención.

g) Particular atención merece en el Proyecto la protección de los derechos de los asegurados, que se destaca como finalidad básica de la ley en su artículo 1 y, previamente, en la Exposición de Motivos, donde se señala cómo esta tutela, confirmada hoy de modo genérico en el artículo 51 de la Constitución, fue siempre la última razón de ser de la legislación de control de la actividad aseguradora, por cuanto "la operación de seguro supone el cambio de una prestación presente por otra posible y futura", lo que comporta la inversión del proceso productivo de otras unidades económicas y la necesidad de instaurar medidas

---

(29) Cfr. Tirado Suárez, Francisco Javier, *Notas sobre la libertad de establecimiento en la CEE y el Proyecto de Ley de Ordenación de Seguros de 21 de septiembre de 1983*, "Revista Española de Seguros", n° 35 (1983), pp. 366-369.

(30) Cfr. Tirado Suárez, Francisco Javier, *Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado*, cit., pp. 87-88.

(31) Vid. Merino Merchán, José Fernando, *Consideraciones generales sobre el cooperativismo de seguros en España*, "Revista de Derecho Mercantil", n° 151 (1979), pp. 103-115; Paz Canalejo, Narciso, *Las cooperativas de seguros*, "Revista Española de Seguros", n° 29 (1982), pp. 57-145; *Las cooperativas de seguros y el Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado*, "Revista Española de Seguros", n° 35 (1983), pp. 323-352; Perrote Rico, Luis, *El Proyecto de Ley del Seguro Privado*, cit., pp. 301-309; Tirado Suárez, Francisco Javier, *Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado*, cit., pp. 88-94.

(32) Cfr. Angulo Rodríguez, Luis, *El seguro privado español ante la CEE*, cit., p. 573.

que garanticen la efectividad de las prestaciones cuando se produzca el siniestro (33).

Lógicamente, la protección del asegurado se ve amparada, ante todo, por el propio sistema de vigilancia y control, de modo particular por la rigurosa exigencia de solvencia estática y dinámica a las entidades aseguradoras.

Pero, además, arbitra el Proyecto distintas medidas que tienden a reforzar la posición del asegurado y a proteger sus intereses en circunstancias concretas.

Así, se concede preferencia a sus créditos sobre determinados bienes del asegurado (art. 27), que se consideran inembargables (art. 30), se tutela la libertad de los asegurados para decidir la contratación de los seguros, elegir asegurador, utilizar o no la mediación y optar entre los mediadores en su caso (art. 29), se prevé, en supuestos de dificultad para las entidades aseguradoras, la adopción de medidas cautelares que eviten a los asegurados los perjuicios que se le derivarían de situaciones irreversibles de crisis (art. 36), se crea una comisión de arbitraje para resolver las divergencias entre asegurados y aseguradores en relación con siniestros de pequeña cuantía y carácter masivo (art. 28). Se trata, en suma, con esta innovación, ciertamente positiva, de buscar un sistema barato que permita, mediante un proceso técnico, la rápida indemnización al perjudicado o beneficiario del seguro.

h) El Proyecto supone, finalmente, un acercamiento a la normativa de la Comunidad Económica Europea (34), en cuanto se asumen aspectos básicos de la misma, como los referentes a la dimensión de la entidad aseguradora, las líneas generales en los requisitos de acceso al mercado, condiciones concretas de operatividad, el principio de especialización y, en conjunto, el sistema de control que rige en la Comunidad.

No obstante, como ha destacado Tirado (35), el Proyecto no acoge en su totalidad el modelo comunitario y, en concreto, el respeto a los principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios en torno a los cuales gira la normativa comunitaria.

En este sentido, contrasta la prohibición absoluta de los denominados siste-

---

(33) Vid. Prieto Pérez, Eugenio, *Libertad de mercado, tarifas y precios en seguros*, cit., pp. 276-277.

(34) En relación a este tema, es de particular interés la "Primera Jornada sobre el Proyecto de Ley ordenadora del Seguro Privado ante la CEE", que, organizada por la Escuela Superior de Comunidades Europeas (CEU), tuvo lugar en Madrid el 15 de febrero de 1984. Vid., al respecto, mi reseña *El Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado y la Comunidad Económica Europea*, en prensa en "Revista General de Derecho", n° 476 (1984).

(35) Tirado Suárez, Francisco Javier, *Notas sobre la libertad de establecimiento en la CEE*, cit., p. 369.

mas tontino y chatelusiano (art. 3, a), el principio de reciprocidad de trato (art. 5), cuya validez en la CEE quedaría limitada a las relaciones con países extracomunitarios, la exigencia de la nacionalidad española para el desempeño de determinados puestos directivos (art. 11), concretos aspectos del estatuto jurídico de las delegaciones de entidades extranjeras en España (art. 12), el tratamiento específico de la cesión parcial de cartera (art. 21, 6), la configuración normativa de la revocación de autorizaciones concedidas a entidades extranjeras o españolas con participación extranjera mayoritaria (art. 23, 2), así como algunas otras cuestiones en materia de reaseguro, competencia administrativa y protección de los asegurados (36).

Estas discrepancias con la legislación comunitaria deben reputarse plenamente legítimas en estos momentos en que aún no se ha verificado nuestro ingreso en la Comunidad, sobre todo en la medida en que hacen referencia, no tanto a cuestiones técnicas, como a principios de política económica que, como el de igualdad de trato, tienen su ámbito propio en el seno de la Comunidad.

Ciertamente, dados los términos en que el 22 de marzo de 1982 se operó el cierre de negociaciones respecto al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, la normativa comunitaria devendrá directamente aplicable en su integridad, salvo en materia de coaseguro, desde el mismo momento en que se opere nuestro ingreso en la Comunidad. Pero ello no nos obliga a una total armonización sino entonces, cuando se adquiera la condición de miembro de pleno derecho. Hasta ese instante, el legislador debe tender, particularmente en el orden técnico, a acercar nuestro mercado al comunitario, con miras a la integración, lo que, en gran medida, se consigue con el Proyecto, pero nada le impide mantener un distanciamiento con la Comunidad en aspectos concretos en los que, por razones políticas, no estime conveniente la armonización, lo mismo que, tras el ingreso, podrá arbitrar, en relación a los países extracomunitarios, las normas que se consideren más adecuadas para la legítima defensa de nuestros intereses económicos.

3. Indudablemente, el Proyecto ofrece aspectos negativos. Además de los que se derivan de las consideraciones hasta ahora apuntadas, cabe destacar, entre otros, la configuración de la Junta Consultiva, que actuará como órgano asesor del Ministerio de Economía y Hacienda "en los asuntos que le someta a su conocimiento", sin que su informe sea vinculante (art. 43); el tratamiento de las entidades públicas aseguradoras, de modo concreto; el que no se exija su creación por ley; o el excesivo intervencionismo administrativo que, como hemos indicado, se mantiene en diversas materias, como el reaseguro (37). Asimismo, el texto

---

(36) Vid. Tirado Suárez, Francisco Javier, *La disciplina comunitaria y el Proyecto de Ley de Ordenación de Seguros*, Conferencia pronunciada en la "Primera Jornada sobre el Proyecto de Ley ordenadora del Seguro Privado ante la CEE"; *Notas sobre la libertad de establecimiento en la CEE*, cit., pp. 353-369; *Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado*, cit., pp. 71-94.

(37) Mansilla García, Félix, *El Proyecto de Ley de Ordenación de los Seguros Privados y el mercado español de seguros*, cit.

resulta, en algunos puntos, vago, impreciso o confuso, constatándose, a veces, lagunas y reiteraciones que debieran evitarse (38).

No obstante, considerado en su conjunto, el Proyecto merece una valoración altamente positiva. Con él se unifica y sistematiza la legislación de control de la actividad aseguradora, integrada en estos momentos por más de trescientas disposiciones de diverso rango, en su mayor parte desfasadas y, en algunos casos, de cuestionable legalidad. El texto, además, actualiza, a través de la adopción de nuevos criterios técnicos, la normativa reguladora del sector, como medio de lograr su modernización y equipación en el área socioeconómica de libre mercado.

De aquí, la generalizada aceptación del Proyecto por todos los sectores afectados y, en particular, por las entidades aseguradoras que ven en la futura ley un instrumento imprescindible para la normalización del mercado de seguros en estos momentos en que se vislumbra, a corto plazo, el reto trascendental que comporta la integración en la Comunidad Económica Europea.

---

(38) Cfr. Ricote Garrido, Julio, *Consideraciones de orden general y jurídico en torno al Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado*, cit., p. 378.

FELICIANI, GIORGIO, *Le basi del diritto canonico. Dopo il codice del 1983*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1984, 176 páginas.

Los años finales de la década de los setenta y los iniciales de la década de los ochenta fueron momentos de graves incertidumbres para la Ciencia canónica. El Concilio Vaticano II hacía imprescindible una reforma del Derecho de la Iglesia y, en efecto, poco después de la conclusión del Concilio se reactivaron los mecanismos de reforma del *Codex* de 1917, que habiendo comenzado su andadura de modo simultáneo al Concilio, sin embargo, se habían vistos sometidos a un proceso de hibernación hasta la conclusión de la asamblea ecuménica; pero no bastó con ello, sino que de modo simultáneo al desarrollo del Concilio y, de manera mucho más señalada, a partir de su conclusión se produjo una intensiva actividad de reformas parciales del Derecho canónico. Se comprenderá, sin graves dificultades, que se establecían así las bases para una producción científica de características muy precisas: estudios de aspectos parciales del Derecho bien para analizar las nuevas normas, bien para realizar propuestas de *lege ferenda*. El clima no invitaba, ciertamente, a realizar exposiciones de conjunto del Derecho canónico y, aún menos, a acometer la tarea de publicar libros destinados, con carácter prioritario, a ser instrumentos docentes en la Universidad civil.

En el periodo de referencia, el docente universitario tenía escasos puntos de apoyo bibliográficos que recomendar a sus alumnos; el problema, general, fue sin duda especialmente grave en España ya que en nuestro país la asignatura "Derecho Canónico" figuraba con carácter obligatorio en los planes de estudio; se trató de paliar aquella penuria material con una obra colectiva que, aún a pesar de sus indudables méritos, no pudo cubrir el hueco por no gozar de la coherencia interna mínima y de la claridad expositiva necesaria para ser instrumento de trabajo útil a los alumnos. No era muy diversa la situación en Italia, aunque, desde luego, alcanzó cotas menos preocupantes al menos por dos motivos: 1º El "Derecho Canónico" no era asignatura obligatoria en los planes de estudio; 2º Existía una excelente manualística que, aunque no plenamente al día, podía utilizarse como elemento complementario de las lecciones magistrales.

Pues bien, en aquel panorama solo un autor acometió la tarea de redactar *ex novo* un "manual" que fuera realmente útil para la docencia y ello sin esperar —lo que, tal vez, hubiera resultado editorialmente más rentable—, a la promul-

gación del nuevo *Codex*. Tal autor fue el Profesor Giorgio Feliciani que con sus *Le basi del diritto canonico* (Bologna, 1979), rompió la inercia que parecía detener a la canonística de adentrarse en ese campo hasta que no se produjese la definitiva reforma del Derecho de la Iglesia. Cuando tuvo el honor de recensionar aquel libro ("Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", Nueva época, 57, 1979, págs. 237-239 y "Ius Canonicum", XIX, 37, 1979, págs. 423-424) trató de poner de relieve esas circunstancias y la importancia de la obra de Feliciani al indicar: "Creo que este libro era necesario", y parece que esa opinión no era singular pues pronto apareció su traducción al castellano con el título *Elementos de Derecho Canónico* (Pamplona, 1980), que también tuvo la oportunidad de recensionar ("R.F.D.U.C.", Nueva época, 60, 1980, págs. 181-182 y "I.C.", XX, 40, 1980, págs. 200-201).

Promulgado el *Codex* de 1983 la tarea de redactar un manual de Derecho Canónico aparece menos ingrata que hace unos pocos años (baste como ejemplo el pensar que la canonística patria, que llevaba varios años sin ocuparse de esa tarea, ha lanzado en un cortísimo plazo varios libros destinados a alumnos universitarios y dos de ellos que pretenden atender a la totalidad del ordenamiento —a pesar de las notorias preferencias "metodológicas" de quien escribe estas líneas me parece de justicia señalar el muy diverso grado de madurez de ambos intentos—), pero no por ello menos necesaria; consciente Feliciani de tal necesidad poco después de la promulgación del *Codex* de 1983 aparece una nueva edición de su libro con el subtítulo "*Dopo il codice del 1983*".

Esta nueva edición del libro de Feliciani responde a una estructura muy similar a la de la primera. En el primer capítulo, con el título *Le leggi della Chiesa*, tras una breve referencia al tema de la unidad y pluralismo en la Iglesia, con su correlato en el mundo del Derecho: Derecho particular y Derecho universal, realiza el catedrático de Pavia un rápido —no podía ser de otro modo dadas las características del libro— recorrido por la Historia de la legislación canónica desde el Derecho clásico hasta nuestros días, deteniéndose especialmente en el análisis del Vaticano II y del Código de 1983, al que aún a pesar de considerar que tiene algunos aspectos sistemáticos discutibles (vid. págs. 36-37), sin embargo creo que juzga, por lo general, favorablemente, tanto por entender que se trata de un Código pensado para la Iglesia —"[Existe] una certa preoccupazione di elaborare un diritto ecclesiale che non si proponga una acritica imitazione degli ordinamenti civili ma si ispiri a una riflessione originale sulla natura propria ed esclusiva della Chiesa" (pág. 38)—, como por considerarlo más flexible que el de 1917 —"*Il nuovo Codice, a differenza di quello precedente, non è stato concepito come un testo tendenzialmente fisso o immutabile, ma come una legislazione programmaticamente aperta a un continuo rinnovamento della vita ecclesiastica*" (pág. 41)— y más respetuoso con el Derecho particular —"*Il legislatore 'centrale' non concepisce il Codice come il libro, completo ed esclusivo, che raccoglie tutta la disciplina della Chiesa ma ritiene indispensabile un suo completamento ad opera dei legislatori 'periferici'*" (pág. 42)—. Concluye este capítulo con un extenso apígrafe que lleva como título *La "produzione" del diritto*, en el que el análisis de las fuentes de producción no se limita a la simple

descripción exegética de la normativa codicial sino que la critica —p. ejem.: “*Risulta evidente che sotto la denominazione di atti amministrativi singolari il Codice ha riunito categorie di norme tanto disparate da non avere tra loro nulla in comune oltre la mancanza di generalità*” (pág. 54)—, y se define claramente en cuestiones doctrinalmente muy controvertidas —p. ejem.: “*Non si vede, infatti, a quale titolo si possano considerare amministrativi atti come i privilegi, che richiedono la potestà legislativa, o come le dispense, che sospendono o attenuano la obligatorietà della legge*” (pág. 55)—.

Es el segundo capítulo el más breve de toda la obra, en él, bajo el título *La legge nella Chiesa*, se plantean, sin embargo, los más graves problemas que subyacen en las discusiones en torno a la posibilidad de una auténtica Ciencia jurídico-canónica. En un primer apartado se analizan las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza del Derecho canónico partiendo de aquellas tesis que niegan el carácter jurídico del mismo; si hubiese de escoger una de las afirmaciones del Decano de la Facultad de Derecho de Pavia que resumiese su pensamiento a este propósito sería la siguiente: “*Se non si vuole aderire al pensiero di coloro che contestano la giuridicità del diritto della Chiesa è inevitabile concludere che tale studio deve essere condotto con metodo giuridico*” (pág. 62). El segundo apartado de este capítulo analiza una de las peculiaridades del Derecho canónico que mayores perplejidades han de causar en los destinatarios de este libro —alumnos de Facultades de Derecho civil—: la relación entre el Derecho divino y Derecho humano. Se cierra este capítulo con un reflejo de los resultados que produce la solución que se da a aquella relación —Derecho divino-Derecho humano— en el ordenamiento canónico: la ausencia de certeza formal (para algunos un puro eufemismo de certeza sin calificación alguna). Sin duda al lector especialista la agradecería que el Profesor FELICIANI se extendiera más generosamente en tan polémicas cuestiones, no obstante, debe admitirse que el tratamiento realizado por el autor es, con toda probabilidad, el único posible en un manual para alumnos.

La organización y relación de poderes en la Iglesia son objeto de atención en el tercer capítulo del libro de Feliciani, que lleva como título *I poteri*. Creo que no deja de resultar significativo que toda la temática relativa a los laicos sea analizada en el siguiente capítulo y que en éste prácticamente no se aluda a ella; se trata, en cierta medida, de un reconocimiento expreso de que ninguna parcela de “poder” en la Iglesia está en manos de ellos. Me parece que también debe ser resaltado el hecho de que a lo largo de este capítulo —y es una regla que se mantiene a lo largo de todo el libro— las referencias al Concilio Vaticano II son continuas; no se debe ello únicamente a que estemos ante una segunda edición de una obra que en su inicial versión fue anterior al Código de 1985 y que, por lo tanto, debía acudir a la nueva realidad normativa conciliar —superadora del Código pio-benedictino—, no es pues un puro residuo de aquella metodología inicial; pienso que lo que se trata de reflejar con tales continuas referencias es que el *Codex* promulgado por JUAN PABLO II es una pura consecuencia del Vaticano II (probablemente sea así y, en todo caso, así debería ser; pienso, sin embargo, que el estudio que ponga de relieve en que medida el Código de 1983 es fiel

seguidor de los principios doctrinales conciliares está por hacer. El tema me parece lo suficientemente sugerente —y comprometido— como para ser estudiado con detenimiento).

*I fedeli nella Chiesa* es el título del cuarto y último capítulo y que va destinado a exponer las diversas posiciones en las que el súbdito del ordenamiento puede encontrarse. Especial atención se destina a los llamados derechos fundamentales del fiel —categoría proveniente del Derecho secular y que algunos consideramos de difícil encaje en el Derecho de la Iglesia—; en este punto se hace necesario destacar que sólo un “derecho fundamental” merece ser tratado en un epígrafe específico: el derecho de asociación. Pienso que es un reflejo, aún otra vez, de una constante en amplios sectores eclesiales: la reivindicación de un solo “derecho fundamental”: el “derecho fundamental” de asociación, sin que uno no pueda dejar de pensar que, en realidad, lo que está reclamando es la posibilidad de constituir *pressure groups* (pero esa es otra cuestión). Un jurista de la sensibilidad de Feliciani no podía en estos temas dejar de mencionar algunas posiciones doctrinales precisas, así, por ejemplo, cuando pone de relieve la existencia de una íntima conexión entre una categoría típica del Derecho privado como es la autonomía privada, con otra del Derecho público, como son los derechos fundamentales, afirmando que “*tutta la problematica relativa ai diritti fondamentali nella Chiesa attualmente in discussione implica e presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una sfera di libertà dei singoli fedeli e conferisce, quindi, nuova attualità al dibattito relativo all'autonomia privata nell'ordinamento canonico*” (pág. 121); del mismo modo en que no puede dejar de apuntar algunas insuficiencias en la regulación codicial de ciertas materias, así cuando señala que “*qualunque trasgressione esterna di legge sia divina sia umana può essere sanzionata con una giusta pena se la speciale gravità della violazione lo esiga e vi sia la necessità di prevenire o di riparare lo scandalo (can. 1399). Ed è evidente che questa norma di carattere generale comporta una sensibile riduzione delle garanzie che un'integrale applicazione del principio di legalità offrirebbe ai fedeli*” (pág. 124).

Se completa esta volumen con una amplia bibliografía (págs. 153 a 176), tando de obras generales, como específicas de las diversas materias analizadas en la obra.

En definitiva, estamos en esta nueva edición del libro de Feliciani ante una ciudadísima obra, de la que se pueden repetir las palabras que utilicé al recensionar la primera edición: “Se trata de un libro pensado para la docencia, utilísimo para dar una visión de conjunto del sistema de Derecho canónico, bien como elemento central de un curso universitario, bien como parte general —introdutoria— de un curso que se complementase con la explicación de alguna parte especial del ordenamiento”. Libro pensado como curso universitario y no pura yuxtaposición de elementos dispersos —a lo que tan acostumbrados nos tiene la manualística española; y no solo la canónica— para atender a una potencial demanda editorial. Es decir, libro respetuoso con la Ciencia y con el lector; lo cual no sorprenderá a quienes conozcan otras obras del Profesor Feliciani

que, sin duda, reúne en su persona, en grado máximo, las dos cualidades que el maestro Del Giudice consideraba exigibles a un canonista.

Iván C. Ibán

ALVAREZ CORTINA, ANDRES-CORSINO, *Violencia y miedo en el Código civil español. Su aplicación al matrimonio*, Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1983, 198 páginas.

Los procedimientos de selección del profesorado para alcanzar el máximo nivel docente —la Cátedra universitaria— generaban en el sistema más tradicional un conjunto de géneros literarios muy precisos. De entre aquellos géneros, uno de los pocos que no desaparecen con el nuevo sistema ideado por nuestros gobernantes es el de la tesis doctoral. Quien no comprenda con exactitud —tal es mi caso— cuál es la *ratio* de la reforma en materia de selección del profesorado, al menos queda parcialmente tranquilizado cuando comprueba que el más tradicional procedimiento de señalar aquellos que tienen capacidad de enseñar (*docere*) —la obtención del grado de doctor— subsiste.

Una peculiaridad, pienso, ofrece la redacción de una memoria para la obtención del máximo grado académico: en ese trabajo el investigador pretende agotar el contenido de un tema y, de otra parte, se propone realizar un tratamiento original del objeto de su estudio. Reunen, así, las tesis doctorales dos requisitos que me parecen básicos para alcanzar un resultado aceptable de un proceso investigador: tratar de no olvidar ningún dato y, además, tratar de que ese trabajo sea un dato, a su vez, inexcusable para cualquier ulterior intento investigador sobre la materia. Naturalmente, es el propio autor del trabajo quien, poco tiempo más tarde, descubre que ni el tuvo en cuenta todo lo que debía ser tenido en cuenta, ni su resultado es definitivo, pero eso es la gran servidumbre y la grandeza de toda investigación científica. La bondad —la utilidad; pues todo trabajo de investigación, si lo es auténticamente, es necesariamente útil— de un trabajo de esa naturaleza es directamente proporcional al grado de cumplimiento —que en su nivel máximo nunca puede ser alcanzado— de esos dos objetivos; aportación de datos y aportación de soluciones originales. Pues bien, el trabajo que pretendo presentar a la consideración del lector en estas líneas creo que cumple ambas condiciones en un grado elevado.

Siempre ha pensado que para un jurista hablar de matrimonio es hablar de consentimiento matrimonial; resulta perfectamente evidente que hablar de requisitos de forma es hablar de voluntad del legislador; aunque menos evidente, creo que no se nos puede ocultar que hablar de requisitos de capacidad no es, en el fondo, cosa diversa que referirse a criterios señalados por el legislador para determinar en que consista la capacidad (piénsese en el distinto tratamiento que da el legislador canónico a la esterilidad y a la impotencia, y sobre todo a los crite-

que, sin duda, reúne en su persona, en grado máximo, las dos cualidades que el maestro Del Giudice consideraba exigibles a un canonista.

Iván C. Ibán

ALVAREZ CORTINA, ANDRES-CORSINO, *Violencia y miedo en el Código civil español. Su aplicación al matrimonio*, Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1983, 198 páginas.

Los procedimientos de selección del profesorado para alcanzar el máximo nivel docente —la Cátedra universitaria— generaban en el sistema más tradicional un conjunto de géneros literarios muy precisos. De entre aquellos géneros, uno de los pocos que no desaparecen con el nuevo sistema ideado por nuestros gobernantes es el de la tesis doctoral. Quien no comprenda con exactitud —tal es mi caso— cuál es la *ratio* de la reforma en materia de selección del profesorado, al menos queda parcialmente tranquilizado cuando comprueba que el más tradicional procedimiento de señalar aquellos que tienen capacidad de enseñar (*docere*) —la obtención del grado de doctor— subsiste.

Una peculiaridad, pienso, ofrece la redacción de una memoria para la obtención del máximo grado académico: en ese trabajo el investigador pretende agotar el contenido de un tema y, de otra parte, se propone realizar un tratamiento original del objeto de su estudio. Reunen, así, las tesis doctorales dos requisitos que me parecen básicos para alcanzar un resultado aceptable de un proceso investigador: tratar de no olvidar ningún dato y, además, tratar de que ese trabajo sea un dato, a su vez, inexcusable para cualquier ulterior intento investigador sobre la materia. Naturalmente, es el propio autor del trabajo quien, poco tiempo más tarde, descubre que ni el tuvo en cuenta todo lo que debía ser tenido en cuenta, ni su resultado es definitivo, pero eso es la gran servidumbre y la grandeza de toda investigación científica. La bondad —la utilidad; pues todo trabajo de investigación, si lo es auténticamente, es necesariamente útil— de un trabajo de esa naturaleza es directamente proporcional al grado de cumplimiento —que en su nivel máximo nunca puede ser alcanzado— de esos dos objetivos; aportación de datos y aportación de soluciones originales. Pues bien, el trabajo que pretendo presentar a la consideración del lector en estas líneas creo que cumple ambas condiciones en un grado elevado.

Siempre ha pensado que para un jurista hablar de matrimonio es hablar de consentimiento matrimonial; resulta perfectamente evidente que hablar de requisitos de forma es hablar de voluntad del legislador; aunque menos evidente, creo que no se nos puede ocultar que hablar de requisitos de capacidad no es, en el fondo, cosa diversa que referirse a criterios señalados por el legislador para determinar en que consista la capacidad (piénsese en el distinto tratamiento que da el legislador canónico a la esterilidad y a la impotencia, y sobre todo a los crite-

rios legislativos marcados para diferenciarlas; piénsese en el distinto tratamiento que se da a la impotencia en el ordenamiento canónico y en el español); sin embargo, en lo que nada puede hacer el legislador es en lograr que aquellos que no quiran contraer matrimonio lo contraigan y en eso, en definitiva, consiste el *nulla humana potestate suppleri valet* de los canonistas.

Pues bien, en el libro del Dr. Alvarez Cortina, que es una versión de su tesis doctoral, encontramos un tratamiento exhaustivo y original de uno de los aspectos principales del consentimiento matrimonial: la violencia y el miedo. Con todas las peculiaridades que se quiera, y no es el momento de entrar a describir naturalezas jurídicas, pienso que el matrimonio es un negocio jurídico y que, en consecuencia, no puede ser estudiado desde una perspectiva diversa que la de cualquier otro negocio jurídico, luego vendrá la hora de entrar en matizaciones pero, inicialmente, ese es el único tratamiento posible. Así lo ha entendido rectamente el autor de la presente monografía. En efecto, destina el Dr. Alvarez Cortina los dos primeros capítulos de su trabajo al análisis del miedo y de la violencia en la teoría del negocio jurídico; no espere el lector encontrar en esas páginas un ejercicio, al que tan acostumbrados estamos los juristas teóricos, de elocubración teórica abstracta, el autor acude a la doctrina, acude a la historia, pero no olvida en ningún momento la legislación positiva, tanto en el ámbito del Derecho comparado como en el español; es por ello por lo que tiene plena razón el Profesor Gonzalez del Valle, en el prólogo de esta obra, cuando afirma que "esta monografía no reviste interés exclusivamente para el matrimonialista, sino para todo aquel que se interese por la doctrina del consentimiento negocial".

La segunda parte del presente volumen va destinada al análisis de la violencia y el miedo en un concreto negocio jurídico: el matrimonio, y en un sistema jurídico concreto: el español. Quienes hemos llegado al estudio del matrimonio desde el Derecho matrimonial canónico y no desde la teoría general del negocio jurídico, llegados al punto del estudio de la violencia teníamos una cierta sensación de que nos encontrábamos ante una figura vacía de contenido y, por ello, la tendíamos a estudiar junto al miedo para así dar un tratamiento conjunto a ambas figuras y evitar el manejar una figura inexistente en la práctica; los supuestos de violencia, concebida de un modo tradicional, eran tan excepcionales que, sin duda, eran una pura hipótesis irrealizable (algo así como el *error redundans* antes de pasar por el filtro jurisprudencial más reciente; de otra parte muy discutible); creo que uno de los grandes méritos de esta monografía radica precisamente en este punto: el autor ha sabido llenar de contenido la figura de la violencia, ciertamente sus opiniones serán discutibles, pero la valentía y la capacidad constructiva del autor en este punto no lo es.

Una reflexión final, para cerrar estas líneas que no pretenden ser comentario crítico sino simplemente una presentación: una vez más nos encontramos con que un canonista se enfrenta, y resuelve adecuadamente, una cuestión de Derecho matrimonial civil; en este punto el Dr. Alvarez Cortina no es original, sino que es un ejemplo más de una larga cadena. Durante años, en nuestro país parecía que los canonistas se habían apoderado de un campo —el matrimonio—

que no les correspondía, se tenía la sensación, de otra parte, que se trataba de una apropiación indebida y que solo se explicaba a partir de una situación política —de política legislativa, si se prefiere— que había puesto, por la vía de hecho, en manos de la Iglesia católica la regulación del matrimonio. La Constitución de 1978 y su ulterior desarrollo normativo, hicieron discurrir las aguas matrimoniales por cauces muy diversos a los anteriores, parecía pues que era llegada la hora final de los canonistas patrios en esa materia; tal intuición se va demostrando con los hechos —y este libro es un excelente ejemplo— que no era acertada. ¿Cuál es la razón de todo ello? No creo que en el plano legislativo se pueda hacer table rasa de los precedentes, pero, desde luego, donde no cabe tal actitud es en materia doctrinal; el matrimonio ha sido tradicional tema de estudio de los canonistas, no es ello una pura casualidad, es sencillamente un reflejo de que durante siglos el matrimonio se ha ido conformando como una figura jurídica a partir de construcciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales de origen canónico, era pues lógico que fueran los canonistas quienes estuvieran habituados a trabajar con aquél concepto jurídico. Probablemente la definición legal que ofrece nuestro Código civil es muy distinta a la que ofrece el *Codex Iuris canonici*, pero ambas son definiciones de matrimonio y, en el fondo, no tan diversas; resulta perfectamente lógico, pues, que las cosas sigan siendo estudiadas donde siempre lo fueron, y es que el canonista tiene una memoria histórica que le permite comprender que sea el matrimonio; no se si la Historia del Derecho es Derecho, pero tengo perfectamente claro que el Derecho es Historia del Derecho, si queremos conocer el Derecho matrimonial tendremos que acudir a quienes conozcan la Historia del Derecho matrimonial y esos, hoy por hoy, son los canonistas.

Iván C. Ibán

MARANTONIO SGUERZO, ELSA, *Legislazione ecclesiastica e autonomie locali*, Università degli studi di Genova. Pubblicazioni della Facoltà di Scienze Politiche. Serie giuridica. N. 6, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1983, 108 páginas.

Sin duda la Constitución española de 1978 ha sido punto de partida de ramas del Derecho español que, sin ser absolutamente nuevas (nada en el mundo del Derecho es realmente nuevo), sin embargo responden a postulados tan diversos de aquellos que las sustentaron en tiempos anteriores que el observador no puede dejar de percibir la novedad esencial de aquellas ramas del ordenamiento. No creo que a nadie se le oculte que a ese grupo son reconducibles dos conjuntos normativos a través de los cuales la doctrina avanza entre graves sorpresas e incertidumbres: el Derecho que emana de las Comunidades autónomas y el Derecho eclesiástico. Pretender delimitar aquí en qué consista el Derecho autonómico —sea cual fuere el nombre que se le prefiera dar— sería una temeraria incursión de quien esto escribe en campo muy ajeno al de sus conocimientos; pre-

que no les correspondía, se tenía la sensación, de otra parte, que se trataba de una apropiación indebida y que solo se explicaba a partir de una situación política —de política legislativa, si se prefiere— que había puesto, por la vía de hecho, en manos de la Iglesia católica la regulación del matrimonio. La Constitución de 1978 y su ulterior desarrollo normativo, hicieron discurrir las aguas matrimoniales por cauces muy diversos a los anteriores, parecía pues que era llegada la hora final de los canonistas patrios en esa materia; tal intuición se va demostrando con los hechos —y este libro es un excelente ejemplo— que no era acertada. ¿Cuál es la razón de todo ello? No creo que en el plano legislativo se pueda hacer table rasa de los precedentes, pero, desde luego, donde no cabe tal actitud es en materia doctrinal; el matrimonio ha sido tradicional tema de estudio de los canonistas, no es ello una pura casualidad, es sencillamente un reflejo de que durante siglos el matrimonio se ha ido conformando como una figura jurídica a partir de construcciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales de origen canónico, era pues lógico que fueran los canonistas quienes estuvieran habituados a trabajar con aquél concepto jurídico. Probablemente la definición legal que ofrece nuestro Código civil es muy distinta a la que ofrece el *Codex Iuris canonici*, pero ambas son definiciones de matrimonio y, en el fondo, no tan diversas; resulta perfectamente lógico, pues, que las cosas sigan siendo estudiadas donde siempre lo fueron, y es que el canonista tiene una memoria histórica que le permite comprender que sea el matrimonio; no se si la Historia del Derecho es Derecho, pero tengo perfectamente claro que el Derecho es Historia del Derecho, si queremos conocer el Derecho matrimonial tendremos que acudir a quienes conozcan la Historia del Derecho matrimonial y esos, hoy por hoy, son los canonistas.

Iván C. Ibán

MARANTONIO SGUERZO, ELSA, *Legislazione ecclesiastica e autonomie locali*, Università degli studi di Genova. Pubblicazioni della Facoltà di Scienze Politiche. Serie giuridica. N. 6, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1983, 108 páginas.

Sin duda la Constitución española de 1978 ha sido punto de partida de ramas del Derecho español que, sin ser absolutamente nuevas (nada en el mundo del Derecho es realmente nuevo), sin embargo responden a postulados tan diversos de aquellos que las sustentaron en tiempos anteriores que el observador no puede dejar de percibir la novedad esencial de aquellas ramas del ordenamiento. No creo que a nadie se le oculte que a ese grupo son reconducibles dos conjuntos normativos a través de los cuales la doctrina avanza entre graves sorpresas e incertidumbres: el Derecho que emana de las Comunidades autónomas y el Derecho eclesiástico. Pretender delimitar aquí en qué consista el Derecho autonómico —sea cual fuere el nombre que se le prefiera dar— sería una temeraria incursión de quien esto escribe en campo muy ajeno al de sus conocimientos; pre-

tender describir en qué consista el Derecho eclesiástico español — en el supuesto, y es mucho suponer, que ello fuera posible— sería, sin duda, extendernos en consideraciones que no tienen cabida en un texto de la naturaleza del presente; se me permitirá, sin embargo, que apunte que, cuando menos, tales ramas del ordenamiento son imprecisas y que, y es mucho más importante, de la adecuada solución de los problemas a los que atienden aquellas especialidades jurídicas dependerá, en gran medida, eso que se ha dado en llamar “la consolidación de la democracia” (sin que uno esté muy seguro que sea deseable el que se consiga en su literalidad tal objetivo, pues uno tiene cierto temor a las petrificaciones, aunque sean de la democracia); se comprenderá que poner en contacto ambas cuestiones es tema arriesgado, y por ello, tal vez, solo unos pocos autores (Bajet, Martínez Blanco, etc.) se han adentrado en nuestro país por tan complejos vericuetos.

Es frecuentísimo que los eclesiasticistas españoles acudamos a cada paso a la Ciencia eclesiasticística italiana; no creo que se trate exclusivamente de una manifestación de nuestra admiración ante tan brillante doctrina, sino que pienso que también responde a una voluntad de —si se me permite la expresión— “escarmentar en cabeza ajena”; el proceso de transformación del sistema de Derecho eclesiástico italiano ha seguido unos pasos tan contados, tan lentos, pero que han supuesto un progreso tan importante —tan real— que uno desearía que las cosas se hicieran de un modo similar en España (naturalmente uno preferiría que se obtuviesen los mismos resultados en menos tiempo, pero no parece que ello —*rebus sic stantibus*— sea posible). No han sido más veloces los italianos en su proceso de “reforma regional”, desde luego aquí no les hemos copiado el ritmo, pero desconozco si nuestros colegas los “autonomistas”, han adoptado la misma posición que nosotros los eclesiasticistas en lo que se refiere a la doctrina italiana.

Así las cosas, no creo que esté de más el que desde estas páginas trate de presentar al lector un libro cuyo objeto es claramente señalado por su autora al afirmar; “*il punto nodale del nostro studio consiste... nel vedere quale possa essere la ricezione del Concordato e delle future intese negli ordinamenti regionali italiani*” (pág. 14).

Tras una nota introductoria en la que se plantean —¡aún otra vez!— las viejas polémicas en torno a la opción Concordato-régimen separatista, y que, en realidad, podría considerarse superflua, a no ser por la muy completa y actual bibliografía sobre el tema recogida por la autora, pasa en su primer capítulo a ocuparse de los *Problemi e osservazioni intorno alla questione ecclesiastica nella Repubblica Federale Tedesca*.

Si no es infrecuente que la eclesiasticística española atienda a la italiana, también ésta última fija su atención en la alemana. Un primer repaso de la situación de las confesiones religiosas en los distintos *länder*, y el modo de relacionarse entre las jerarquías locales y las de las distintas confesiones, tal vez permitiría sospechar que ese sería un camino adecuado que debería situarse como punto de referencia hacia el que tendría que dirigirse nuestro sistema de De-

recho eclesiástico; sería explicable tal actitud —la brillantez y originalidad de las soluciones, el mayoritario acuerdo acerca de la bondad del sistema, etc., lo hacen aparecer como envidiable—, pero, pienso, no sería real, pues las situaciones son tan diversas que pretender trasladar las soluciones alemanas a nuestro país iría encaminado al fracaso. Basta para probar la veracidad de mi aserto con reproducir cuales son las “*caratteristiche peculiari del sistema*”, propuestas por nuestra autora: “1) *la parificazione della Chiesa Cattolica e delle altre Confessioni religiose quali enti di diritto pubblico*; 2) *il carattere del tutto singolare e anomalo dello ‘status’ pubblico delle Chiese per cui esse appaiono trascendere gli enti inseriti nella compagine statale con la conseguenza che i Concordati e le Intese con le Comunità politiche, vengono per lo più ritenuti contratti di diritto pubblico esterno*; 3) *la coesistenza di principi separatisti e di principi contrattualistici nella legislazione ecclesiastica sia a livello del Bund sia a livello dei singoli Länder*; 4) *la valorizzazione delle Chiese locali nei rapporti con le autorità politiche, specialmente dopo il Concilio Vaticano II, con la conseguente integrazione e specificazione a livello locale di più generali e generiche norme concordatarie*” (págs. 16-17). No obstante la escasa utilidad práctica para nuestro país de las soluciones expuestas, no deja de ser de sumo interés la lectura de este primer capítulo para aquellos que pretendan comprender que los sistemas de Derecho eclesiástico no son reconducibles a la simplista división: Estado confesional-Estado laico.

El segundo capítulo de este libro, bajo el título *Impegni internazionali e autonomie regionali* atiende, en su mayor parte, a la muy sugestiva temática de las relaciones entre pactos internacionales y regiones. El tema dista mucho de estar resuelto y digamos que las opiniones doctrinales en lo que se refiere a las competencias regionales en tal materia son muy variadas; para situar la posición adoptada por la autora tal vez baste con reproducir sus palabras: “*non si è dunque pervenuti a dar fondamento ad una pretesa competenza statale relativa all’esecuzione di trattati internazionali che riguardino materie di competenza regionale*” (pág. 46). La parte final de este capítulo trata de reconducir el anterior planteamiento general al específico campo de las relaciones entre confesiones y Estado, concluyendo la autora que “*allo stato attuale della legislazione, della giurisprudenza e della prevalente dottrina, estremamente improbabili degli Accordi diretti tra Regioni e S. Sede, anche per quanto attiene le materie di esclusiva competenza regionale, le quali devono a nostro parere, essere trattate unicamente nell’ambito Organi regionali-Conferenze episcopali, nel rispetto degli impegni assunti dallo Stato con il Concordato. Tali argomenti ci sembrano parimenti estensibili alle Confessioni acattoliche, qualora vengano guardate sotto il profilo di enti di diritto pubblico esterno in una posizione di fatto e di diritto assai vicina a quella della Chiesa Cattolica*” (pág. 51). Aunque es alusión constante a lo largo de todo el libro, me gustaría centrar ahora mínimamente ni atención en una afirmación repetida pero que en este punto tiene especial trascendencia: “[Las] *Confessioni acattoliche... [están] in una posizione di fatto e di diritto assai vicina a quella della Chiesa Cattolica*”.

Soy plenamente partidario de un trato de igualdad entre la Iglesia católica y

las restantes confesiones religiosas; incluso sospecho —solo sospecho— que para alcanzar tal resultado es menester que todas ellas reciban el mismo tratamiento jurídico, incluso en los aspectos puramente formales; ahora bien, entender que hoy en día, en Italia (y, por supuesto en España), la Iglesia católica y las restantes confesiones están “*in una posizione di fatto e di diritto assai vicina*”, me parece que no pasa de ser una disculpable confusión entre los propios deseos y el análisis objetivo de la realidad, pero me parece que afirmar eso, precisamente en un capítulo en el que se hace referencia a normas de Derecho internacional, cuando es evidente, guste o no guste, que un Concordato en Italia (y, por supuesto, también en España) es, con todas las peculiaridades que se quiera, un Acuerdo internacional, mientras que ni por asomo se puede conferir dicho rango a las *intese*, es un desconocimiento de la realidad que no admite disculpa.

Para un jurista no especialista en tales materias, —como, ciertamente, es mi caso— le resulta prácticamente imposible el comprender, desde una perspectiva jurídica, la peripecia político-normativa seguida en los últimos años en nuestro país para “construir el Estado de las autonomías” (en realidad esa comprensión no sería grave si no fuera porque no resulta del todo descartable el que sea compartida por aquellos que han “construido el Estado de las autonomías”). Naturalmente, muy superiores son las dificultades para comprender cuál ha sido el *iter* seguido en la República Italiana. Buena parte del capítulo III —*Le leggi cornice, raccordo tra la normativa statale e la normativa regionale di dettaglio delle materie concordatarie*— va destinada, precisamente, a exponer cuál ha sido el camino seguido en Italia.

Sin pretender ahora resumir procesos ni, por supuestos, establecer paralelismos, tal vez no esté de más el transcribir algunas afirmaciones de la autora para intuir cuál ha sido la vía seguida y para comprobar que algunos problemas y soluciones no han sido muy distintos en ambos países. No creo que nadie ponga en duda que de la lectura de la Constitución italiana se puede llegar a la conclusión de que “*la cerniera dei rapporti Stato-Regioni doveva essere costituita dalle leggi cornice destinate ad inquadrarsi nel paradigma tipico delle norme principio*” (pág. 54); tampoco parece arriesgado afirmar “*che sarà lo stesso legislatore statale a determinare la parte della materia in cui la Regione potrà svolgere competenza legislativa concorrente che debba ritenersi talmente rilevante da essere giudicata fondamentale nel rapporto legge cornice-legge regionale divenendo, quindi, oggetto di legislazione di principio*” (pág. 55), ahora bien “*la definizione di quanta e quale parte di una determinata materia debba reputarsi fondamentale non è rimessa all'arbitrio del legislatore statale, il quale può ben disporre di un certo margine di discrezionalità in tale valutazione, ma è soggetto al possibile sindacato della Corte Costituzionale*” (pág. 56). Y no sorprenderá al jurista español que si bien parecía que el eje del sistema sería el de las leyes *cornice*, sin que ahora entremos en detalles, “*si verificarono due condizioni che riuscirono ad alterare, se non praticamente a snaturare, le leggi cornice*” (pág. 57), y es que, en definitiva, “*risultano perfino sorprendenti le soluzioni presentate dal legislatore improntate a una palese empiricità ed a criteri che si discostano notevolmente dal sistema e che hanno di mira non tanto il rispetto della ripartizione di com-*

*petenze fra Stato o Regioni quanto il raggiungimento di fini pratici"* (pág. 64).

Pasa a continuación la autora a analizar en que modo tiene su reflejo toda aquella situación en el ámbito del Derecho eclesiástico. *"È vero, tuttavia, che per gli argomenti sopra esposti si sarebbe indotti... ad ipotizzare un Concordato e delle Intese 'quadro' e, accanto alle rispettive leggi di esecuzione statuali, delle leggi cornice che siano di raccordo tra esse e la normativa di dettaglio della singola Regione, la quale potrebbe usufruire, a sua volta, degli spazi lasciati liberi dalla legge ed aver la particolarità di essere frutto di Intese tra l'ente regionale stesso e le strutture operative confessionali, risultanti strettamente collegate agli interessi attinenti alla loro esistenza in qualità di istituzioni e pertanto inserito nelle strutture portanti delle singole Confessioni religiose in qualità di organi decentrari"* (pág. 60). Tras la lectura de estas afirmaciones —y de todo el resto del capítulo— un eclesiasticista español no puede dejar de recordar aquellos debates de hace una década: Concordato-Acuerdos (polémica saldada, si se me permite el paréntesis, con la salomónica/vaticana solución de lograr un Concordato repartido en Acuerdos); se recordará que entonces la doctrina se lanzó a ofrecer todo tipo de soluciones, no faltó quien sugiriera que lo más conveniente sería un Concordato marco entre la Santa Sede y el Estado Español, que vendría desarrollado a través de una pluralidad de Acuerdos entre Conferencia Episcopal y Gobierno. Algo de aquella sugerencia doctrinal ha sido recogido, pues algunas normas concordadas exigen de un ulterior desarrollo en el que participará la Iglesia española; si a todo lo anterior se añade el dato de que el nuevo *Codex Iuris canonici* apunta una tímida descentralización de la Iglesia en base a las Conferencias Episcopales, se podría llegar a la conclusión que se han abierto las vías para acuerdos entre un conjunto de Iglesias particulares (las diócesis existentes en una Comunidad Autónoma —¿el redescubrimiento de las provincias y regiones eclesiásticas?—) y una determinada Comunidad Autónoma. Tal intuición me parecería desacertada y ello, al menos, por los siguientes motivos: 1º, La hipotética descentralización de la Iglesia pasa por las Conferencias episcopales; 2º, Hay una evidente vocación de que las Conferencias episcopales tengan carácter nacional —estatal, si el lector lo prefiere—; 3º, El incremento de la autonomía de las Conferencias episcopales no se hará a costa de la Santa Sede sino, me parece, a costa de hacer disminuir la autonomía de la Iglesia particular en sentido propio (tal vez por eso algunos se han pretendido "desmarcar" de la diócesis); 4º, La Iglesia tiene clara experiencia histórica de las consecuencias que produce una relación muy próxima de las Iglesias locales con el poder político local (Regalismo, josefinismo, galicanismo, jurisdiccionalismo, etc.; en buena medida: reforma); y 5º, Parece hartó improbable que el poder central permita que los nacionalismos locales —las peculiaridades regionales, si así lo prefiere el lector— puedan capitalizar la muy sensible fibra de lo religioso.

En lo que toca a confesiones religiosas distinta de la católica —y siempre refiriéndome a España—; pienso que si pretenden tener alguna capacidad negociadora esta solo se derivará de una cierta unidad formal (Federaciones), ya que al ser buena parte de las confesiones (singularmente las protestantes) de carácter local, si optan por relacionarse con el poder político local, descartando nego-

ciaciones (*intese*) unitarias con el poder central, no es difícil imaginar que su debilidad numérica tendrá el coste de una posición negociadora más débil.

Pero, en cualquier caso, lo que resulta indiscutible es que el proceso de "regionalización" italiano —y en aún mayor medida la "construcción del Estado de las autonomías" en España— supone, inevitablemente, que llegado a un cierto punto, la competencia en temas tradicionalmente considerados como *res mixtae* pasa a las entidades político-administrativas autonómicas —vg. enseñanza, patrimonio artístico, asistencia, etc.— El último capítulo —*Prospettive e problemi della legislazione ecclesiastica attuale*— del presente volumen tiene como pretensión la de exponer el cuadro normativo actual en Italia sobre tal cuestión. Se comprenderá que este capítulo tiene escasa "eficacia" directa para el estudioso español, pues aun a pesar de las similitudes es obvio que los sistemas normativos italianos y español son diversos; si hay una lección indirecta; aparecen en este capítulo —en la realidad italiana— todos los viejos y nuevos problemas del Derecho eclesiástico y del Derecho autonómico: separatismo, régimen concordatario, principio de igualdad, Corte constitucional declarando inconstitucionales algunas normas "homogeneizadoras", conflictos Iglesia particular-Iglesia universal, etc.; es difícil imaginar en que modo, pero parece que todo ello necesitará de una evidente vocación de acuerdo —no, necesariamente, de "acuerdos"— si es que se pretende que el sistema subsista, pero, me parece, en este punto todo son dudas —"*Quali possano poi essere le caratteristiche degli Accordi così raggiunti sotto il duplice aspetto sia dei soggetti legittimati a porli, sia della forma e del contenuto, è questione che coinvolge dunque problemi di carattere generale, ma superato da quanto detto e dalle osservazioni successive, appare comunque il dubbio della necessità di una politica ecclesiastica autonoma e della Regione, come afferma il Mirabelli, e dei Comuni e delle Province, anche se, per il solo fatto che essa sia oggetto di indagine, lascia travedere una rete di questioni ancora aperte*" (págs. 83-84)— y, desde luego habrá que tener siempre muy presente que "*il fallimento di un'iniziativa non è infatti preclusivo di iniziative ulteriori*" (pág. 87).

Se cierra el presente volumen con unas *Osservazioni conclusive* (págs. 97-99), un índice de abreviaturas (págs. 101-102), uno de nombres (págs. 103-105) y uno sumario (págs. 107-108).

Tras la lectura de este volumen el jurista español, muy probablemente, sentirá una cierta preocupación: son tantos y tan graves los problemas que plantea el Derecho eclesiástico autonómico y son tan escasos con los medios técnicos —técnica jurídica; doctrina— con los que cuenta España, que el encontrar soluciones adecuadas parece tarea imposible. Pienso que el eclesiasticista patrio deberá obtener una conclusión: la mayoría de la escasa eclesiasticística española proviene del Derecho canónico, a cada paso —¿manifestación de un complejo?— los eclesiasticistas españoles se ven en la necesidad de recordar que el Derecho eclesiástico es una rama del ordenamiento estatal; hasta ese punto conforme, sin embargo es menester dar un paso adelante, es necesario conocer el Derecho estatal para trabajar sobre él, no se puede seguir construyendo un De-

recho eclesiástico de “grandes palabras” (justicia, libertad, igualdad, separatismo, cooperación, etc.), pues para construir Ciencia del Derecho hay que bajar a la técnica jurídica, es pues necesario —llamemos a las cosas por su nombre— que la eclesiasticística patria tenga la modestia de “aprender” Derecho estatal; en el campo del Derecho eclesiástico autonómico la tarea es extensa, pero más valdrá no acometerla si previamente no se cuenta con los instrumentos precisos, en caso contrario, más vale quedarse en el Derecho eclesiástico de las “grandes palabras”.

Iván C. Ibán

*JURISPRUDENCIA  
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL  
DE PALMA DE MALLORCA*

# I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

## A. INDICE CRONOLOGICO

62. **Framacias.** Licencia de apertura. Competencia de la Sala. Concepto de nucleo de población. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1983.*
63. **Licencia de obras. Técnicos competentes.** Construcción de un almacén agrícola. Obras mayores. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1983.*
64. **Impuesto municipal sobre solares.** Hecho imponible: existencia de solares sin edificar: absoluta irrelevancia de la intención del adquirente. Ambito de aplicación de la exención a terrenos complementarios no edificables. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1983.*
65. **Planeamiento urbanístico.** Ciudades de Vacaciones. Vigencia del Plan Provincial de Ordenación de Baleares. Naturaleza jurídica de los planes urbanísticos. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1983.*
66. **Funcionarios.** Administración Local. Jubilación. Derecho de opción en relación a la cotización mas favorable a la Seguridad Social. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1983.*
67. **Licencia de obras.** El peticionario de la licencia no ha de acreditar la cualidad de propietario. Orden de demolición. Fraude a la ley. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983.*
68. **Señales de seguridad.** Ferrocarril. Mantenimiento de las señales a cargo de la denunciante del peligro. Interés general. Principios Ge-

---

(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<sup>a</sup>. 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.

nerales del Derecho. El Municipio ha de sufragar el mantenimiento. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1983.*

69. **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 Septiembre de 1983.*
70. **Elecciones locales.** Validez de los actos del Alcalde electo antes del juramento o promesa de los cargos. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1983.*
71. **Plan parcial.** Aprobación definitiva. Recurso de Alzada. **Notificaciones defectuosas.** Cómputo de los plazos. *Sentencia de 4 de Octubre de 1983.*
72. **Tasa municipal de licencia de obras.** Bonificación aplicable a construcciones con finalidad social: requisitos de aplicación: invocación por parte del sujeto pasivo antes de la liquidación definitiva. No es aplicable "ope legis". *Sentencia de 7 de Octubre de 1983.*
73. **Licencia apertura vial.** Nucleo de población. Doctrina general sobre divisiones de fincas. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983.*
74. **Contribuciones especiales.** Alumbrado público. **Naturaleza revisora** de la Jurisdicción contencioso-administrativa: no supone inadmisibilidad de aducir nuevos fundamentos y plantear nuevas pruebas. Congruencia de la Sentencia: principio de rogación: no procede otorgar más de lo pedido. *Sentencia de 14 de Octubre de 1983.*
75. **Suspensión acuerdos municipales.** Infracción urbanística. Competencia del Consell Insular. Plazo para trasladar el acuerdo suspenso a la Jurisdicción. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983.*
76. **Impuesto general sobre el tráfico de las empresas.** Especificación del hecho imponible: calificación de la actividad de "discoteca" a efectos del impuesto. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983.*
77. **Aguas.** Autorización explotación pozo. Denegación. La prohibición del Artículo 24 de la Ley de Aguas constituye condición "sine qua non" para su otorgamiento sobre todo despues del Decreto 3382/73 de 21 de Diciembre sobre alumbramiento de Aguas en las

Baleares. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983.*

78. **Propiedad industrial.** Identidad y semejanza de marcas. En caso de identidad es inoperante la autorización del propietario de la marca primeramente inscrita. No rompe la identidad añadir las siglas S.L. *Sentencia de 28 de Octubre de 1983.*
79. **Licencia apertura vial.** Parcelaciones rústicas. Doctrina general sobre divisiones de fincas. Núcleo de población. Estimación del recurso. *Sentencia de 29 de Octubre de 1983.*
80. **Sanciones laborales.** Competencia de la autoridad laboral para sancionar infracciones de este tipo. Competencia concurrente de la autoridad aeronáutica. No rige la Ordenanza laboral para el personal de vuelo "Charter", sustitución por Convenio Colectivo. Facultad del Tribunal para rebajar la multa. Principio de proporcionalidad. *Sentencia de 31 de Octubre de 1983.*
81. **Funcionarios.** Cuerpo Técnico Señales Marítimas. Retribuciones complementarias. Indemnización por vivienda a suplentes. Principio de Igualdad ante la Ley. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1983.*
82. **Responsabilidad de la administración.** Prescripción de la acción. Cuestión de fondo, no de inadmisibilidad. Daños permanentes y continuados. Día inicial del plazo. Doctrina general de la responsabilidad de la Administración. Daños y perjuicios: Formas de pedirlos. Estimación del recurso. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1983.*
83. **Insalud.** Médico con la especialidad obtenida en la Escuela Nacional de Enfermedades del Torax. Denegación Diploma por el Insalud con base a la Resolución de la Dirección General de 13 de Mayo de 1982. Admisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo. Insalud es una Entidad de Derecho Público, no organismo autónomo. Infracción de normas de rango superior. Irretroactividad. Principio de igualdad. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983.*
84. **Licencia de obras.** Prorrogas. Doctrina general sobre la caducidad temporal. No cabe prórroga si la Licencia infringe la normativa urbanística, sin perjuicio de la indemnización. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983.*
85. **Suspensión de acuerdos municipales.** El principio de autonomía

municipal no impide la suspensión cuando el acto afecta a competencias estatales o invade competencias ajenas. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983.*

86. **Urbanismo.** Ruina. Ruina económica y ruina técnica. Evolución jurisprudencial en torno a ésta. Preferencia del mayor número de peritos y de los informes municipales. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983.*
87. **Actividades molestas, insalubres y peligrosas.** Licencia de traslado, instalación y funcionamiento de Industria. Vicios de procedimiento. Sólo producen nulidad si causan indefensión. No cabe invocarlos en segunda fase, si el acto es conforme al dictamen de la Comisión Provincial. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983.*
88. **Urbanismo.** Declaración de ruina. Preferencia al peritaje municipal y al mayor número de dictámenes. Valor de la suspensión de los Artículos 12 al 17 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Inclusión reparaciones salubridad y habitabilidad. No es relevante el abandono en que tenía la finca el propietario. Valoración del edificio. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1983.*
89. **Regularización fiscal voluntaria.** Ley de medidas urgentes de Reforma Fiscal: exención de impuestos directos e indirectos a las empresas regularizadas: Impuesto sobre la Rentas de Capital. Naturaleza del artículo 31 de la LMURF: "cierto carácter sinalagmático". Inconstitucionalidad de normas limitadoras de la exención: Principio de jerarquía de normas. Interpretación de normas tributarias. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983\*.*
90. **Administración laboral.** Fondo de Garantía Salarial. Exclusión representantes de comercio. Principio de igualdad ante la Ley. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983.*
91. **Sanciones.** Infracción Laboral. Valor de las actas Inspección de Trabajo. Requisitos de estas actas. Presunciones. Presunción de inocencia. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983.*
92. **Contribuciones especiales.** Obras de encintado de aceras y pavimentación de calles; base imponible: inclusión del valor de los terrenos. Anterior afectación de los terrenos al uso público: carga de la prueba a la parte que invoque tal afectación. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983.*

93. **Domino público.** Construcciones en terrenos zona marítimo-terrestre. Necesidad Licencia Municipal. Informe Ayuntamiento previsto en la Ley de Costas, no es vinculante ni para éste ni para la Administración Central. Terrenos excluidos Plan de Ordenación. Sumisión a normas de Plan General de Ordenación y Desarrollo del Puerto de Palma. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1983.*
94. **Licencia fiscal de actividades comerciales e industriales.** Explotación de salas de bingo: sujeto pasivo: empresa explotadora y no la entidad autorizada. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1983.*
95. **Solicitud demolición edificio.** Naturaleza revisora. Omisión presupuesto procesal de recurso previo de Reposición. Inadmisibilidad del recurso. Las facultades del Gobernador Civil no son discrecionales sometimiento a las circunstancias que la L.A.U. indica. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1983.*
96. **Licencia de obras.** Denegación. Licencia de apertura y funcionamiento "Karting" y Bar. Denegación. Usos contrarios Plan Parcial. Silencio Positivo en materia de obras y actividades. El pago de impuestos o existencia de permisos de la Administración Central no sustituyen a las potestades administrativas municipales. No es necesario pedir previamente en vía administrativa daños y perjuicios. No concesión indemnización si la actividad se inicia sin Licencia. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1983\*.*
97. **Obras ilegales infringiendo la licencia otorgada.** Demolición. Medidas protección de la legalidad urbanística. Doctrina general. Prescripción. La potestad de demolición caduca con el transcurso del tiempo señalado en la L. S. Inactividad de la Administración. La demolición es medida extrema. Principio de proporcionalidad de la sanción. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1983\*.*
98. **Licencia.** Legalización explotación de Canteras y otras instalaciones industriales. Inadmisibilidad parcial del recurso. Ausencia de procedimiento administrativo. Imposibilidad de la vía jurisdiccional. La autoridad municipal no puede decidir por concurrencia de competencias. Necesidad Licencia Municipal. El pago de impuestos o la existencia de otras Licencias no suplen o sustituyen la municipal. Medidas correctoras en base a las ofrecidas al pedir Licencia. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1983.*

99. **Sanciones.** Juegos de bingo. Principio de legalidad (Art. 25 de la Constitución). Obligación de Jueces y Tribunales de interpretar la Constitución. Infracciones y sanciones deben ser determinadas por normas con rango de Ley formal. Es correcto que la Ley permita a disposiciones de rango inferior la determinación concreta del precepto sancionador. Reglamento invade materias reservadas a la Ley. Potestad discrecional. Principio de tipicidad. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983.*
100. **Licencia apertura vial.** Parcelación rústica. Doctrina general sobre divisiones de fincas rústicas. Núcleo urbano. Cumplimiento de la legislación agraria. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983\*.*
101. **Suspensión obras sin licencia.** Acuerdo de demolición incumplido. La ejecución de las propias determinaciones es tarea insoslayable de las Corporaciones. Artículo 184 de la L.S. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*
102. **Plan parcial.** Aprobación inicial de planes. No procede si el proyecto vulnera previsiones del Plan General Municipal. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983.*
103. **Impuesto municipal incremento del valor de los terrenos.** Anulación de la liquidación por falta de notificación al transmitente. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*
104. **Licencia apertura vial.** Parcelación rústica. Doctrina general sobre división de fincas rústicas. Núcleo de Población. Doctrina general sobre aplicación de la legislación agraria. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983.*
105. **Funcionarios.** Administración Local. Funcionarios de empleo. Requisitos para su nombramiento. Cese al producirse la renovación de la Corporación. Derecho a daños y perjuicios si se les cesa anteriormente. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1983.*
106. **Licencia de obras.** Cesación de efectos de Licencias. Nulidad por no seguir tramites de la L.S. en relación con los Artículos 109 y 110 de la L.P.A. Responsabilidad de la Administración. No procede la indemnización si ni se prueban perjuicios en relación causal con el acto impugnado. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1983.*
107. **Domino público.** Inadmisibilidad del recurso. Las cuestiones sobre

declaración de dominio son competencia de la Jurisdicción Ordinaria. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1983.*

108. **Concesiones.** Concesión y autorización reglamentada de servicios privados de interés público. Diferencias. Desafectación. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1983.*
109. **Urbanismo.** Denegación legalización obras de higiene, ornato y conservación en inmueble fuera de ordenación. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1983.*
110. **Funcionarios.** Administración Local. Responsabilidad del funcionario. No cabe retener dos tercios del salario por suspensión provisional, hasta la resolución definitiva. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1983.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 89

**89. REGULACION FISCAL VOLUNTARIA.** Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal: exención de impuestos directos e indirectos a las empresas regularizadas: Impuesto sobre la Renta de Capital. Naturaleza del artículo 31 de la LMURF: "cierto carácter sinalagmático". Inconstitucionalidad de normas limitadoras de la exención: Principio de jerarquía de normas. Interpretación de normas tributarias. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por F. I. P. A., S.A. contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares que le desestimó reclamación contra liquidación del impuesto sobre las rentas del capital, ejercicio 1973, conviene para una mejor comprensión de los razonamientos que sigan, precisar los siguientes hechos que resultan del expediente, han sido aceptados por las partes o probados en proceso jurisdiccional: primero; que a la Sociedad recurrente le fué asignada por la Junta de Evaluación Global del Impuesto Industrial-Cuota de Beneficios para el ejercicio de 1973 la cantidad de 1.850.000 pesetas, reducidas a 1.300.000 por Acuerdo del Jurado Territorial Tributario de fecha 27 de Septiembre de 1976; evaluación que dió lugar a que se le notificara en 2 de Febrero de 1979 por el Jurado Territorial Tributario, dicha cantidad, como rendimiento de estimación por Jurados a efectos del Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, acordado el día 29 de Enero anterior (certificaciones a los folios 64 y 70 de los autos): segundo; que la dicha entidad demandante presentó el balance correspondiente al ejercicio de 1977, regularizado al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 50/1977 de 14 de Noviembre, sin que conste que dicha regularización fuera comprobada por la Inspección con anterioridad al 31 de Diciembre de 1980 (folio 74 idem); tercero: que con fecha 29 de Julio de 1980, le fué notificada liquidación definitiva del Impuesto sobre las Rentas del Capital, ejercicio 1973, originada en virtud de acta de Inspección que proponía liquidación por aplicación del artículo 15 del texto Refundido de la Ley del impuesto, por un importe de 193.050, cuya liquidación definitiva fue objeto de reclamación en vía administrativa que terminó con el acuerdo impugnado ante esta Sala (último folio del expediente administrativo).

CONSIDERANDO: Que contra la validez de tal liquidación y del acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo que la confirmó, se esgrimen por el recurrente en su demanda, tres argumentos o motivos diferentes: a) la no exigibilidad del impuesto sobre las rentas del capital, por la presunción establecida en el artículo 15 de su Texto Refundido, por haber sido éste derogado en virtud de la Ley de 8 de Septiembre de 1978; b) que dicho

impuesto había prescrito de acuerdo con el artículo 36, apartado 3° de dicho Texto Refundido y artículos 64 y 65 de la Ley General Tributaria; y c) que la sociedad recurrente se acogió a la regularización de la Ley 50/1977 de 14 de Noviembre, en virtud de la cual quedaba exenta de dicho impuesto.

**CONSIDERANDO:** Que para rechazar el primer motivo basado en la disposición final 2ª de la Ley 44/78 de 8 de Septiembre sobre normas reguladoras del impuesto sobre la renta de las personas físicas, no es necesario argumentar mucho, puesto que aunque dicha disposición deroga a partir de 1° de Enero de 1979 todas las normas legales y reglamentarias que regulan determinados impuestos, entre los cuales se cuenta el de rentas del capital (Disposición Transitoria 1ª. 1. a)), esta derogación de leyes y supresión de los impuestos que regulan, solo tiene efectos a partir de la fecha expresamente señalada en las Disposiciones que suprimen y derogan, pero no alcanza a las relaciones juridico-tributarias anteriores a su promulgación, como es la que nos ocupa, referente al ejercicio fiscal de 1973, puesto que "la derogación sólo tendrá el alcance que expresamente se disponga" y "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario" (artículo 2. 2 y 3 del Código Civil).

**CONSIDERANDO:** Que igual facilidad se encuentra para rechazar el segundo motivo —el de prescripción— ya que, si bien la cuantía de la base imponible del impuesto cuya liquidación se impugna, se determinó por el Jurado Tributario, en virtud de presunción basada en la fijada para el Impuesto sobre Sociedades por lo que hay que estimar que el impuesto se devengó el día en que se consideró legalmente aprobado el balance del ejercicio a que correspondan los beneficios, a tenor de lo establecido en el artículo 36.3 del Texto Refundido de la Ley de este impuesto (Decreto 3.357/67 de 23 de Diciembre), en relación con los artículos 14 y 16 del mismo, el plazo de cinco años que determina el artículo 64 de la Ley General Tributaria (230/1963 de 28 de Diciembre), se interrumpió por la propia recurrente al presentar el balance correspondiente al ejercicio de 1977, con el fin de regularizar su situación fiscal al amparo del artículo 31 de la Ley 50/77 de 14 de Noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, lo que tuvo necesariamente que realizar antes del 30 de Junio de 1978, plazo máximo otorgado por el párrafo primero del citado artículo, pues esta actuación del sujeto pasivo, ha de ser comprendida en la letra c) del artículo 66.1 de la citada Ley General Tributaria, en cuanto iba encaminada a la liquidación de su deuda fiscal.

**CONSIDERANDO:** Que, sin embargo, no ocurre lo mismo con el tercer motivo de impugnación esgrimido por el recurrente y basado en la exención a la que se acogió al amparo del artículo 31 de la citada Ley 50/77, pues es evidente que el impuesto sobre rentas del capital de los ejercicios fiscales anteriores a 1977, está comprendido en el párrafo último de dicho artículo al decir que "la exención a que se refiere este artículo comprenderá todos los impuestos directos e indirectos cuyo ingreso en Hacienda fuera debido por la empresa que regularice su balance"; expresión que, por su claridad, no admite otra interpretación que la que le ha dado la demandante, pues no sólo es éste el sentido literal de las palabras, sino que también responde a la teleología de la norma de conseguir la regularización fiscal, con datos verdaderos, de las Empresas y Sociedades, respecto a las cuales el legislador era consciente de que defraudaban al Fisco con datos y balances ficticios.

**CONSIDERANDO:** Que no cabe, de ningún modo sustraer —como pretende la Administración— el ejercicio de 1973 de las rentas del capital de una determinada Sociedad, de la exención legal, en base a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 6° de la Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de Enero de 1978, respecto a la cual aparece claramente su inconstitucionalidad con la consiguiente inaplicabilidad por los Tribunales obligados a interpretar la Constitución para declarar derogadas o no aplicar las normas anteriores que se le opongan, puesto que la dicha Orden, al excluir de la exención determinados impuestos pendientes de liquidación por razón de estimaciones objetivas correspondientes al ejercicio de 1976 o anteriores, pugna abiertamente con el contenido del precepto legal citado en el anterior considerando, infringiendo así claramente el principio de jerarquía de las normas establecido en el artículo 9 de la Constitución e infringiendo también, al derogar tácitamente un precepto de rango superior, como una Ley, el artículo 2.2

del Código Civil, ya que como claramente ha expresado la Instrucción de la Sub-Secretaría de Hacienda de 2 de Septiembre de 1982, de conformidad con dictamen del Consejo de Estado, la exención del artículo 31 de la Ley 50/77 no admite ninguna limitación, pues para una debida interpretación del precepto ha de tenerse en cuenta que en el mismo subyace "un cierto caracter sinalagmático, muy distinto de la imperatividad habitual de la relación tributaria, el cual se estima fundamental a efectos interpretativos, ya que las normas fiscales, de acuerdo con la Ley que rige en la materia, han de interpretarse con arreglo a los criterios admitidos en Derecho y en este sentido no parece aceptable que se pueda perjudicar a quien amparado en la literalidad de la Ley, se entregó a la Administración Fiscal, descubriendo la realidad de su situación tributaria y quedó, por este solo hecho, a la merced de aquélla"; razones, por las que, sin duda, la Orden de 2 de Septiembre de 1982 sobre comprobación de operaciones de regularización, entiende aprobadas por la Administración las efectuadas al amparo de la Ley 50/77 "cuando la Inspección no haya comprobado dichas operaciones con anterioridad al 31 de Diciembre de 1980", que es precisamente el caso de la Sociedad actora, como aparece en el primer considerando.

**CONSIDERANDO:** Que aunque, ya parezca innecesario, queremos añadir que aun cuando se estimara la validez de la Orden de 14 de Enero de 1978, sustentadora de la tesis de la Administración demandada, resultaría que su precepto de exclusión de la exención, no atañe al impuesto sobre las rentas del capital, pues el citado párrafo quinto de su artículo 6º se refiere a "cuotas pendientes de liquidación por razón de estimaciones objetivas", por lo que si bien podría aplicarse a aquellos impuestos que —como el de sociedades— admiten la estimación directa, la objetiva y la subsidiaria de Jurados, no sería en ningún caso de aplicación a aquellos otros que, como el de las rentas del capital, no admiten mas estimación de la base imponible que la directa, constituida por el reflejo contable de dividendos, acciones con cargo a reservas, utilidades, beneficios, asignaciones y participaciones, aunque se utilice la presunción "iuris tantum", a falta de tal reflejo contable, para la atribución de las bases imponibles en la cuantía que determinen los Jurados Tributarios (artículos 13 y 14 del citado Texto Refundido promulgado por Decreto 3.357/67); lo que es muy distinto de las estimaciones objetivas a que se refiere la discutida Orden Ministerial, y ello aunque, entre las presunciones, se utilicen los tantos por ciento de la estimación directa u objetiva de otro impuesto como el de sociedades, que es, precisamente, lo que ha realizado la Administración gestora del impuesto, al aplicar el artículo 15 del citado Texto Refundido en la liquidación impugnada.

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

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso interpuesto por F. I. P. A., S.A. contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 25 de Junio de 1982, que le confirmó liquidación practicada por la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes, por el concepto de rentas del capital, ejercicio 1973, debemos declarar y declaramos tales actos administrativos contrarios al Ordenamiento Jurídico y en consecuencia los anulamos, declarando la exención de la Sociedad demandante del pago de tal impuesto en dicho ejercicio. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

funcionamiento "Karting" y Bar. Denegación. Usos contrarios Plan Parcial. Silencio Positivo en materia de obras y actividades. El pago de impuestos o existencia de permisos de la Administración Central no sustituyen a las potestades administrativas municipales. No es necesario pedir previamente en vía administrativa daños y perjuicios. No concesión indemnización si la actividad se inicia sin Licencia. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, en sesión celebrada el 29 de Enero de 1981, acordó "denegar la licencia solicitada por D. J. A. S. para proceder a la construcción de una pista de Karting y dependencias auxiliares en un solar sito en el enlace de la Autopista con Carretera Arenal en Can Pastilla", acuerdo que, pese a haber sido notificado, con el ofrecimiento de los correspondientes recursos, fue consentido por el interesado (folios 119, 159, 160 y 163 de los autos).

**CONSIDERANDO:** Que por Decreto de la Alcaldía del mismo Ayuntamiento de 19 de Octubre de 1981 se resuelve "denegar la petición realizada por D. J. A. S. consistente en que se le otorgue licencia para la apertura y funcionamiento de unas pistas de Karting y bar en el enlace de la Autopista a la carretera del Arenal Can Pastilla", el cual, pese a haber sido notificado en forma, no fue recurrido (folios 20 del expediente y 159, 160 y 163 de los autos).

**CONSIDERANDO:** Que ambas resoluciones se basan en que ni el proyecto ni la actividad se ajustan a los usos previstos en la Ordenación Especial de la Manzana de Servicios del Plan Parcial de la Playa de Palma, aprobado definitivamente por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el día 20 de Abril de 1977.

**CONSIDERANDO:** Que la Alcaldía, en virtud de Decreto 1.608 de 13 de Mayo de 1982, ordena al hoy recurrente "que cese en la actividad que desarrolla y, consecuentemente, la clausura de la misma, pistas de Karting y Bar ubicada en el enlace de la Autopista a la carretera del Arenal (Can Pastilla, Ses Fontanelles), a partir del recibo de la presente resolución, por cuanto funciona sin la correspondiente licencia municipal por haber sido ésta denegada mediante Decreto número 3.589 de fecha 19 de Octubre de 1981".

**CONSIDERANDO:** Que contra este último Decreto se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

**CONSIDERANDO:** Que la oposición al Decreto referido se basa en que las licencias han de entenderse otorgadas por silencio administrativo positivo; pero en manera alguna puede ser aceptada esta alegación, pues para que entre en juego esta figura, regulada en el artículo 9.1, apartado 7º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955, y aplicable a todos los supuestos de solicitud de licencia para la realización de cualesquiera de los actos a que se refiere el artículo 178.1 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se requiere el estricto cumplimiento de los requisitos formales previstos por aquel precepto reglamentario, que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1973, hay que observar con gran detenimiento y escrúpulo, ya que confieren unos derechos que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocerse a los administrados, y que son las siguientes: 1º) Solicitud de la licencia y presentación con ella del pertinente proyecto técnico; 2º) El transcurso de dos meses a contar de la fecha en que la solicitud hubiera ingresado en el Registro General; 3º) Acudir, insistiendo en la petición, a

la Comisión Provincial de Urbanismo y que transcurra un nuevo plazo, en este caso de un mes; y 4ª) La inactividad de la Administración, Ayuntamiento y, por subrogación, la citada Comisión, concretada en la falta de notificación al interesado de acuerdo expreso; y, por lo que respecta a la licencia de apertura, y dado el carácter de actividad cualificada que corresponde a la de autos, que hace inaplicable lo dispuesto en el referido artículo 9 del Reglamento de Servicios, es operativo el 33.4 del de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de Noviembre de 1961, que exige un plazo de cuatro meses desde que la solicitud se produzca y la de otros dos contados desde el día en que se denuncie la mora a la Administración una vez transcurrido aquél, porque, en contra de la interpretación que de tal precepto hace el recurrente, el término "podrá", que pudiera parecer potestativo en cuanto a dicha denuncia se refiere, resulta enteramente obligatorio para producir la consecuencia del también "poder" considerar otorgada la licencia, de forma que sin utilizar la posibilidad primera no hay término hábil para llegar a la segunda (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1971, 23 de Diciembre de 1980 y 7 de Abril de 1982); por otra parte, si bien es cierto que una primera tendencia jurisprudencial establecía que el silencio positivo sustituye el acto expreso a todos los efectos, pues, aun reconociendo los perjuicios que puede irrogar a la Administración, opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, porque transcurrido éste sólo le queda el instrumento de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendrará derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no puede revocarlo de oficio, sino a través de la lesividad, principio programático de ineludible observancia (sentencia de 20 de Mayo de 1966, confirmando la doctrina de otras anteriores), una segunda corriente (sentencia 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 resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la Ley, y aun 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 solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esas autorizaciones o aprobaciones 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 nunca o sería radicalmente nulo si lo hubiera concedido; y el artículo 178.3 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 jurídico; y contra la afirmación de las resoluciones citadas en el sentido de que las obras y actividades contenido de las licencias pretendidas conculcan la normativa prevista en el Plan Urbanístico que rige en la zona, no se ha producido la más mínima prueba, por lo que, por aplicación del principio del favor actis o de presunción de legalidad de los actos administrativos, ha de estimarse que, en efecto, los permisos solicitados no pueden ser otorgados por contravenir el planeamiento vigente.

**CONSIDERANDO:** Que, como inexorable consecuencia de lo anteriormente expuesto, resulta obligado concluir que las obras realizadas y la actividad del establecimiento carecen de la oportuna cobertura legal y, por ende, que el Decreto recurrido se ajusta a Derecho.

**CONSIDERANDO:** Que en manera alguna obsta a la legalidad del acuerdo impugnado el hecho de que el recurrente viniera satisfaciendo determinados impuestos municipales o hubiera obtenido otros permisos de la Administración Central, pues, como constantemente ha declarado el Tribunal Supremo, el pago de estos impuestos no significa ni que la licencia esté concedida ni que por ello deba concederse, pues aquellos gravan la realización del hecho de la actividad con independencia de su legalidad o ilegalidad, sin prejuzgar su concesión ni vincular al Ayuntamiento para que se otorgue (sentencias, entre otras

muchas, de 7 de Abril y 22 de Septiembre de 1982), y la autorización y los actos de la Administración Central no prejuzgan, sustituyen ni enervan las potestades administrativas municipales, pues se trata de supuestos en los que se produce una superposición de competencias, o de competencias concurrentes o compartidas, lo que hace que la definitiva autorización revista la naturaleza de acto complejo o, mejor aún, de acto múltiple, no pudiendo considerarse lograda aquélla sino hasta que concurren todas las que individualmente tengan que obtenerse (sentencia de 22 de Enero del mismo año).

**CONSIDERANDO:** Que ante la petición de que los daños y perjuicios ocasionados al actor con motivo de la clausura del establecimiento, que se formula en la demanda, opone la defensa del Ayuntamiento la imposibilidad legal de dicha solicitud con base en que no se hizo previamente en vía administrativa; pero para rechazar esta objeción basta decir que si bien la Ley de Régimen Local y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en sus artículos 411 y 381, respectivamente, imponen la reclamación previa en la vía gubernativa, y en igual sentido se pronuncia la Ley de Expropiación Forzosa, aplicable a todas las Administraciones Públicas, en su artículo 122, posteriormente fue acogida la tesis (sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 26 de Marzo de 1973 y 7 de Febrero de 1981) de que la promulgación de la Ley de la Jurisdicción ha modificado esta normativa, porque sus artículos 42 y 84 c) hacen viable siempre en el proceso la petición indemnizatoria sin necesidad de esa previa reclamación, por tratarse de un elemento constitutivo de la especie concreta de pretensión tendente a obtener, como secuela del acto impugnado, el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, tesis que, por otra parte, ya es plenamente acogida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que convierte la antigua necesidad de reclamación previa en una simple facultad de opción del administrado, que puede acudir directamente a la vía jurisdiccional.

**CONSIDERANDO:** Que, no obstante, la referida petición no puede ser acogida, pues no es posible, jurídicamente hablando, otorgar el derecho a una indemnización sin responsabilidad de la entidad a quien se reclama, y ésta no ha procedido a revocar una licencia en virtud de la adopción de nuevos criterios o por error en su otorgamiento, supuestos a los que se refiere el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y que no concurren en el caso de autos, en el que si bien es verdad que el recurrente ha tenido perjuicios como consecuencia del cierre del establecimiento, su existencia obedece a su propia culpa, ya que no debió iniciar su actividad sin contar previamente con la oportuna licencia (sentencia de 23 de Diciembre de 1980); es decir, es premisa del derecho a indemnización en los supuestos de clausura de establecimientos el haber obtenido la debida autorización de la autoridad municipal para el ejercicio de la actividad de que se trate, autorización que, como ha quedado reiteradamente expuesto, falta en este caso (sentencia de 7 de Octubre de 1981).

**CONSIDERANDO:** Que no se estima la existencia de los motivos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. J. A. R., en nombre de D. J. A. S., contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 13 de Mayo de 1982, por el cual se ordena el cese de la actividad que desarrollaba de pistas de Karting y bar en el establecimiento ubicada en el enlace de la Autopista con la carretera de El Arenal (Can Pastilla; Ses Fontanelles), debemos declarar y declaramos que tal acto administrativo se ajusta a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

**97. OBRAS ILEGALES INFRINGIENDO LA LICENCIA OTORGADA.** Demolición. Medidas de protección de la legalidad urbanística. Doctrina general. Prescripción. La potestad de demolición caduca con el transcurso del tiempo señalado en la L.S. Inactividad de la Administración. La demolición es medida extrema. Principio de proporcionalidad de la sanción. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, como ya se ha dicho en otras sentencias de esta Sala, las medidas de protección de la legalidad urbanística establecidas en los arts. 184 y 185 de la Ley del Suelo que se denominan respectivamente, suspensión y demolición, aunque puedan acordarse en un solo expediente o procedimiento administrativo, ya que la demolición ha de ser precedida de suspensión notificada o de requerimiento, están claramente diferenciadas en la Ley, no sólo por lo indicado de que la de demolición no tiene necesariamente que ser precedida de suspensión, como ocurre en el supuesto del artículo 185-1, sino fundamentalmente por su propio fundamento y naturaleza jurídica, que, a su vez, determina las competencias para el ejercicio de una y otra facultad de intervención en la edificación y uso del suelo, pues mientras la suspensión se configura de igual modo que la licencia, como un acto de control preventivo público al ejercicio de ciertas actividades aun cuando sean manifestaciones de derechos civiles, pero a diferencia de ella, como provisional, en cuanto no decide la legalidad o ilegalidad de aquel ejercicio, al ser sólo consecuencia de su ausencia o de la infracción de sus condiciones, la demolición, en cambio, se configura como un acto definitivo al deber fundar en una comprobada infracción de las normas del régimen del suelo y ordenación urbana, que impide el otorgamiento de la licencia legitimadora o constituida por la omisión consciente del deber urbanístico de solicitar la licencia en el plazo otorgado por requerimiento a este efecto o notificación de suspensión, y además, en que tales infracciones no puedan ser subsanadas por el transcurso del plazo de prescripción; por cuya razón de ser el uno acto provisional y el otro acto definitivo, la Ley otorga la competencia del primero al Alcalde o Gobernador Civil y del segundo a la Corporación Municipal, sin perjuicio de la subrogación que permite el art. 184.4 en caso de inactividad en tan importante competencia urbanística.

CONSIDERANDO: Que por tales razones no puede admitirse el argumento empleado por la Corporación demandada al desestimar el recurso de reposición y después repetido en la contestación en la demanda, de que no cabe invocar la prescripción contra el acuerdo de demolición, al no haberse utilizado contra la resolución o decreto del Alcalde de suspensión, ya que, además, tal conclusión iría contra las reglas o principios generales que norman la actividad administrativa (S.S. del Tribunal Supremo de 15 de Noviembre de 1974, 26 de Octubre, 21 de Noviembre de 1975, 9 de Mayo de 1978, 25 de Junio de 1979, 13 de Junio de 1980 y 6 de Julio de 1981), entre los que destaca la aplicabilidad de la prescripción como límite o tope a la actividad sancionadora de la Administración que, al no estar regulada en la legislación anterior, dió lugar a Jurisprudencia contradictoria sobre el plazo, por lo que precisamente, para corregir tal deficiencia, el actual texto Refundido lo estableció en un año en sus arts. 185 y 235, tal como explica su Exposición de motivos con las palabras: "... se amplian los supuestos de demolición de obras a las que ya estuvieran ejecutadas, siempre que no hubiera transcurrido mas de un año desde su terminación..." (hoy cuantro en virtud de lo dispuesto en el art. 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de Octubre); razones todas por las que mas modernas Sentencias del Tribu-

nal Supremo admiten el plazo de la prescripción "como medida de protección de la seguridad jurídica" (Sentencia de 3 de Noviembre de 1980), quedando extinguidas aquellas postestades o acciones, por su transcurso, por lo que comporta la legalización de la obra, sin posibilidad de imponerse al interesado nueva legalización o la demolición (Sentencia de 11 de Mayo de 1982), computandose el plazo desde la terminación total de la obra (Sentencia de 15 de Abril, 23 de Septiembre y 19 de Octubre de 1981).

CONSIDERANDO: Que en el presente caso, este plazo ha de ser computado desde que transcurrieron los dos meses otorgados por la notificación de la suspensión al interesado acordada por Decreto de la Alcaldía de 25 de Junio de 1980, para solicitar la oportuna licencia, pues entonces, como se infiere claramente del acta de los celadores y del informe del aparejador municipal consiguiente a inspección realizada (folio 1 y vuelto del expediente), ya habían sido terminadas las obras que se denunciaban y que fueron objeto de una inútil suspensión y de la consiguiente orden de demolición, terminación que, por otro lado; se pone también de manifiesto del conjunto de la prueba practicada en los autos, aunque despues se realizara la subida de una pared medianera; autorizada en la licencia independiente de 21 de Octubre de 1981 y aunque se pudiera sospechar que el porche denunciado construido sobre la cubierta del primer piso, estuviera destinado a algo más que porche, como aparece en el reconocimiento judicial, corriendo desde entonces el plazo de un año (anterior a la vigencia del citado Decreto Ley 16/1981, de 16 de Octubre, que lo elevó a cuatro), cumplido de sobra, cuando empieza la actuación municipal determinada por la omisión de no haber solicitado la licencia en el plazo de dos meses concedido (informes de la Policía y Celador Municipales o los folios 23 y 26 del expediente de los días 17 y 30 de Abril de 1982), pues como dice la sentencia citada del T.S. de 14 de Julio de 1981, pasado ese tiempo "el Ayuntamiento carecía de facultades para ello (para acordar la demolición) por haber transcurrido con exceso el plazo de habilitación legal"; conclusión ésta que se deriva también del contenido del párrafo 4 del propio art. 184, pues en él se dispone la pérdida de la competencia del Ayuntamiento para acordar la demolición por su inactividad en el tiempo, pues "si el Ayuntamiento no procediera a la demolición en el plazo de un mes contado desde la expiración del término al que se refiere el número precedente (el de dos meses desde la suspensión), o desde que la licencia fuese denegada por los motivos expresados, el Alcalde o el Gobernador Civil *dispondrá* directamente dicha demolición".

CONSIDERANDO: Que la misma conclusión se impone por la aplicación de la doctrina legal sobre interpretación de los preceptos determinantes de la demolición, pues con arreglo a una reiterada de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, establecida al aplicar el art. 171 de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956, hoy concordante con el 184 del Texto Refundido de dicha Ley de 9 de Abril de 1976 la demolición de obras ejecutadas sin licencia o infringiendo la otorgada, constituye una medida excepcional o extrema, que ha de ser aplicada mediante una interpretación de la norma lo mas restrictiva posible, para no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir, medida excepcional o extrema, que por su gravedad y trascendencia, única y exclusivamente puede estimarse como procedente cuando se utilice como fundamento de la misma, una expresa referencia a las normas urbanísticas cuya acreditada vulneración impida la legalización de las referidas obras (Sentencias de 26 de Junio, 27 de Diciembre de 1974, 17 de Marzo de 1978, 17 de Junio de 1980 y 27 de Febrero, 11 de Marzo, 10 de Octubre y 23 de Noviembre de 1981); por lo que apareciendo de la prueba pericial practicada a instancia de la actora que no hay aumento volumétrico con las obras realizadas y haciendo constar los peritos dictaminantes a instancia de la propia demandada que aunque se trata de edificio anterior a las vigentes ordenanzas municipales, sólo implica respecto a ellas, un ligero aumento de superficie (2,52 metros cuadrados) y un ligero aumento de volumen (4,41 metros cúbicos), sin que las obras realizadas presupongan consolidación y aunque supongan modernización, no sufre incremento el valor de expropiación, aparece evidente la inexistencia de clara vulneración de la normativa urbanística, constituida en el presente caso por el art. 60-1 de la vigencia Ley del Suelo, que nos lleva a estimar la improcedencia de demoler obras que podrían ser legalizada y que además, han prescrito por la inactividad de la Administración durante el plazo señalado en la Ley.

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

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. S. F. C. contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 2 de Junio de 1982 que le ordenó la demolición de obras realizadas en inmueble sito en calle Son Campos, 34 de esta ciudad y contra el acuerdo de la misma Comisión de 17 de Noviembre del mismo año que le desestimó reposición del anterior, debemos declarar y declaramos tales actos contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los anulamos, sin hacer declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Arerlo).

## 100

**100. LICENCIA APERTURA VIAL.** Parcelación rústica. Doctrina General sobre divisiones de fincas rústicas. Núcleo urbano. Cumplimiento de la legislación agraria. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 2 de Junio y 20 de Octubre de 1982, desestimatorio éste del recurso de reposición interpuesto contra el primero, por los que se deniega al hoy recurrente la licencia de apertura de vial en la finca Belldeport, toda vez que esta apertura encaminada a la formación de una parcelación no permitida por el artículo 96 de la Ley del Suelo, tratándose como se trata de suelo rústico, conforme el artículo 222 de las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones.

**CONSIDERANDO:** Que, como resulta claramente del expediente administrativo (solicitud de licencia y memoria y planos del proyecto), la licencia interesada no tiene por objeto una mera "apertura de vial", sino una parcelación rústica de secano, de la que forma parte la apertura de vial para dar acceso a las diferentes parcelas a formar.

**CONSIDERANDO:** Que con arreglo a tales premisas, es indudable que nos encontremos en el supuesto previsto en el artículo cuarto del Real Decreto Ley 16/1981, de 16 de Octubre, cuando dispone que se considera como suelo no urbanizable el suelo calificado como rústico por los Planes Generales y Normas subsidiarias de Planeamiento, aun no adaptados, calificación ésta de suelo no urbanizable que obliga a imponer a la solicitud de licencia del recurrente todas las limitaciones que la vigente Ley del Suelo prevé para los suelos así calificados en los Planes adaptados, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1981, siguiendo la doctrina de la de 24 de Marzo del mismo año, la perpetuación del régimen jurídico del suelo anterior parece lógicamente referido a los supuestos de suelo urbano, ya que tal calificación viene condicionada a su inclusión o incorporación a un perímetro de delimitación, no incidiendo directamente sobre los terrenos rústicos, o no urbanizables según la nueva terminología, siéndoles por ello aplicables las previsiones y limitaciones prescritas en la Ley reformada en toda su amplitud.

**CONSIDERANDO:** Que como ya se dijo en otras sentencias de esta Sala, como las de 3 de Noviembre de 1982 y 6 de Mayo, 10 y 29 de Octubre de 1983, sentada esta calificación de suelo no urbanizable, y como quiera que en él se pretende realizar por el recurrente la división de parte de la finca de su propiedad en varias independientes, se hace preciso recordar que toda operación técnica de división de suelo, que como ejercicio del derecho de propiedad es lícita en derecho civil, el cual le da acceso al Registro de la Propiedad generalmente bajo la forma de segregación de fincas menores de la finca matriz, está sometida sin embargo a intervención administrativa determinada por las exigencias del interés social en el régimen del suelo y en la ordenación urbanística, y por ello la Ley que regula esta intervención administrativa distingue en esa operación material y jurídica de división de fincas dos especies contempladas en los artículos 85.1.4º y 94.1 de la vigente Ley del Suelo, que la denomina, en el primero, divisiones, segregaciones o fraccionamientos, y, en el segundo, parcelación urbanística, siendo la segunda subespecie de la primera, en el sentido de que aquella división simultánea o sucesiva (segregación) será parcelación urbanística cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población y, además, será ilegal cuando sea contraria a lo establecido en el Plan, Programa o Norma Urbanística o no haya sido previamente aprobado el Plan General o Parcial, tratándose de suelo urbano o urbanizable, e ilegal, también, con Plan o sin Plan, cuando se trata de suelo no urbanizable, hasta tanto no se modifique su calificación urbanística, tal como resulta de la conjugación de los artículos 94 y 96 de la Ley; mientras que, por el contrario, los fraccionamientos de propiedades en suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable en virtud de transferencias, divisiones o segregaciones que no puedan dar lugar a la constitución de un núcleo de población, sólo están sometidas a la legislación agraria (artículo 81.1.4º, en relación con el 86.1).

**CONSIDERANDO:** Que de todo ello resulta evidente que para determinar si un proyecto de división o fraccionamiento de finca situada en terreno no urbanizable o urbanizable no programado es o no ilegal, hay que atender a la posibilidad de que tal proyecto pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, para evitar que una finca rústica, integrada en suelo de esta naturaleza, se convierta en un asentamiento de tipo residencial y netamente urbano (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1978), pues, como dice la de 30 de Enero de 1979, no cabe admitir que bajo el disfraz de actos particulares de parcelación se ejecuten urbanizaciones sin atenerse al procedimiento dispuesto; pero como quiera que el legislador no ha definido expresamente lo que hay que entender por "núcleo de población", sino que se limita a decir en el artículo 94.1 que "se considera parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a un núcleo de población, *en la forma en que éste se define reglamentariamente*" (el subrayado es nuestro), y como quiera también que el Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2.159/1978, se limita a ordenar entre las determinaciones que deben contener los Planes Generales Municipales de Ordenación, en suelo urbanizable no programado, la "definición, a efectos de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley del Suelo, del concepto de núcleo de población, con base en las características propias del Municipio, estableciendo las condiciones objetivas que den lugar a su formación", es claro que deja su definición, en cada caso, al Plan General Municipal, que en el supuesto que nos ocupa no existe aún, por lo que habrá que determinar su concepto buscando su finalidad o "mens legis" en los preceptos que lo mencionan, tales como el artículo 85.1, limitaciones 1ª, 2ª, 3ª y el propio artículo 94.1, de los que se deduce que núcleo de población es contrario a finalidad agrícola y a edificaciones aisladas, correspondiendo a edificaciones características de las zonas urbanas.

**CONSIDERANDO:** Que los terrenos de que se trata, según el Plan General de Ordenación Urbana, están clasificados como zona de Cintura, Título 31 de las Ordenanzas Municipales, cuyo artículo 224 especifica que la superficie de parcela mínima es de 7.000 metros cuadrados (certificación del folio 129 y texto de las referidas Ordenanzas incorporado a los autos); e independientemente de lo expuesto en los anteriores Considerandos, no puede olvidarse que la petición de la parte actora se refiere a la apertura de un vial y a la división de la finca en otras fincas rústicas menores de, al menos, la superficie indicada, para ser cultivadas conforme a su destino, por lo que es inadmisibles la afirmación, conte-

nida en los acuerdos recurridos, de que "no cabe duda de que las obras solicitadas no van encaminadas y destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la íntegra finca, donde se proyectan aquellas obras", porque, además, si en otra etapa posterior se pide la licencia de edificación —distinta de la de parcelación— de edificios aislados destinados a vivienda familiar, naturalmente sobre la base de una parcelación no urbanística, única admisible en suelo calificado de no urbanizable, es cuando habrán de seguirse los trámites previstos en los preceptos citados en el acuerdo: 85 y 96, en relación con el 43.3, de la Ley del Suelo, y 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística, pero no ahora, en que sólo se pide la apertura de un vial y la división de la finca en otras rústicas menores.

**CONSIDERANDO:** Que por consiguiente, sobre estas bases, resulta también evidente que la división de una finca rústica en otras más pequeñas, pero de suficiente extensión para que las edificaciones que en ellas se puedan realizar queden totalmente aisladas (artículo 85, limitación 3ª) y que estén destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca, aunque también caben edificios aislados destinados a vivienda familiar (limitación 2ª), debe ser permitida, siempre que la extensión de las parcelas consiguiente a la división o fraccionamiento, sea la suficiente para no impedir el destino agrícola al que están supeditadas, pues "no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria" (limitación 4ª, artículo 85), constituida en la actualidad por los artículos 43 al 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto aprobado por Decreto 118/1973 de 12 de Enero, que concretamente en su artículo 44.1 establece que "la división o segregación de una finca rústica solo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo", la que fué fijada, para cada una de las provincias españolas, por delegación legal, en Orden de 27 de Mayo de 1958 (Ministerio de Agricultura), correspondiéndole a Baleares en toda la provincia 1,50 hectáreas para secano y 0,20 hectáreas para regadío, equivalentes a 15.000 y 2.000 metros cuadrados respectivamente; razón ésta última por la que, en anteriores sentencias de esta Sala, se estimaron como permisibles parcelaciones en suelo rústico de regadío o de secano que no sobrepasaban los límites establecidos, respectivamente, por la citada orden, vigente, mientras no sea modificada o derogada y por la que, en la presente ocasión, se estima procedente la desestimación del recurso interpuesto, en cuanto que la división solicitada, por la extensión de las parcelas resultantes, vulnera la limitación 4ª del artículo 85 de la Ley del Suelo al pretenderse fraccionar en contra de la legislación agraria que, a pesar de lo alegado por el recurrente, debe prevalecer sobre lo dispuesto en una ordenanza municipal anterior a la Ley del Suelo, pues, como ya se dijo anteriormente, "se considera como suelo no urbanizable el suelo clasificado como rústico por los Planes generales y normas subsidiarias de planeamiento municipal, aun no adaptados. Su régimen urbanístico será el establecido en el artículo 86 de la Ley del Suelo" (artículo 4 del citado Real Decreto-Ley 16/1981 de 16 de Octubre), el que se remite a las limitaciones del artículo 85.

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

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. G. B. S., en nombre de D. R. P. N., contra los Acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 2 de Junio y 20 de Octubre de 1982, desestimatorio este último del recurso de reposición formulado contra el primero, por los que se deniega a aquél la licencia de apertura de un vial en la finca Belldeport, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos se ajustan a Derecho y, en consecuencia, los confirmamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

## C. INDICE ANALITICO

- Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas**  
 Licencia de traslado instalación y funcionamiento, 87  
 Vicios de Procedimiento, 87
- Aguas**  
 Autorización explotación pozo, 77
- Anulación**  
 Liquidación tributaria, 103
- Base imponible**  
 Contribuciones especiales, 92
- Bonificaciones**  
 Tasa licencia obra, 72
- Competencia jurisdiccional, 62**
- Competencia técnicos, 63**
- Concesiones**  
 Autorización de servicios privados de interés público, 108.
- Contribuciones especiales**  
 Alumbrado público, 74  
 Encintado acera, 92  
 Pavimentación calles, 92
- Dominio público**  
 Construcciones en zona marítimo-terrestre, 93
- Cuestiones sobre declaración: competencia de la jurisdicción ordinaria, 107
- Elecciones locales, 70**
- Exenciones**  
 Impuesto municipal sobre solares, 64.  
 Por regulación fiscal, 89
- Farmacias**  
 Licencia de apertura, 62  
 Concepto de núcleo de población, 62.
- Fondo de Garantía Salarial**  
 Exclusión representantes de comercio, 90
- Funcionarios**  
 De la Administración Local, 66, 105 y 110.  
 Del Cuerpo Técnico Señales Marítimas, 81  
 Jubilación, 66  
 Opción en relación a la cotización a la S.S., 66
- Hecho Imponible**  
 Impuesto sobre solares, 64  
 Impuesto Trafico de Empresas, 76.
- Impuesto**  
 Incremento valor terrenos, 103.  
 Industrial, 94.

- Rentas de Capital, 89
  - Solares, 64
  - Trafico de empresas, 76
- Inadmisibilidad del recurso, 98 y 107
- Inconstitucionalidad, 89
- Insalud
  - Especialidades, 83
- Interpretación
  - Normas tributarias, 89
- Jerarquia de normas, 89
- Jurisdicción contencioso-administrativa
  - Naturaleza, 74
- Licencia apertura, 96
- Licencia fiscal
  - Actividades comerciales e industriales, 94
- Licencia obras
  - Acreditación de propiedad, 67
  - Apertura de viales, 79, 100 y 104
  - Cesación de efectos, 106
  - Explotación canteras, 98
  - Obras ilegales que la infringen, 97
  - Obras mayores, 63
  - Prórrogas, 84
- Notificaciones
  - Defectuosas, 71
  - De liquidación tributaria, 103
- Peritos
  - Preferencia mayor número de peritajes y de informes municipales, 86, 88
- Planes de urbanismo
  - Aprobación inicial Plan Parcial, 102
  - Aprobación definitiva Plan Parcial
  - Naturaleza
  - Vigencia Plan Provincial, 65
- Propiedad industrial
  - Identidad de marcas, 78
- Responsabilidad de la administración
  - Prescripción de la acción, 82
  - Daños permanentes y continuados, 82
  - No hay indemnización si la actividad se inicia sin licencia, 96
- Sanción laboral
  - Facultad del Tribunal para rebajar la multa, 80
  - Principio de Proporcionalidad, 80
  - Valor actas de Inspección Trabajo, 91
- Señales de seguridad
  - Mantenimiento a cargo del Municipio, 68
- Sujeto pasivo
  - Licencia fiscal Impuesto Industrias, 94

**Suspensión de acuerdos**

Plazo para trasladar el acuerdo a la Jurisdicción cuando el acto afecta a competencias Estatales o invade competencias ajenas, 85

**Tasa**

Licencia de Obras, 72

**Urbanismo**

Declaración de ruina, 88

Demolición obras, 95, 97, 101, 107

Denegación legalización obras, 109

Divisiones de Fincas, 73, 100, 104

Núcleo de población, 73, 79, 104

Parcelaciones rústicas, 72, 79, 100 y 104

Ruina económica y técnica, 86

## II. SALA DE LO CIVIL (1)

### A. INDICE CRONOLOGICO

175. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Letra librada y ejecutada por el suegro de acreedor causal. Letra en blanco. Doctrina del T. S. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 13 de septiembre de 1983\**.
176. **Daños y perjuicios.** Filtraciones provenientes de la finca vecina. Análisis de la prueba y determinación causal. *Sentencia de 14 de septiembre de 1983.*
177. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria. Cuidado del hijo del matrimonio. Consideración de la edad del mismo. No impide la atribución de su guarda a la madre el que ésta trabaje fuera del hogar. *Sentencia de 14 de septiembre de 1983.*
178. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 15 de septiembre de 1983.*
179. **Propiedad horizontal.** Obligación de contribuir a los gastos comunes. La cesión provisional de una parte determinada a la comunidad para destinarla a vivienda del portero no excusa tal obligación legal. *Sentencia de 16 de septiembre de 1983.*
180. **Separación matrimonial.** Carga de la prueba. Presunciones. *Sentencia de 20 de septiembre de 1983.*
181. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Es oponible a tercero de mala fé o que intervino directa o indirectamente en el contrato subyacente. Supone improvisión la no liberación pactada de gravámenes que afectan a la finca vendida. *Sentencia de 21 de septiembre 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.

182. **Daños y perjuicios.** Lesiones producidas por desprendimiento de un poste para la práctica del baloncesto en zona deportiva municipal. Incompetencia de jurisdicción. Competencia de la ordinaria. Examen del régimen jurídico regulador de la materia. Inexistencia de defecto legal en la forma de proponer la demanda. *Sentencia de 22 de septiembre de 1983\**.
183. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Ineficacia del ofrecimiento de pago posterior al requerimiento resolutorio. Incongruencia. *Sentencia de 22 de septiembre de 1983.*
184. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Maniobras de fortuna o emergencia. Estimación de la oposición como motivo de nulidad. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983\**.
185. **Compraventa mercantil.** Novación en depósito. No la supone la carta conminatoria al pago de la mercancía o a su devolución. Falta de "animus". *Sentencia de 26 de septiembre de 1983.*
186. **Daños y perjuicios.** Deterioros en vivienda alquilada causados por tercera persona autorizada por la arrendataria para introducirse en ella. Obligaciones del arrendatario. Culpa "in vigilando" e "in eligendo". Fuerza mayor y caso fortuito. Estimación de la demanda. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983\**.
187. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Falta de voluntad rebelde y de cumplimiento por parte del accionante que impide el éxito de la demanda. *Sentencia de 27 de septiembre de 1983.*
188. **Juicio ejecutivo cambiario.** Simulación relativa materializada en hacer figurar como tomador a un testaferro. Nulidad de la cláusula valor recibido: intranscendencia. Desestimación de los motivos de oposición. *Sentencia de 28 de septiembre de 1983.*
189. **Daños y perjuicios.** Accidente de circulación. *Sentencia de 28 de septiembre de 1983.*
190. **Daños y perjuicios.** Accidente de circulación. *Sentencia de 30 de septiembre de 1983.*
191. **Simulación.** Análisis de la prueba de la que se deduce. *Sentencia de 30 de septiembre de 1983.*

192. **Responsabilidad decenal.** Prescripción; inexistencia. Innecesidad de demandar al vendedor de materiales defectuosos. Concepto de ruina. *Sentencia de 30 de septiembre de 1983.*
193. **Prescripción.** Interrupción por reclamación extrajudicial. Es prueba de la misma la fotocopia de una copia de carta dirigida al demandado y sellada, la copia, por ella. Interpretación restrictiva de la prescripción. Culpa extracontractual. Costas. Temeridad a la que no se obsta fueran acordadas diligencias para mejor proveer. *Sentencia de 5 de octubre de 1983.*
194. **Tercería de dominio.** No es prueba del dominio del tercerista las facturas de compra y las garantías. Derecho Balear: interpretación del artº 3º de la Compilación. Condominio y fines esenciales del matrimonio. Posesión de bienes muebles: su subordinación a la posesión del inmueble en que estén instalados. *Sentencia de 5 de octubre de 1983\*.*
195. **Alimentos.** Exclusión del derecho a ellos de los hijos mayores de edad. *Sentencia de 6 de octubre de 1983.*
196. **Separación matrimonial.** *Sentencia de 6 de octubre de 1983.*
197. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de causa. Desestimación de este motivo de nulidad. Las cuestiones relativas al cumplimiento del contrato causal rebasan los límites del juicio ejecutivo. *Sentencia de 7 de octubre de 1983.*
198. **Daños y perjuicios.** Acción indemnizatoria. Prescripción: interrupción mediante requerimiento notarial de mandatario verbal del perjudicado. Culpa in vigilando e in eligendo: solidaridad. Doctrina del T.S.- Cosa Juzgada: no la supone el fallo penal que predica la existencia del hecho. *Sentencia de 7 de octubre de 1983\*.*
199. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas. Diferencia entre "consentimiento" y "conocimiento". Doctrina del T.S.. Descripción de la obra no autorizada. Estimación de la demanda. *Sentencia de 10 de octubre de 1983.*
200. **Separación matrimonial.** Malos tratos. Prueba testifical: valoración de la misma. *Sentencia de 11 de octubre de 1983.*
201. **Separación matrimonial.** Pensiones alimenticias y compensatorias.

*Sentencia de 11 de octubre de 1983.*

202. **Divorcio.** Cuidado de los hijos que habían quedado a cargo de la madre durante los ocho años anteriores a la disolución. Criterio de estabilidad. *Sentencia de 11 de octubre de 1983.*
203. **Ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. No es óbice la no realización de maniobras de fortuna por el conductor demandado. Supuestos en que tales maniobras son exigibles. Exceso de velocidad: no resulta probado por un sedicente informe pericial fundado en declaraciones de una parte, datos estadísticos y testimonio de un solo testigo. Vía adecuada para hacer valer la excepción. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 13 de octubre de 1983\*.*
204. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: requisitos para su concesión. Obsta a ella el que la postulante viviera con independencia desde que se produjo la ruptura de la convivencia, muy anterior, y la relación estable con varón lo que es causa extintiva de la acaso concedida e impeditiva del nacimiento del derecho a ella. *Sentencia de 13 de octubre de 1983\*.*
205. **Arrendamiento de obras.** Determinación pericial del precio. Dictámenes contradictorios. Valoración de los mismos por el Tribunal. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*
206. **Pago.** Incumbe al demandado probar que los talones entregados al actor lo fueron como medio solutorio de las letras que reclama. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*
207. **Divorcio.** Pensión alimenticia a favor de los hijos al cuidado de la madre. Actividad laboral de la misma. Necesidad de que la pensión compense las atenciones de que por causa de su ocupación la madre no puede dispensar a aquellos. Pensión compensatoria. Improcedencia. *Sentencia de 20 de octubre de 1983\*.*
208. **Juicio ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 20 de octubre de 1983.*
209. **Juicio de desahucio.** Calificación del contrato: arrendamiento de temporada. *Sentencia de 24 de octubre de 1983.*
210. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso. Doctrina del T.S. sobre régimen de carga de la prueba. Alegación de que

- el tercero se ha introducido en el local merced a un contrato de trabajo probado documentalmente. Necesidad de probar que tal documentación no es simulada. La presunción que surge de dicho contrato cede ante la de traspaso cesión o subarriendo. Estudio de la prueba y estimación de la demanda. *Sentencia de 24 de octubre de 1983\**.
211. **Divorcio.** Pensión compensatoria. Factores a tener en cuenta para su concesión. *Sentencia de 27 de octubre de 1983\**.
212. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Prohibición gubernativa de usar los objetos adquiridos mediante las letras. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*
213. **Separación matrimonial.** Aspectos económicos. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*
214. **Separación matrimonial.** Alcoholismo: carece de entidad causal cuando el cónyuge afectado está rehabilitado o precisa del ambiente familiar para lograr su curación. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*
215. **Separación matrimonial.** Régimen de visitas. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 28 de octubre de 1983.*
216. **Separación matrimonial.** Alimentos. Las ayudas de los padres a uno de los cónyuges tienen el carácter de liberalidad, siendo intrascendentes en orden a la fijación de aquéllos. *Sentencia de 28 de octubre de 1983.*
217. **Separación matrimonial.** Constituye causa remitir los efectos personales de la esposa a la ciudad en que se hallaba para atender a una hija habida de unión anterior. Pensión compensatoria. *Sentencia de 31 de octubre de 1983.*
218. **Contratos.** Nulidad. Va contra sus propios actos quien impugna un contrato de arrendamiento cuyas rentas había percibido con anterioridad. Subrogación mortis causa: el legado del negocio instalado en el local no desvirtúa el carácter de heredero testamentario del subrogado. *Sentencia de 2 de noviembre de 1983.*
219. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo. Legitimación activa del

- fiador que paga por el deudor principal. Acciones que le asisten: de reembolso, en base a la fianza, y subrogatoria, a partir de la relación acreedor originario-deudor principal. Acción ejecutiva cuando se utiliza la segunda posibilidad. *Sentencia de 2 de noviembre de 1983\**.
220. **Juicio ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 3 de noviembre de 1983.*
221. **Separación matrimonial.** Alimentos. *Sentencia de 3 de noviembre de 1983.*
222. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falsedad del título. La constituye la aceptación de la cambial por el gerente de una compañía sin la concurrencia de las demás personas que se indican en los estatutos sociales. Intranscendencia de la vía de oposición elegida (se subraya en la sentencia que lo alegado constituye motivo de nulidad del n° 1 del art° 1.467). *Sentencia de 3 de noviembre de 1983\**.
223. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Contrato causal resuelto inicialmente por incumplimiento y posteriormente rehabilitado. Existencia de provisión. *Sentencia de 4 de noviembre de 1983.*
224. **Juicio ejecutivo cambiario.** Timbre. Adición de timbres móviles. Legislación aplicable. Fraccionamiento de pagos y disminución del impuesto: adición de las bases correspondientes. Interpretación restrictiva de tales excepciones. *Sentencia de 5 de noviembre de 1983\**.
225. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo. Condiciones de la misma que permiten sea declarada vencida en caso de temor fundado de impago. Suspensión de pagos del deudor. *Sentencia de 8 de noviembre de 1983.*
226. **Juicio ejecutivo cambiario.** Pluspetición. Complejidad contable y jurídico material que rebasa los cauces de esta clase de procedimientos. Pericial contable de la que resulta un saldo muy inferior al reclamado. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 8 de noviembre de 1983\**.
227. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de mención del lugar de creación

- del efecto. Nulidad del juicio. *Sentencia de 9 de noviembre de 1983.*
228. **Juicio ejecutivo.** Naturaleza de estos procedimientos. Póliza de afianzamiento. Pago por el fiador de la cantidad límite. Cantidades adeudadas por la acreditada que exceden de tal límite. Improcedencia del proceso elegido. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 9 de noviembre de 1983\*.*
229. **Juicio ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 10 de noviembre de 1983.*
230. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pago hecho al librador no tenedor del efecto. Intranscendencia cambiario. *Sentencia de 10 de noviembre de 1983\*.*
231. **Separación matrimonial.** Alimentos *Sentencia de 11 de noviembre de 1983.*
232. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Título que no individualiza al conductor del vehículo causante. Renuncia de la indemnización en el proceso penal. Artº 10 del Texto Refundido, en relación con el 109 de la L.E. Cr.. Falta de cobertura por la póliza. *Sentencia de 11 de noviembre de 1983.*
233. **Separación matrimonial.** Su planteamiento por vía contradictoria obliga a resolver las causas en que se funde, aunque el cónyuge demandado acceda a la separación una vez iniciado el proceso. Conducta vejatoria. Sentido amplio y concepto. Pensión compensatoria. *Sentencia de 14 de noviembre de 1983\*.*
234. **División de cosa común.** Fincas legalmente indivisibles de cuya agrupación resulta otra divisible. Venta en pública subasta al suponer su división un desmerecimiento a lo que no opone la explotación de aquélla por uno de los condóminos. Medidas provisionales de separación en virtud de las que dicha explotación fue concedida a la esposa condómina. Rechace de que continúe tal explotación para el supuesto de venta la cual supone una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en aquel expediente. Establecimiento de una pensión sustitutoria de los frutos. *Sentencia de 15 de noviembre de 1983.*

235. **Pago.** No lo supone la transferencia de una cantidad inferior a la adecuada que fue expresamente rechazada. Propiedad horizontal. Recargos por mora expresamente previstos en los estatutos. Validez. *Sentencia de 16 de noviembre de 1983.*
236. **Arrendamiento de obras.** Reclamación del precio de obras extraordinarias cuyo encargo no se concretó documentalmente en contra de lo previsto al respecto en el contrato base: es intrascendente. Consentimiento tácito. Doctrina del T.S. *Sentencia de 16 de noviembre de 1983.*
237. **Divorcio.** Prevalencia del interés de los hijos. Patria Potestad. Procedimiento para acordar sobre la misma. Diferencias entre su atribución y la de alguno de sus efectos. Régimen de visitas: finalidad. *Sentencia de 16 de noviembre de 1983.*
238. **Juicio ejecutivo.** Diligencias preparatorias sobre reconocimiento de firma del acepto tachada antes de falsedad. Ficta Confessio. Nulidad del juicio. *Sentencia de 17 de noviembre de 1983.*
239. **Arrendamiento de obras.** Reclamación del precio. *Sentencia de 21 de noviembre de 1983.*
240. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria. *Sentencia de 21 de noviembre de 1983.*
241. **Arrendamientos urbanos.** Cierre. Asimilación a cambio de destino del local. Interpretación del contrato y de la voluntad negocial. *Sentencia de 22 de noviembre de 1983.*
242. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas y no de adaptación. *Sentencia de 22 de noviembre de 1983.*
243. **Medidas provisionales de separación.** Tramitación del recurso de apelación durante la que recae sentencia, que adquiere firmeza, en el proceso de separación, dejando para el periodo de ejecución lo pretendido en el incidente. Decaimiento de lo acordado provisionalmente. *Sentencia de 22 de noviembre de 1983.*
244. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas. Modifican la configuración las que afectan a los elementos esenciales de la construcción y a la naturaleza y resistencia de los materiales. Obras de adecuación. Su autorización se entiende insita en el contrato. Impor-

tancia del factor tiempo referido al de la realización de las obras a efectos de calificación. *Sentencia de 24 de noviembre de 1983\**.

245. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión, traspaso. Es causa de resolución la introducción de una persona jurídica en el local formada por los arrendatarios. Estimación de la demanda. *Sentencia de 25 de noviembre de 1983.*
246. **Arrendamientos urbanos.** Cierre. Local destinado a almacén. Falta de actividad. Carga de la prueba. Existencia de cierre. *Sentencia de 29 de noviembre de 1983\*.*
247. **Acción cambiaria declarativa.** Cuestiones nuevas. *Sentencia de 29 de noviembre de 1983.*
248. **Pago en interés ajeno.** Acción de reembolso. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983.*
249. **Transporte marítimo sobre cubierta.** Pérdida de la mercancía transportada. Fuerza mayor. Protesta de averías. Consecuencias legales. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983\*.*
250. **Reclamación de cantidad.** Trabajos presupuestados y trabajos extra. Análisis de la prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983.*
251. **Contrato de opción.** Traspaso de local de negocio. Carácter imperativo de las normas que prevé al respecto la L.A.U., concebidas en beneficio del arrendador: excepciones y doctrina del T.S.. Pago de cantidad en concepto de precio del traspaso y no de adquisición de enseres del negocio. *Sentencia de 2 de diciembre de 1983\*.*
252. **Daños y perjuicios.** Legitimación activa que resulta contradicha por actos propios de quien opone la excepción. Solidaridad y cosa juzgada. Inexistencia. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983.*
253. **Seguridad social.** Convenio suscrito con la Agrupación Nacional de entidades aseguradoras de automóviles. Reclamación de cantidad. Prescripción. Inexistencia. Irrelevancia de las circunstancias que rodearon el accidente. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983.*
254. **Daños y perjuicios.** Requisitos para el éxito de la acción indemnizatoria. Culpa extracontractual en colisión de vehículos. Carga de la

- prueba que incumbe al demandante. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983\**.
255. **Recurso de apelación.** Inexistencia a la vista del Letrado de la parte demandante. Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*
256. **Medianería.** Muro medianero y su elevación por uno de los propietarios sobre la mitad de su grosor a él correspondiente. Construcción por el otro medianero apoyando las vigas sobre el tramo elevado. Supone inmisión dominical. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*
257. **Recurso de apelación.** Adhesión al mismo. Posterior desistimiento del recurso. Estimación, no obstante, de la adhesión. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983\**.
258. **Separación matrimonial.** Carga de la prueba en esta clase de procedimientos. Conducta vejatoria. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*
259. **Daños y perjuicios.** Alcance de la indemnización: reposición del patrimonio del perjudicado en el estado en que se hallaría de no haber mediado el acto lesivo. Indemnización de los “daños indirectos” entre los que se incluyen los gastos de alquiler de un coche para acudir al trabajo habitual. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983\**.
260. **Culpa extracontractual.** Inexistencia de culpa del perjudicado que absorba o compense la del otro conductor implicado. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*
261. **Obligaciones con cláusula penal.** Requisitos para su validez y eficacia. Interpretación restrictiva de las mismas. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*
262. **Separación matrimonial.** Desestimación de la demanda por falta de prueba. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*
263. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Cesión del crédito de un tercero contra el aceptante al librador del efecto. Doctrina del T.S. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983\**.
264. **Daños y perjuicios.** Letra de cambio no protestada por los Bancos

demandados: supone el incumplimiento de un mandato. Inexistencia de perjuicios patrimoniales precisos, en todo caso, para el éxito de la acción indemnizatoria. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983\**.

265. **Intimidación.** Antijuridicidad del mal con que se amenaza. No lo es el de acudir a las autoridades policiales tratándose de un talón sin fondos librado por el hijo de la demandante que asumió la deuda de éste. Prueba pericial: valoración según las reglas de la sana crítica. Inexistencia de intimidación. *Sentencia de 12 de diciembre de 1983.*
266. **Reclamación de cantidad.** Análisis y valoración de la prueba. *Sentencia de 12 de diciembre de 1983.*
267. **Juicio ejecutivo cambiario.** Librador-ejecutante en suspensión de pagos. Falta de legitimación activa al no litigar asistido de los Interventores. Interpretación del artº 6 de la Ley de Suspensión de Pagos. Doctrina del T.S. y desestimación de la excepción. Falta de provisión de fondos por existir entre los litigantes una situación de cuenta corriente no liquidada. *Sentencia de 14 de diciembre de 1983\*.*
268. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 14 de diciembre de 1983.*
269. **Daños y perjuicios.** Incendio de un vehículo tras accidente de circulación. Nexo causal. Estimación de la demanda. *Sentencia de 15 de diciembre de 1983.*
270. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falsedad. No la supone el incumplimiento del contrato causal. Existencia de provisión de fondos no desvirtuada por la deficiencia de los servicios prestados en que la misma radica. Pluspetición: cuestiones extracambiarías que hacen inviable la excepción. *Sentencia de 16 de diciembre de 1983\*.*
271. **Relaciones paterno filiales.** El bien de los hijos debe inspirar la atribución de su guarda. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*
272. **Impugnación de acuerdos sociales.** Derecho a información: no puede invocar su privación el accionista que no instó el examen de la documentación que prevé la Ley y que dispuso, por aplazamiento comunicado de la Junta, de tiempo suficiente para ello. Ambito

- de la impugnación: Acuerdos de interés general. Desestimación de la demanda. Falta de consignación del nombre del demandado; inexistencia de defecto legal. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*
273. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*
274. **Propiedad horizontal.** Impugnación del acta de la junta. Desestimación. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*
275. **Juicio ejecutivo.** Irrelevancia de que el título que sirvió para despachar la ejecución fuera el documento original o fotocopia del mismo. Poder posiblemente insuficiente en su origen; válida subsanación del defecto en el curso del proceso. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983\*.*
276. **Pobreza.** Diligencias para mejor proveer: su alcance. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*
277. **Divorcio.** Petición, en segunda instancia, de dispensa de la obligación de ayuda económica por ser imposible el régimen de visitas establecido por la sentencia apelada. Desestimación. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*
278. **Indemnización de daños y perjuicios.** Daños a un tercero no demandado. Litis consorcio pasivo necesario. Inexistencia. Prescripción: interrupción del plazo mediante carta certificada y comunicaciones telegráficas. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*
279. **Cosa juzgada.** Identidad de cosas mas no de personas que impide el juego de la presunción. *Sentencia de 21 de diciembre de 1983.*
280. **Recurso de apelación.** Confirmación por sus propios fundamentos de la sentencia apelada. *Sentencia de 21 de diciembre de 1983.*
281. **Daños y perjuicios.** Determinación de la suma indemnizatoria. *Sentencia de 22 de diciembre de 1983.*
682. **Documentos privados.** Adveración de su fecha por cualquiera de los medios de prueba reconocidos en derecho. Doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de diciembre de 1983\*.*
283. **Acción declarativa de dominio.** Camino privado. *Sentencia de 24 de diciembre de 1983.*

284. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Análisis de la prueba y desestimación de la excepción. *Sentencia de 28 de diciembre de 1983\**.
285. **Reclamación de cantidad.** Suministro de hormigón a mandatario que lo contrató en nombre propio. Extralimitación en el mandato. Desestimación de la demanda dirigida contra el mandante. *Sentencia de 28 de diciembre de 1983.*
286. **Arrendamiento de industria hotelera.** Reclamación por el arrendador, al término del contrato, de los menoscabos sufridos en los muebles y enseres, de conformidad con lo previsto en el contrato. Indevida moderación por el Juzgado, al amparo del artº 1.103 del C.C., de la suma indemnizatoria: requisitos para la procedencia de dicha facultad. *Sentencia de 29 de diciembre de 1983\**.

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 175

**175. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de falta de provisión de fondos. Letra librada y ejecutada por el suegro del acreedor causal. Letra en blanco. Doctrina del T.S. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 13 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión litigiosa suscitada se contrae al punto relativo a la concurrencia o ausencia de provisión de fondos, como presupuesto éste de la eficacia de la letra de cambio entre librador y librado-aceptante; y para una mejor delimitación de lo que constituye el objeto de la contienda se hace conveniente preestablecer los siguientes extremos: a) la entidad librada aceptó, como consecuencia de las relaciones mantenidas con el yerno del ejecutante —consistentes éstas, según parece, en labores de decoración, pintura y empapelado—, la letra de cambio cuya efectividad se pretende en este juicio, por un importe de 376.026 pesetas y con vencimiento al día 28 de marzo de 1981; b) esas relaciones, las habidas entre la entidad aceptante y el referido yerno, no sólo se plasmaron en la aludida letra, sino que no es ésta más que una manifestación tangible de una parte de aquéllas, las cuales dieron origen a una primera expedición de cambiales, posteriormente renovadas por otras, de las que precisamente una de ellas es la que fundamenta este pleito, de acuerdo todo ello con el documento privado fechado al día 29 de diciembre de 1980, que ha sido reconocido por quienes en él intervinieron (entidad aceptante y el indicado yerno) así como por la parte accionante; c) la parte ejecutada ha reconocido asimismo la validez de la letra de cambio y el origen de la misma, cifrado, según se ha referido, en los servicios prestados por el yerno del actor, lo que, a su vez, ha sido expresamente admitido por éste, añadiendo que “la letra de cambio se la vendió a su suegro, el ejecutante, haciéndole esta entrega a cambio del dinero importe de la cambial”; d) ni las partes litigantes han expresado ni en los autos aparece constancia alguna acerca de que la aludida letra de cambio fuera librada en blanco o dejando alguna de sus menciones sin cumplimentar. Dados estos hechos, por la parte ejecutada se excepciona aduciendo la ausencia de provisión de fondos entre librador y aceptando, debido a que, en su entender la inexistencia de relaciones directamente mantenidas con el librador comporta tal carencia de cobertura y, consiguientemente, la improsperabilidad de la pretensión ejecutiva ejercitada.

CONSIDERANDO: Que la causa originadora del efecto cambiario de referencia se halla, y así se desprende de las explícitas y paladinas manifestaciones de los contendientes, en la deuda nacida como consecuencia de los servicios prestados por el yerno del ejecutante, comprometiéndose la entidad deudora a cumplir su obligación mediante la suscripción y aceptación de varias letras de cambio que materialmente entregó al mencionado yerno, y habida cuenta de que en la cambial no consta, en el espacio reservado al librador, el mis-

mo yerno sino precisamente su suegro, que es quien acciona en este juicio —siendo la razón de ello una anterior negociación habida entre éste y su yerno, en virtud de la cual recibió el importe de la letra a cambio de dicho documento—, no cabe llegar sino a la conclusión de que la repetida cambial fue librada en blanco, al menos en cuanto a la indicación de la persona del librador, incorporándose éste con posterioridad en la persona del ejecutante, tan pronto como tuvo lugar la negociación acabada de referir. Es obvio, y así se desprende de los elementos (aleatorios y probatorios) traídos al litigio, que fue esto lo sucedido, so pena de convertir la posición de la entidad aceptante en incoherente y patentemente absurda: la letra de cambio expedida por ésta responde a una relación jurídica subyacente en virtud de la cual se ha engendrado una deuda que iguala o supera el montante de dicho efecto y de la que debe responder aquella entidad, abonando su importe, frente a la persona con quien materialmente se relacionó o, en su caso —si la letra fue expedida en blanco—, frente a quien resulte ser formalmente librador de la misma tan pronto como haya sido hecho constar éste en el documento materializador de la letra de cambio.

**CONSIDERANDO:** Que tanto la doctrina científica como jurisprudencial han reconocido resueltamente la validez y eficacia de las denominadas letras en blanco, esto es, aquéllas que han sido expedidas por el librador o por el aceptante sin que esté completo el texto cambiario, con la condición, claro está, de que al tiempo de pretender su eficacia en juicio esté ya completada en cada una de las menciones necesarias para que pueda surtir efecto en juicio (sentencia del Tribunal Supremo de uno de mayo de 1952); y, así, bajo el imperio del principio general del respeto a la voluntad privada (artículo 1255 del Código Civil), debe reconocerse que “los contratantes están facultados para formalizar obligaciones de crédito mediante documento firmado por el deudor con el nombre del acreedor en blanco, porque una declaración de voluntad en esta forma constituida tiene el alcance de autorizar a la persona que la recibe, que por este solo hecho la acepta, para que pueda llenar el espacio en blanco con su propio nombre o con el de un tercero, facilitando así la transmisión del crédito sin los requisitos de la cesión; y ha de admitirse, como presunción “*iuris tantum*”, que en estos casos el deudor consiente por anticipado en obligarse con la persona que resulte titular del crédito, como si desde el primer momento hubiese sido el acreedor legítimo, y que renuncia a todas las excepciones que no sean las personales oponibles a este mismo titular” (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1943). Esta doctrina jurisprudencial está concorde con nuestro ordenamiento positivo, en ninguno de cuyos textos legales aparece prohibida la letra en blanco, con las orientaciones marcadas por la doctrina científica, que admite la validez de las obligaciones cambiarias asumidas cuando la letra estaba en blanco, y con la práctica comercial cotidiana, que se sirve de dicho procedimiento para dar una mayor fluidez y celeridad a las operaciones mercantiles: no existe, pues, ningún precepto que obligue a consignar los requisitos normativamente ordenados al mismo tiempo y por la misma persona, sino que es admisible la inobservancia de la denominada unidad de acto en la estampación de un efecto cambiario.

**CONSIDERANDO:** Que, aplicando los razonamientos precedentes al presente supuesto, el librado aceptó en blanco —al menos en cuanto a la indeterminación de la persona del librador— una letra de cambio cuyo origen se halla en una relación jurídica subyacente perfectamente concretada, que significó el trasvase de un valor del que aquél se benefició y que es por sí misma suficiente para permitir afirmar la concurrencia de una relación de provisión de fondos, por lo que decae la excepción esgrimida en tal sentido. El que deba abonar el importe de la letra a la misma persona con quien materialmente se relacionó o a un tercero desconocido para el aceptante es algo que no deja de tener un carácter accesorio e irrelevante porque lo realmente importante es la evidencia de la asunción de una obligación cambiaria que el propio aceptante debe soportar y cumplir como consecuencia de la existencia de una previa relación jurídica material (provisión de fondos). De no ser así, quedaría siempre privada de eficacia toda letra de cambio emitida sin especificación de la identidad del librador —en clara contradicción con la doctrina que sobre la letra en blanco aparece recogida por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales—, puesto que en los casos en que resulte ser librador una persona diferente de aquélla con quien se mantuvo la relación causal originaria no cabría hacer eficaz de ninguna manera la acción ejecutiva que todo efecto cambiario lleva inherente: ni podría ser ejercitada por el librador —porque pudiera oponérsele la excepción de falta de provi-

sión de fondos—, ni tampoco por la persona que materialmente se relacionó con el aceptante transmitiendo el valor en que se plasma la provisión de fondos, en tanto que no consta reflejada su presencia en la misma letra de cambio. La eficacia, pues, de toda cambial librada en blanco, siempre que quede acreditada una relación jurídica sustantiva que le dió origen, impone desestimar la excepción de improvisión de fondos aun cuando el librador sea persona distinta de aquella con quien se relacionó el librado-aceptante. Y es éste el caso que ahora se ventila, so pena de entender que el efecto fue librado estando adornado desde el inicio de todas las menciones necesarias para producir efecto en juicio, en cuyo caso debe estimarse que el aceptante no tuvo inconveniente alguno para que fuera revestido de la condición de librador una persona diferente de la que intervino en la conclusión de la relación causal o subyacente, subsistiendo también en tal caso la relación de provisión con el aceptante. Así pues, en uno u otro caso se dan cuantos requisitos son precisos para la efectividad de la letra de cambio, incluyéndose desde luego el relativo a la provisión de fondos.

CONSIDERANDO: Que, procediendo modificar la sentencia apelada y estimar la demanda inicialmente interpuesta, debe ser variado el pronunciamiento relativo al pago de costas en primera instancia, a cuyo abono debe ser condenado el ejecutado por ser así imperativo; no haciendo especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. G. F. G-L. en nombre y representación de D. L. F. S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Manacor en uno de abril de mil novecientos ochenta y dos, debemos revocar y la revocamos en su integridad; y, estimando la demanda inicialmente interpuesta por el mencionado Procurador en la representación indicada, debemos mandar y mandamos seguir la ejecución adelante, hasta hacer trance y remate de los bienes embargados al demandado y, con su importe cumplido pago al actor de la cantidad de TRESCIENTAS SETENTA Y SEIS MIL VEINTISEIS PESETAS de principal y MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESETAS por los gastos de protesto ocasionados por la cambial origen de los autos, intereses legales desde la fecha del protesto y al pago de las costas causadas en la instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las ocasionadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 181

**181. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de provisión de fondos. Es oponible a tercero de mala fé o que intervino directa o indirectamente en el contrato subyacente. Supone improvisión la no liberación pactada de gravámenes que afectan a la finca vendida. *Sentencia de 21 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el contenido de la oposición formulada en primera instan-

cia por los apelados y el de la impugnación deducida por el ejecutante contra el pronunciamiento estimatorio de aquella, motivan que el tema de esta alzada esté formado por dos cuestiones: A) Oponibilidad de la falta de provisión de fondos al tomador de la cambial y B) Inexistencia de la provisión de fondos.

**CONSIDERANDO:** Que la resolución recurrida se fundamenta en una argumentación técnico-jurídica que esta Sala incorpora a la presente resolución como propia y cuya corrección no ha sido alterada por los razonamientos impugnativos en cuanto: *Primero.*- La inoponibilidad frente a tercero de las excepciones fundadas en las relaciones personales con el librador desaparece en los supuestos de actuación de mala fé o intervención directa o indirecta en el contrato causal, como expresamente lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de diciembre de 1964 recogida en la de 17 de enero de 1970 "por eso también esta Sala, ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra actuó con mala fé o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia la excepción de falta de provisión de fondos"; *Segundo.*- La intervención del actor/tomador de la cambial en el contrato causal es conclusión que se impone desde el contenido de la estipulación contractual 2ª a, por cuanto al asumir la específica obligación de liberar al inmueble objeto del convenio de las cargas y gravámenes que le afectaban y para cuyo cumplimiento recibe una determinada cantidad de dinero —intervención cuya significación es independiente del quantum dinerario— se produce plenamente en la mecánica consumativa de la contratación como responsable del cumplimiento de una condición esencial que afecta a la propia integridad del derecho dominical sobre el bien contratado; y *Tercero.*- La falta de provisión de fondos es la conclusión que corresponde a la acreditada no liberación total de las cargas y gravámenes que afectaban al inmueble objeto del contrato subyacente, por cuanto el contenido de la estipulación primera conforma una condición esencial de significación suficiente para entender no hecha la provisión de fondos cuando resulte incumplida, pues su potencialidad, conduce a que la ejecución de un gravamen no levantado genere la salida de la cosa del patrimonio del comprador, como hubiere sucedido en el supuesto litigioso, si este contratante no lo hubiera adquirido en pública subasta.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia motivo para hacer especial declaración sobre las costas de este grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don G. T. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Ibiza en fecha de dos de marzo de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada. Dada la incomparecencia en esta alzada del demandado-apelado D. M. P. P., 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: José Luis Calvo Cabello.

**182. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Lesiones por desprendimiento de un poste para la práctica del baloncesto en zona deportiva municipal. Incompetencia de jurisdicción. Competencia de la ordinaria. Examen del

régimen jurídico regulador de la materia. Inexistencia de defecto legal en la forma de proponer la demanda. *Sentencia de 22 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando este litigio sobre una hipótesis de responsabilidad extracontractual sustantivamente asentada en el artículo 1902 y demás concordantes del Código Civil, y aun habiéndose suscitado con carácter previo dos cuestiones de índole procesal —incompetencia de jurisdicción y defectuoso modo de proponer la demanda—, se hace necesario, como medio para centrar y delimitar adecuadamente el tema litigioso, sentar los presupuestos siguientes: a) el accidente acaecido, base de la reclamación ejercitada, se produjo en una zona verde situada exactamente frente al Centro Público (escuela) de Rafal Vell, en la que existen diversos módulos o elementos para la práctica de algunos deportes, entre ellos el del baloncesto, los cuales pertenecen al Ayuntamiento de Palma de Mallorca; b) en sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1977, ese Ayuntamiento aprobó los pliegos de condiciones para ejecución de las obras de la zona verde de referencia y convocó la oportuna licitación para adjudicarlas mediante subasta que, una vez celebrada, lo fueron en virtud de acuerdo adoptado el día 20 de abril de 1978; en dicho pliego de condiciones se establecía, entre otros extremos, que serían construidos unos juegos para niños, entre los que fueron instalados unos postes para la práctica del baloncesto en las condiciones que se indicarán; c) durante la mañana del día once de mayo de 1980, cuando Juana Andreu Salvá, a la sazón de quince años de edad, estaba jugando con varias amigas en las cercanías de uno de esos postes de baloncesto, se desplomó éste cayendo sobre ella, siendo golpeada en su espalda por el aro y ocasionándole lesiones de gran consideración; d) ese poste se sustenta sobre una base rectangular móvil con cuatro puntos de apoyo y freno, debiendo tener colocados unos contrapesos constituidos por dados de hormigón situados sobre una parrilla existente en la parte posterior de su base, los cuales son aptos para contrarrestar los posibles esfuerzos producidos por el viento o por el juego sobre el aro; esos dados o contrapesos, en número de tres para cada poste, no están sujetos ni a la parrilla ni al suelo, por lo que es relativamente sencilla su retirada valiéndose de las dos asas que cada uno de ellos posee; e) como consecuencia del accidente narrado, la menor lesionada presenta un síndrome de sección medular que condiciona una paraplejía de carácter irreversible, precisando de una silla de ruedas y presentando incontinencia esfinteriana rectal y vesical y pérdida de la sensibilidad genital, de tal manera que, dada la condición irreversible de las lesiones padecidas, precisa de revisiones periódicas de las secuelas de esa lesión medular durante toda su vida, así como de la asistencia y ayuda prestada por otra persona igualmente por el resto de sus días; f) de acuerdo con el reconocimiento judicial practicado el día 15 de febrero de 1982, existen en la zona verde referenciada dos postes de baloncesto que “seguramente no son los mismos que los que estaban colocados el día de autos, pues a los existentes en la actualidad se les vé con una base rectangular completamente adheridos en sus cuatro extremos al suelo con tornillos, siendo por completo inamovibles por estar, como se ha dicho, sujetos y fijos en el firme del suelo”. Antes de entrar en el estudio de la cuestión sustantiva, conviene examinar los problemas procesales suscitados por la parte demandada, aludiendo en primer término al tema de la declinatoria de jurisdicción para después hacerlo respecto del defectuoso modo de formular la demanda.

CONSIDERANDO: Que, con independencia de la claridad y precisión con que haya sido formulada la excepción de incompetencia de jurisdicción (número primero del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al ser de orden público la cuestión de atribución de jurisdicción por razón de la materia, puede este Tribunal, sin incurrir en posible incongruencia, entrar a examinar esta cuestión (sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de siete de febrero de 1973 y de cinco de marzo de 1977). La parte demandada entiende que el problema litigioso debe ser conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa y no por la ordinaria, fundamentada en que dicha parte —el Ayuntamiento de Palma de

Mallorca— es entidad de Derecho público y que la responsabilidad que le es exigida derivaría, en su caso, de su actuación dentro de la esfera administrativa, lejana por tanto del ámbito privado o civil en que se inserta la acción ejercitada. No son desconocidas las dificultades interpretativas suscitadas por las diversas disposiciones que inciden directamente sobre el tema discutido (así, los artículos 121 y 128 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 141 de su Reglamento, los artículos 405 y 406 de la Ley de Régimen Local, el artículo tercero, en su apartado b), de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y por las exégesis doctrinales y jurisprudenciales relativas al mismo, pero debe sentarse, de acuerdo con la doctrina más autorizada y con diversas resoluciones jurisprudenciales, que, disponiéndose en el apartado b) del artículo tercero de la normativa reguladora de la jurisdicción administrativa que conocerá ésta, entre otras cuestiones, de las que se suscitan sobre “la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, la sumisión a una u otra jurisdicción viene determinada en virtud de las varias posiciones que la Administración puede adoptar ante el Derecho o, lo que es lo mismo, el conocimiento de las causas corresponderá a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso-administrativa según el modo concreto de acción de la Administración, bien sea dentro del perímetro privado, bien sea dentro de la esfera pública. En efecto, la competencia de la jurisdicción ordinaria se da cuando el Estado —y los demás entes públicos, asimilados a él— actúe en relaciones de Derecho privado (artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), con arreglo a sus propias normas —derecho común— y como cualquier otro particular o sujeto de Derecho —esto es, como persona jurídico-privada—, “excepción a la regla general que la más autorizada doctrina restringe a los supuestos de gestión del patrimonio privado y de ejercicio de actividades industriales o mercantiles por la Administración, ordinariamente realizadas a través de entes dotados de propia personalidad” (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1982); si, por el contrario, su actuación se produjo usando de la posición de preponderancia en que la norma sitúa a la Administración en ciertos casos, será efectiva la aplicación del artículo tercero, apartado b), antes mencionado. Este precepto, por consiguiente, queda reducido a aquellos supuestos en que los entes públicos actúen sometidos su especial preceptiva —el Derecho administrativo— e investidos de las prerrogativas o atributo de poder que los caracterizan: cuando se ocasionan daños con motivo de una actuación de carácter administrativo, ejercitando las potestades públicas sujetas a la normativa administrativa, surge una responsabilidad cuyo conocimiento y resolución compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo expresa nuestra doctrina jurisprudencial, indicando que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa queda circunscrita “a los casos en que el daño se produzca con motivo de una actividad o servicio público, el cual, por su propia esencia, implica que se preste de una manera regular y continua, empleando un procedimiento especial para satisfacer una necesidad pública, directa e inmediata”, y añadiendo que están excluidas de esa consideración “las actividades que sólo de una manera esporádica, mediata o indirecta, contribuyen a la ejecución de una obra o prestación de un servicio público” y, en general, todas aquellas en que la Administración “actúe como persona jurídica privada al igual que cualquier particular, sin hallarse investida, consiguientemente, en el desarrollo de su actividad, de la prerrogativa o atributo de poder” (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1975). En definitiva, la pretensión resarcitoria deberá deducirse ante una u otra jurisdicción en atención a la normativa reguladora de la actividad que ocasionó el daño, es decir, en consideración a la forma de actuación administrativa, lo que no es sino consecuencia del doble concepto en que se manifiesta toda actuación administrativa: “uno, considerándolo en ejercicio de una función pública típicamente administrativa, y otro, obrando como persona jurídica, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones” (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1963).

**CONSIDERANDO:** Que en la determinación de la jurisdicción competente para resolver sobre el presente asunto litigioso cobran especial importancia tanto los hechos acaecidos como la naturaleza de la acción ejercitada y la persona contra quien se dirige (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1975 y de 5 de marzo de 1977, ésta última ya citada); y, a tal efecto, aparece suficientemente claro que, de un lado, se reprocha al Ayuntamiento demandado no haber adoptado la debida diligencia en relación con las con-

diciones de seguridad que debía reunir un poste de baloncesto instalado en un parque público, con lo que se favorecía enormemente la probabilidad de caer al suelo tan pronto como fueran retirados los contrapesos de hormigón meramente superpuestos a su base sin sujeción alguna, y, de otro lado, la acción ejercitada encuentra su fundamento jurídico en los artículos 1902, 1903 y demás concordantes del Código Civil, relativos a la responsabilidad extracontractual de un ente público que es demandado en cuanto propietario de ese bien concreto y en cuanto particularmente obligado a observar los expresados deberes de diligencia. Partiendo, pues, de las condiciones identificadoras de lo que en el presente juicio se ventila, es patente que lo ocurrido no puede tipificarse como materia administrativa (sentencia de 23 de octubre de 1975), sino que, como consecuencia de los términos en que se plantea la demanda, el fundamento de la misma y la invocación del artículo 1902 del Código civil, el pleito discurre dentro del ámbito adecuado al conocer la jurisdicción civil de una materia que claramente corresponde a la misma, en que la parte actora ha de probar tanto el hecho dañoso como el de ser debido a la negligencia de la parte demandada, de tal suerte que “no se trata, en suma, del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos, sino de la omisión de las medidas de seguridad cuya falta pone de manifiesto la negligencia de los que por sus funciones estaban obligados a adoptarlas” (sentencia de 18 de abril de 1977 y, en el mismo sentido, las de diez de octubre de 1972 y la ya referida de cinco de marzo de 1977). Cabe, pues, acudir a la jurisdicción ordinaria cuando la causa del daño haya radicado en un comportamiento positivo o negativo de índole extraadministrativa y desconectada como tal del servicio público (sentencia citada de 19 de febrero de 1982), de tal manera que si los perjuicios sobrevienen por imprevisión respecto de los propios bienes patrimoniales —como ocurre en el caso aquí discutido— es un tema de derecho puramente civil, de los expresamente aludidos por los artículos 405 al 407 de la Ley de Régimen Local, compatibles con los términos segundo de la Ley reguladora de la jurisdicción administrativa que dice que “no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria” (sentencia de tres de marzo de 1973 y las en ésta citadas). Por lo que, dadas estas claras consideraciones, y habida cuenta de que lo que ha de enjuiciarse no se centra en la actuación del Ayuntamiento en cuanto ante dotado de “auctoritas”, sino como persona que, como cualquier otro particular, estaba obligada a velar por la seguridad en el uso de sus propios bienes por parte de los ciudadanos —cuestión ésta de sabor marcadamente privado o civil—, debe concluirse desestimando la excepción de declinatoria o incompetencia de jurisdicción formulada.

**CONSIDERANDO:** Que, deducida excepción procesal sobre defectuoso modo de proponer la demanda (número sexto del artículo 533 de la Ley Procesal Civil), en relación con lo ordenado en el artículo 524 de la misma norma procesal, que exige claridad y precisión en la exposición de los hechos, fundamentos de derecho, lo que se pide, la persona contra quien se pide y, en su caso, la especificación de la acción ejercitada a efectos competenciales, y aduciendo por la parte demandada que la demanda formulada adolece de inconcreción en su relación fáctica y fundamentación jurídica, lo que se traduce en un erróneo ejercicio de acción, no puede prosperar tal alegación, pues tanto el cuerpo de la demanda, en que se exponen con suficiente claridad los hechos acaecidos y los preceptos legales aplicables, como su suplico, en que se expresa con precisión que lo que se pretende es la oportuna indemnización como consecuencia de ciertas negligencias achacadas a la entidad demandada, reflejan indubitadamente la adecuada precisión y claridad requeridas por el aludido artículo 524, al que se refiere el número sexto del mencionado artículo 533, “y más en cuanto que lo proclamado por estos preceptos no hay que entenderlo con el rigor formal de una literalidad gramatical en las peticiones de las demandadas, proyectadas en sus súplicas, sino en el sentido de que éstas, adecuadamente coherentes con las remisiones que en ellas se hagan en las pretensiones consignadas en su exposición fáctica, con manifestación en fundamentación jurídica, pongan de relieve lo en definitiva reclamado, ya que el Derecho lo que impone son posibilidades reales y efectivas de conocimiento indubitado de lo que se reclama, y no especulaciones teóricas que no desvirtúen ese conocimiento” (sentencia de 28 de febrero de 1978). Pero es que, además, si, como aclara una reiterada doctrina jurisprudencial, en la súplica de la demanda es donde con claridad y precisión deben formularse las pretensiones objeto de la discusión, no cabe duda de que en la presente supuesto se cumplen adecuadamente tales requisitos, ya que por el actor se solicita

una indemnización de daños y perjuicios "derivados del accidente referido" que debe ser satisfecha por la parte demandada como responsable del mismo, por lo que "ha de entenderse que el actor fijó con suficiente claridad y precisión lo que pedía en su escrito de demanda, y, si bien es cierto que tal precisión no se extiende a los fundamentos de derecho... también lo es que, en virtud del principio "iura novit curia", le hubiera bastado al actor con la simple cita del precepto del ordenamiento jurídico que entendía aplicable", sin necesidad de prolijos razonamientos jurídicos de interpretación de normas (sentencia de 24 de mayo de 1982); siendo de reseñar, por último, que la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, como por los hechos alegados y lo pedido en la súplica, no siendo preciso determinar la acción, bastando que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, sin que vincule al juzgador la calificación de las acciones que haga el litigante, pues aquél es competente para precisar en cada caso la utilizada, todo ello en virtud de los principios "iura novit curia" y "da mihi factum et dabo tibi ius" (sentencia de 12 de noviembre de 1982). Por todo lo cual es obvia la improcedencia de la excepción propugnada.

**CONSIDERANDO:** Que la muy conocida doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual, cuyos exponentes más cercanos se encuentran en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1980, 27 de abril de 1981 y 20 de diciembre de 1982, ha determinado un acercamiento a posiciones muy próximas a la de la responsabilidad objetiva, aunque desde luego sin completa abrogación del aspecto psíquico o culposo que siempre debe concurrir en mayor o menor medida y en atención al grado de exigibilidad de una mayor o menor diligencia en el causante de los daños, pero imponiendo una inversión en la carga probatoria (sentencia de esta Audiencia de 29 de abril de 1983), permite eludir cualquier razonamiento genérico sobre la misma y centrar el estudio en el concreto caso aquí discutido; y, a tal efecto, conviene puntualizar que: a) ninguna duda existe acerca de la concurrencia de cuantas condiciones son precisas para la operatividad del artículo 1902, pues es manifiesto que la conducta omisiva y negligente del demandado, a que inmediatamente se aludirá, determinó de manera eficiente la causación del resultado luctuoso cuya indemnización se pretende; b) la actuación de la entidad demandada no se ajustó a los patrones de diligencia que las particulares circunstancias concurrentes en el presente caso imponían: en efecto, la negligencia que cabe achacar a la demandada queda centrada, más que en posibles faltas en la vigilancia sobre el estado y funcionamiento de los elementos o aparatos destinados a la práctica deportiva, en el hecho de no haber adoptado desde un principio cuantas medidas de seguridad eran necesarias para evitar posibles accidentes de todo punto previsibles, pues aunque efectivamente cupiera pensar que el uso normal de aquellos elementos deportivos no debía deparar accidentes como el acaecido, no basta con servirse de meras presunciones de normalidad (previsibilidad media que se corresponde con una diligencia media), sino que, tratándose de una zona verde utilizable por cualquier persona, son precisamente estas circunstancias las que debían haber acrecentado el grado de diligencia de la entidad demandada y, consiguientemente, ampliado la esfera de posibles y previsibles sucesos lesivos, adoptando en consecuencia medidas de seguridad destinadas a evitar la producción del accidente como el ocurrido; y no cabe duda alguna de que, si así se hubiese hecho al tiempo del acondicionamiento deportivo de la mencionada zona verde, previéndose la posibilidad de que los contrapesos del poste de baloncesto, no sujetos a la parrilla sobre la que se posaban ni clavados ni fijados al suelo, pudiesen ser fácilmente retirados, cualquiera que fuese el fin perseguido con ello, el accidente no se hubiese producido, con lo que vuelve a resaltarse la conexión causal que media entre aquella negligencia y este resultado lesivo; c) lo acabado de indicar hace completamente invariables determinadas alegaciones de la entidad demandada, relativas al momento en que fueron retirados los contrapesos —antes o mientras jugaba la lesionada en las proximidades del poste de baloncesto caído—, porque está errado el enfoque de la cuestión: al margen de posibles imprudencias de terceros, desde luego desconocidos, y por encima de ellas, sobresale la del Ayuntamiento ya analizada, que es anterior en el tiempo y en la importancia a cualquier otra que, además, en manera alguna ha quedado demostrada; ni tiene validez ninguna el hecho de que el modelo de poste, al parecer debidamente patentado y homologado, sea de uso generalizado incluso en lugares abiertos, pues, aun cuando esto sea así, sólo se está predicando en unos términos abstractos

o generales desconectados de las particulares circunstancias de casos como el presente, en que el hecho de tratarse de una zona verde abierta a todo el mundo y susceptible por ende de ser sometida a las más variadas manipulaciones o manejos obligaba a emplear una mayor imaginación en la previsión de posibles accidentes, y esto ya debió hacerse o bien al tiempo de redactar y aprobar los pliegos de condiciones, o bien al tiempo de terminarse la construcción o colocación de los elementos deportivos, inspeccionando lo que había sido instalado, o bien incluso con posterioridad y como consecuencia de la labor de vigilancia y conservación de tales instalaciones, al haberse observado la facilidad o la frecuencia con que eran retirados los contrapesos: el no haberse actuado así ha determinado, pues, la causación de las lesiones de referencia; d) tampoco goza de virtualidad la pretendida deficiencia en la constitución de la relación procesal, puesto que, además de los vínculos de solidaridad pasiva que ligan a los presuntos responsables frente al accionante (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1903, 18 de febrero de 1967 y 15 de octubre de 1976, así como la de esta Audiencia de 19 de enero de 1983), que hacen innecesario demandar conjuntamente a todos los supuestos o posibles responsables del daño, es absolutamente inadmisibles una corresponsabilidad exigible al padre de la menor a título de culpa "in vigilando" y son, desde luego, tangenciales a los efectos de este pleito las posibles responsabilidades del contratista o fabricante de aquellos elementos deportivos, amén de que no parece tampoco factible hallar ninguna especie de responsabilidad en quienes dirigen una escuela que hay frente a la indicada zona verde, porque ninguna demostración fáctica ni jurídica se ha hecho aquí a este último efecto. La responsabilidad queda centrada, a los efectos de este litigio, en el Ayuntamiento demandado, el cual debe responder no sólo en virtud de lo prescrito en los artículos 1902 y 1903 y demás concordantes del Código Civil, sino también de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 405 y 406 de la Ley de Régimen Local, que establecen la responsabilidad civil directa de las entidades locales "cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos", sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o Agentes.

**CONSIDERANDO:** Que, en relación con la impugnación que de la sentencia de primera instancia hace la parte actora, en forma adherida a la apelación promovida por la entidad demandada, y que se centra tan sólo en el montante indemnizatorio, que estima insuficiente en atención a las gravísimas consecuencias que el accidente ha deparado a la menor de edad lesionada, procede estimarla parcialmente, aumentando el importe objeto de la indemnización que ahora queda cifrado en el total de nueve millones de pesetas, y ello porque, efectivamente, la gravedad de las lesiones, en sí mismas consideradas, afectan a la médula con carácter irreversible, y la de las secuelas, que exigen la presencia constante de una persona, bien sea familiar o un tercero, que preste atención para la realización de las necesidades vitales más elementales, así como la necesidad de constante o periódica atención médica, abligan a atender no sólo al resarcimiento por lo que actualmente se está sufriendo sino al de lo que está por venir, previéndose así las contingencias esperables y la depauperación que el costo de la vida ha de producir en esa indemnización. En suma, en aquella cantidad se comprenden cuantos conceptos, materiales y morales, presentes y futuros, están relacionados con las lesiones padecidas, procurándose así solventar o, cuando menos, aminorar la situación en que la lesionada se halla.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones suficientes para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas de esta instancia.

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

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor N. M., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE PALMA, contra la sentencia de veintiocho de octubre del pasado año, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana y con estimación del recurso de apelación, interpuesto en forma adherida por el Procurador señor B. P. en nombre y representación de Don A. A. M., como padre y legal representante de su hija menor J. A. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia mencionada a excepción del mon-

tante indemnizatorio que, en lugar de cifrarse en seis millones de pesetas, queda fijado en la suma de nueve millones de pesetas, quedando idéntica aquella sentencia en lo restante. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en la alzada de los demandados rebeldes, notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282, 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días, no se insta su notificación personal. Ponente: Carlos Climen Durán.

## 184

**184. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO.** Culpa exclusiva de la víctima. Maniobras de fortuna o emergencia. Estimación de la oposición como motivo de nulidad. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que para resolver la defensa articulada con carácter preferente por la Sociedad apelante es preciso fijar, a modo de premisas jurídicas, lo siguiente: *Primero.*- Que si bien es cierto que la apreciación de la culpa exclusiva de la víctima exige la prueba por parte del agente no sólo de su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también de la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño, no lo es menos que esta doctrina no puede tener el alcance absoluto que le asigna la sentencia impugnada puesto que el sistema de cobertura del seguro obligatorio no descansa en una pura relación causalista u objetiva, sino en un esquema de responsabilidad "cuasi-objetiva" o de "responsabilidad atenuada", que impone reconducir la precisión de esas maniobras evasivas a su verdadero ámbito, que no es otro, como esta Sala precisó en sentencia de 14 de diciembre de 1981 y 8 de febrero de 1982, "que el impuesto, con arreglo al artículo 1104 de 1 Código Civil, por las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar, pues entender lo contrario sería equivalente —con infracción así del sentido teleológico de la norma— a esterilizar el sistema y convertir en mera fórmula teórica la posibilidad defensiva de referencia"; *Segundo.*- Que para la realización de tales maniobras evasivas, cuya falta impide calificar como exclusiva la culpa de la víctima, es preciso, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 8 de febrero de 1982, "la temporaneidad de las mismas, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar la maniobra evasiva; lo que sucede tanto en los supuestos de previsibilidad concreta (peatón detenido en el centro de la calzada, vehículo situado en el centro y señalizando que va a cambiar de dirección, etc.) cuanto en los de peligro abstracto y posible, como pueden ser los indicados en el artículo 17 del Código de la Circulación..." y *Tercero.*- Que la culpa de la víctima exonera al agente cuando es único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo, pues por manifiesto ha de tenerse que en tal supuesto no autorizan la condena de otro precepto legal alguno, la equidad, ni la lógica (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1974, 12 de Abril de 1975 y 3 de Abril de 1979, entre otras).

**CONSIDERANDO:** Que analizado el material probatorio existente en la litis resultan acreditados los elementos fácticos siguientes: 1) La colisión se produjo entre la parte delantera del ciclomotor conducido por el actor y la parte trasera del turismo asegurado en

la compañía apelante; 2) En el momento de la colisión el turismo se hallaba detenido y a punto de reanudar su marcha; 3) Aquella maniobra de detención se había realizado, y ésta de reanudación de marcha iba a realizarse, en cumplimiento de las preceptivas señales luminosas existentes en el lugar de la colisión; 4) A la izquierda del carril ocupado por el turismo existen otros dos que permitan la circulación del ciclomotor. y 5) A la derecha del lugar ocupado por el turismo también existía un espacio, más estrecho que el anterior, que posibilitaba la circulación del ciclomotor.

**CONSIDERANDO:** Que el relato fáctico formado por los datos precedentes conduce a considerar, contrariamente a lo estimado por el Juzgador a quo, que la colisión se produjo por causa exclusiva de una acción culposa del perjudicado, pues ni cabe calificar como no culposa una conducción que ante la presencia de un vehículo detenido en la calzada omite la maniobra de su propia detención o alguna de carácter evasivo realizable por la izquierda o por la derecha de aquél, ni puede considerarse tal culpa como no exclusiva cuando la conducta del otro intermitente se ajusta plenamente a la normativa reguladora de la circulación y no lo es exigible maniobra alguna evasiva, de emergencia o de fortuna pues en la situación en que se hallaba no era previsible la colisión relatada ni temporalmente eran posibles tales maniobras dada la simultaneidad lógica entre el apercibimiento del riesgo y la realidad de éste.

**CONSIDERANDO:** Que ante la problemática de calificar la causa de oposición estimada, bien como excepción que propicia el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con obligatoria imposición de costas) o bien entre los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala en sentencia de 6 de julio de 1979, 12 de mayo de 1980 y 8 de febrero de 1982 ha resuelto encuadrarle en el ordinal 2º del artículo 1467 citado (no ser exigible la cantidad) al reputar "que el artículo 18 del Texto refundido se limita a yuxtaponer este motivo de oposición a las excepciones propiamente dichas y motivos de nulidad, sin adscripción expresa a unas u otras, por lo que al ser la enumeración del artículo 1464 comprensiva de óbices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone existente, la inexigibilidad inicial parece más adecuadamente cobijable como motivo de nulidad" (sentencia de 8 de febrero de 1982).

**CONSIDERANDO:** Que lo expuesto motiva la ausencia de expresa condena al pago de las costas de primera instancia al no estimarse temeridad en la ejecutante, pronunciamiento que igualmente corresponde, por razón de estimación del recurso, al pago de las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad M. N. S.A. contra la sentencia dictada el veinticuatro de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma en el juicio ejecutivo de tráfico de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos esta resolución, y estimando la oposición formulada por la mencionada entidad apelante debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio ejecutivo promovido por el actor D. M. G. G. sin hacer especial declaración sobre las costas de ninguna de las dos instancias de este proceso. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 186

**186. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Deterioros en vivienda alquilada causados por tercera persona autorizada por la arrendataria para introducirse en ella. Obligaciones del arrendatario. Culpa "in vigilando" e "in eligendo". Fuerza mayor y caso fortuito. Estimación de la demanda. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que por el accionante, arrendador de una vivienda, se reclama la indemnización de los daños experimentados en el piso arrendado a la demandada, que importan un total de 362.950 pesetas, los cuales se produjeron como consecuencia de una explosión ocasionada por una tercera persona que, autorizada por la arrendataria para introducirse en dicha vivienda quien le prestó las llaves, y con el fin de suicidarse, seccionó el conducto del gas, lo que por sí mismo le causó la muerte, y posteriormente, dado que se había acumulado el gas en cantidad suficiente como para crear una atmósfera explosiva, hizo explosión, causando los referidos daños, probablemente debido a la ignición producida por la chispa que genera el contactor que cierra y abre el circuito eléctrico del grupo compresor del frigorífico. Partiendo del incumplimiento contractual propugnado en la sentencia apelada, frente al que se opondrá la parte demandada en virtud de las razones que se irán exponiendo, la normativa reguladora de la responsabilidad del arrendatario por los daños ocasionados en el objeto arrendado durante la vigencia del contrato, sustancialmente recogida en los artículos 1555, número segundo, 1563 y 1564 del Código Civil, se disciplina de la siguiente manera: A) Es principio general el recogido en el número segundo del artículo 1555, conforme al cual tiene el arrendatario, entre otras, las obligaciones de "usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado y, en defecto de pacto, al que se infiere de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra". Se impone así un deber de diligencia respecto del uso del objeto arrendado que se encauza, en términos generales, dentro de los principios de normalidad y de prudencia, de tal suerte que esa normal utilización permita también la obligación de restituir la cosa, al concluir el arriendo, "tal como la recibió" —presumiéndose por ministerio de la Ley que el arrendatario la recibió en buen estado, salvo prueba en contrato (artículo 1562)—, "salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable" (artículo 1561), pues de lo contrario surge la responsabilidad correlativa al inadecuado uso del objeto arrendado: "el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya" (artículo 1563, que es complementado por el 1568). B) Esa responsabilidad viene determinada, pues, por un dato objetivo: la pérdida o el deterioro de la cosa arrendada. Ambos términos expresan la diferente entidad o graduación de los daños sufridos en la cosa arrendada, bien sea la pérdida o destrucción total de la cosa, quedando ésta imposibilitada por completo para desempeñar cualquier función económica o jurídica, bien sea la pérdida parcial o menoscabos padecidos por la cosa, a excepción, claro está, de aquellas mermas o disminuciones padecidas por el mero transcurso del tiempo y que se reputan con sustanciales al uso, no susceptibles de engendrar responsabilidad, y de las ocasionadas por caso fortuito a que inmediatamente se hará alusión. Pero el concepto normativo de "deterioro" no cabe reducirlo a esos pequeños daños producidos por el tiempo o por el ordenado uso, porque de lo contrario holgaría la referencia que a ese deterioro se contiene en el artículo 1563, al hallarse ya contemplado en el citado artículo 1561: sino que se refiere a aquellos otros que, sin suponer la destrucción total de la cosa, son ocasionados por la falta de diligencia exigible al arrendatario, cuya responsabilidad sólo desaparece cuando se comprueba la concurrencia de una hipótesis de caso fortuito. Por consiguiente, la noción de "dete-

rioro" abarca cualquier daño o menoscabo sufrido en la cosa arrendada que ni comporte su destrucción total ni se integre dentro de aquellas pequeñas mermas que el tiempo o el uso diligente hayan podido producir. C) Dada la redacción del artículo 1563, antes transcrito, se muestra evidente la imposición normativa de una presunción de culpabilidad achacable en principio al arrendatario, la cual sólo queda sin efecto cuando pruebe éste que el daño se ocasionó sin su culpa, esto es, obedeciendo a causas fortuitas o a fuerza mayor. La doctrina jurisprudencial es unánime en tal aserto, reconociendo la plasmación legal de una presunción "iuris tantum" de culpa que exige para su destrucción una demostración en contrario (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1930, 20 de mayo de 1946, 5 de junio de 1961, 17 de mayo de 1967, 10 de marzo de 1971 y 9 de febrero de 1974), operándose en consecuencia una inversión en la carga de la prueba, que ha de ser soportada por el arrendatario (sentencias de 23 de marzo de 1953 y 23 de junio de 1956): se modela de nuevo, a estos concretos efectos, una objetivización de la responsabilidad que sólo decae cuando quede justificada la concurrencia de un supuesto fortuito; D) Aunque la responsabilidad por la pérdida o deterioro viene siempre atribuida al arrendatario, no es necesario que la causación del daño haya sido producida por éste, sino que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1564, "el arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa". Si bien una interpretación excesivamente literal, pegada al texto legal, podría inducir a estimar comprendidos en la dición "personas de su casa" tan sólo a los familiares del arrendatario o a quienes sin serlo, viven habitualmente en la vivienda arrendada, no cabe sin embargo circunscribir esta esfera dentro de tan restringidos límites sino, atendiendo las razones y finalidad de esa disposición, ampliarla hasta el punto de comprender a todos aquéllos que mantienen algún vínculo (familiar, amistoso, laboral, etc.) con el arrendatario o, lo que es lo mismo, excluyendo a aquellos extraños que introducidos ilícitamente en la vivienda pudieren ser causantes de algún daño, lo que no impediría, en su caso, el juego de lo prescrito en los artículos 1902 y 1903 y demás concordantes del Código civil: en definitiva, la noción de "personas de su casa" admite en su seno a cualquier persona que se haya introducido en la vivienda arrendada con la autorización expresa o tácita del arrendatario, cualquiera que haya sido el motivo por el que esa autorización haya sido concedida. Esta exégesis encuentra su fundamento, ante todo, en la finalidad perseguida por el legislador con la promulgación del precepto que se analiza: lo que se pretende es conceder el arrendador la máxima seguridad de que ha de ver satisfechos todos aquellos deterioros o pérdidas que tengan su origen en el desarrollo del contrato de arrendamiento, y esa protección dispensada normativamente se realiza del mejor modo legitimándose para dirigirse en cualquier caso contra el arrendatario a fin de que abone los gastos producidos por tales menoscabos, incluso aun cuando no haya sido éste el que materialmente los haya ocasionado y quepa imputarlos a un habitual o accidental tercer ocupante de la vivienda, lo que, a su vez, no impedirá en ulterior litigio discernir, en su caso, a quién incumbe responsabilizarse de los daños causados, cuestión ésta que, como es obvio, es ajena al presente pleito y no es susceptible de ser examinada. Junto a esta finalidad normativa, cabe hallar —y así se indica con exactitud en la sentencia apelada— en la responsabilidad "in eligendo" y en la "in vigilando" un complemento idóneo para la ampliación de responsabilidad configurada en el artículo 1564, porque el hecho de autorizar a un tercero para que ocupe la vivienda fuera de la presencia del arrendatario o el de permitirle la estancia en su presencia no significa sino la asunción de un especial deber de diligencia en que el grado de exigibilidad se acentúa extraordinariamente hasta el extremo de casi objetivizar la responsabilidad (con la consiguiente inversión de la carga de la prueba), precisamente en aras de proteger los derechos del arrendador que no sólo ha transmitido al arrendatario el uso de la cosa sino también la confianza de que ha de usarla y conservarla con exquisita diligencia. Si el uso normal y cotidiano de la cosa arrendada se halla sujeto a las exigencias impuestas por la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1555, número segundo), ello no obsta para aumentar en gran medida esa exigencia cuando de daños —pérdida o deterioro— se trata, atendidas las razones expuestas, hasta el punto de exonerar de responsabilidad únicamente cuando el arrendatario demuestre que el daño ha sido ocasionado en virtud de caso fortuito o de fuerza mayor. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al afirmar que el arrendatario "es responsable, según los artículos 1564, 1910 y 1903 del Código Civil, de los actos realizados por las personas que con su consentimiento se encuentren en su domicilio, por cuanto dicha situación otorga a éstos el carácter de mandatarios o gestores legales del arrendatario en lo que afec-

ta y se concluye en dicho local" (sentencia de 26 de Octubre de 1960). E) El caso fortuito o la fuerza mayor, anttesis de la culpa o negligencia, constituye, pues la única vía de exoneración de responsabilidad y, en virtud de la inversión operada en la carga de la prueba, debe ser el arrendatario quien demuestre haber acaecido tal evento, "no sólo por aplicación de la norma genérica que establece el artículo 1214 de la Ley Civil sustantiva mencionada, sino también por la específica contenida en el artículo 1183, en relación con el principio general del Derecho: *alegans casus fortuitus illum probare tenetur*" (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974, y también las de 25 de junio de 1977 y de 18 de marzo de 1978). Aun cuando los conceptos de previsibilidad y evitabilidad que recoge el artículo 1105 del Código civil son teóricamente amplísimos y de límites imprecisos (sentencia de 9 de noviembre de 1949), están necesariamente vinculados y condicionados con el grado de diligencia que en cada supuesto concreto se debe prestar (sentencia de 11 de noviembre de 1982), de tal suerte que, si bien cabría admitir, en términos generales, la concurrencia de supuestos fortuitos en "aquellos hechos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar" (sentencia referida de 9 de noviembre de 1949), ello debe ser concretado y singularizado en cada caso atendiendo precisamente al grado de diligencia que la norma impone; de tal manera que la determinación del concepto de culpa o el de su antónimo caso fortuito, y el de sus límites, no es algo que, desde una perspectiva jurídico-privada, venga precisado por las nociones vulgares o corrientes, sino que muy al contrario queda delimitado en contemplación de la regulación normativa que del concepto de diligencia se haga en cada caso concreto, bien porque así haya sido explicitado en la norma, bien porque así resulte de su adecuada interpretación, sustituyéndose por tanto el concepto de diligencia ordinaria por el de diligencia normativa impuesta por la ley, que de ordinario incrementa el grado de exigencia en el celo o cuidado por las cosas y, por ende, en la esfera de previsibilidad y evitabilidad que debe ser objeto de la atención del particular interesado, a quien se le ordena que aumente el número de hipótesis posibles susceptibles de ser previstas. Se deriva de ello que, además del elemento objetivo que configura el caso fortuito (hecho insolito o extraordinario), y al lado de las exigencias de imprevisibilidad o inevitabilidad, insuperabilidad e irresistibilidad (sentencias de 18 de noviembre de 1980 y 13 de abril de 1982, así como las citadas en aquéllas), es necesario que la causa originadora del evento dañoso sea extraña e independiente de quien se apoya en él (sentencia de 19 de enero de 1972), esto es, que ninguna intervención haya tenido, activa o pasivamente, en la causación del daño. Como sea que en el caso que aquí se enjuicia la arrendataria autorizó a un tercero a que fuese a la vivienda arrendada y le prestó las llaves de la misma, es obvia su contribución causal en la producción de aquel resultado, de tal suerte que no cabe afirmar que éste le sea totalmente ajeno: si permitió la entrada de otra persona en su vivienda, asumió a partir de entonces frente al arrendador la responsabilidad respecto de cualquier daño que ésta pudiese ocasionar, quedando sólo exculpada en cuanto a aquellos daños que ni siquiera el arrendador hubiese podido impedir. Por todas las razones apuntadas procede confirmar íntegramente la sentencia apelada, con la salvedad que inmediatamente se indica.

**CONSIDERANDO:** Que, habiéndose constatado la existencia de un error en la designación de la persona demandada, no imputable desde luego al actor, y como sea que esa circunstancia ha determinado probablemente su falta de personación durante la primera instancia, haciéndolo a partir del instante en que le fue notificada, procede, en atención a estas contingencias que no son demostración concluyente de temeridad ni de mala fe, revocar el fallo apelado en cuanto el abono de costas. En cuanto a las causadas en esta instancia, procede, de acuerdo con el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo preceptuado en la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, y dadas las circunstancias expuestas, que permiten entender inexistente la concurrencia de temeridad o mala fé, no hacer pronunciamiento a tal respecto.

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

**FALLAMOS:** Que, con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. A. C. en nombre y representación de D<sup>a</sup>. P. O. P. contra la sentencia

de veintitres de Diciembre 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 a excepción de la condena en costas de que fue objeto la parte demandada en dicha sentencia, las cuales serán satisfechas conforme a las reglas ordinarias, esto es, cada parte las propias y las comunes por mitad. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 194

**194. TERCERIA DE DOMINIO.** No es prueba del dominio del tercerista las facturas de compra y las garantías. Derecho Balear: interpretación del artº 3º de la Compilación. Condominio y fines esenciales del matrimonio. Posesión de bienes muebles: su subordinación a la posesión del inmueble en que estén instalados. *Sentencia de 5 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia desestimatoria de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor, aquí declarado en rebeldía, es apelada, reiterando la tercerista en esta segunda instancia, que los bienes embargados no son propiedad de su marido —como tales se trabaron—, sino de ella exclusivamente, tanto por haberlos adquirido la ahora apelante después de la celebración de su matrimonio, —presentó a tal efecto varias facturas y garantías de electrodomésticos extendidas a su nombre—, como por el hecho de ser de su exclusiva propiedad el piso donde se practicó el embargo, y además por regirse su matrimonio por el régimen económico de separación de bienes, ya que su esposo está sujeto al derecho foral mallorquín.

CONSIDERANDO: Que la tercería de dominio, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 18 de Mayo de 1978 y 3 de Marzo de 1980, viene a ser una acción reivindicatoria que sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes: a saber, el dominio del actor, identificación de la cosa reclamada, y posesión o detentación de la misma por el demandado; y al estar reconocidos estos dos últimos requisitos, queda por acreditar el primero: que los bienes embargados son de la exclusiva propiedad de la tercerista, pues por tal concepto se reclaman.

CONSIDERANDO: Que las dos facturas y las dos garantías de electrodomésticos presentadas con la demanda instauradora de esta litis, como justificantes de la titularidad dominical de la tercerista sobre los bienes que se reclaman —artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, no son ratificadas ni confirmadas su autenticidad en autos, como tampoco se ha probado que el piso donde fueron embargados los bienes que se reivindican —muebles, electrodomésticos, aparato de televisión y equipo estereofónico—, fuese propiedad de la hoy tercerista apelante, pues no se aportó documento alguno ni se practicó prueba de ninguna clase sobre tal particular.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente en el acto de la vista fundamentó esencialmente su pretensión revocatoria del fallo impugnado, en que al regirse su matrimonio

por el régimen de separación de bienes, imperante en esta región foral, al ser su marido de vecindad civil mallorquina, según se desprende de la partida de su matrimonio celebrado en Burgos el día 21 de Diciembre de 1971 con la aquí apelante (folio 88) y por aplicación del artículo 14 del Código Civil, los bienes embargados, objeto de esta litis, no se les puede atribuir la consideración de gananciales como lo hace el Juez "a quo".

CONSIDERANDO: Que el apartado segundo del artículo 3º de la Ley 5/1961, de 19 de Abril, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, proclama que "A falta de contrato sobre bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos", y como la ausencia de capitulaciones matrimoniales es el supuesto normal en Mallorca —no consta que el de la tercerista sea una excepción—, el régimen de separación de bienes es el que impera en esta Isla, concorde con una tradición jurídica secular de esta tierra que se suele fundamentar en la influencia y aplicación del Derecho romano. No obstante, la parte apelante olvida que la eliminación de la presunción muciana en la Copilación balear, determinó sus sustitución en dicho Cuerpo legal por una presunción de copropiedad —artículo 3.3.—, similar a la del actual artículo 1362 del Código Civil, que no encaja técnicamente en el contexto de un régimen de absoluta —término empleado en el transcrito precepto— separación de bienes. Innovación que ha merecido severa y adversa crítica por parte de la doctrina foralista, dada la generalidad en que está redactada: "Pertencerán por mitad y por indiviso a ambos conyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno". Mas tal presunción hay que relacionarla necesariamente con la celebración de un matrimonio, con sus fines y las consiguientes obligaciones de los cónyuges, y con ello es de perfecta formulación, en cuanto su aplicación se circunscribe, como en el presente caso al ámbito del mobiliario de uso ordinario del hogar, supuesto en que pensaron los redactores de la Compilación al establecer la transcrita presunción de copropiedad. En efecto, y con referencia al caso que se contempla, es indudable que la adquisición de los muebles, electrodomesticos, televisor y sistema estereofónico ahora embargados y aquí reclamados, se verificó para la familia y en atención a la misma, en cumplimiento de los deberes que gravitan sobre el patrimonio de los cónyuges en cuanto al levantamiento de las cargas familiares, y no para que pasaran a integrarse en uno de los patrimonios privativos de los consortes. Amén que por aplicación de los principales poseosorios de los artículos 448 y 464 del Código Civil, se estima que sobre tales bienes existe una copropiedad de ambos cónyuges, toda vez que como antes se expuso, la tercerista-apelante no ha aportado elemento probatorio alguno de que el piso donde se practicó el embargo sea de su propiedad. Si se tiene presente que dicha presunción de copropiedad es más una norma de índole procesal que un precepto sustantivo, ya que sólo entrará en juego cuando se disuelva el vínculo matrimonial o se suspenda la vida común por la oportuna resolución civil o eclesiástica y se proceda a la liquidación matrimonial del mismo, supuesto que no es el de autos, se llega a la conclusión de la improcedencia total de la reivindicación formulada por la tercerista y por ende a la confirmación del fallo desestimatorio recaído.

CONSIDERANDO: Que toda vez que sólo se ha personado una parte en esta segunda instancia, huelga hacer declaración especial respecto a las costas de este recurso.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>º</sup>. R. L. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiseis de Noviembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el lltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio de tercería de dominio —trámite de mayor cuantía— de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Dada la rebeldía del demandado Don J. L. R. y la incomparecencia en esta segunda instancia del codemandado Don A. M. P., notifiquese 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.

**198. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Acción indemnizatoria. Prescripción: interrupción mediante requerimiento notarial de mandatario verbal del perjudicado. Culpa in vigilando e in eligendo: solidaridad. Doctrina del T.S.- Cosa Juzgada: no la supone el fallo penal que predica la existencia del hecho. *Sentencia de 7 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el pronunciamiento parcialmente estimatorio de la pretensión indemnizatoria que la C. T. N. dedujo contra el demandado en ejercicio de la acción derivada del artículo 1903 del Código Civil ha sido impugnado: 1) Por el demandado, en base a los motivos de oposición formulados en la instancia: a) Prescripción de la acción; b) Defectuosa constitución de la relación jurídico procesal; c) Cosa juzgada; d) Culpa de la actora y 2) Por la demandante, en base a que la desestimación parcial del quantum indemnizatorio solicitado ha sido incorrectamente fundamentado.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de oposición formulado por la parte demandada debe desestimarse, como correctamente hizo el juzgador "a quo", por ser inatendible la alegada ineficacia del requerimiento efectuado por Don J. M. V., pues que éste no acreditara documentalmente el encargo recibido de la C. T. en nada obsta a la constatada realidad de un mandato expreso, especial y verbal que revelando la voluntad conservativa de la actora impide se pueda imputar lealmente a ésta —máxime cuando el demandado admite en confesión judicial que siempre ha tenido al recurrente por delegado de la T. en Menorca— el abandono sustentador del instituto prescriptorio que, por no hallarse fundado en un principio de justicia intrínseca, debe ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 31 de enero y 9 de marzo de 1983.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al segundo de los motivos impugnativos dado que: a) en los supuestos de culpa in vigilando o en eligendo existe entre los responsables por uno y otro concepto, la solidaridad consagrada por la doctrina científica como "solaridad impropia" (Sentencias del Tribunal Supremo 24-3-53, 14-2-64, 27-10-82, entre otras); b) es doctrina apoyada en el artículo 1144 del Código Civil y constantemente declarada por la jurisprudencia que existe solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo (Sentencias del Tribunal Supremo 28-10-72, 20-3-75, 3-1-79, 30-12-81 y 28-5-82, entre otras); y c) que tal vínculo de solidaridad excluye toda posibilidad de oponer y apreciar la existencia de situaciones litis-consorciales necesarias (Sentencias del Tribunal Supremo 16-3-71 y 28-5-82) como las invocadas como existentes entre el demandado propietario del camión, el conductor de éste y la compañía constructura.

CONSIDERANDO: Que para la inatendibilidad del tercer motivo de oposición es suficiente recordar que, como reiteradamente tiene declarado el tribunal Supremo, "fuera del supuesto previsto en el párrafo 1º del artículo 116 L.E.C.R. —declaración de que no existió— los Tribunales de lo Civil tienen facultades no solamente para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica" (sentencia del Tribunal Supremo 30-5-83 que a su vez recoge la doctrina proclamada por las sentencias de 4-2-43, 2-7-65, 3-5-67 y 20-1-70), por cuanto la responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas o negligentes son especies jurídicas que, aunque expresivas de un mismo

principio y culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil.

**CONSIDERANDO:** Que la desestimación del cuarto motivo de impugnación se impone como obligada conclusión desde el momento que la invocación culpabilista que lo estructura resulta inatendible tanto en la eficacia excluyente pretendida en primera instancia como en la compensatoria solicitada en ésta, pues además de no haberse acreditado el hecho fáctico en que se sustenta, ha quedado probado en el proceso la existencia de una serie de circunstancias —el vehículo circulaba con el volquete levantado; el conductor había circulado en distintas ocasiones por el mismo lugar; el cable era visible— que comporta, por un lado, la previsibilidad del daño, exigible como requisito esencial de la culpa extracontractual y obstativa al caso fortuito previsto en el artículo 1105 del Código Civil y, por otro, la actuación negligente del autor material del daño, requisito imprescindible para declarar la responsabilidad del empresario demandado.

**CONSIDERANDO:** Que el análisis del último motivo de impugnación debe iniciarse desde la precisión de los conceptos que, en el parecer de la actora han sido tratados incorrectamente en la resolución recurrida, y que son: a) la exclusión del importe de la mano de obra utilizada; b) la reducción de los gastos de transporte; c) la exclusión del concepto de dirección técnica y administración y d) la disminución del importe correspondiente al lucro cesante.

**CONSIDERANDO:** Que contrariamente a los razonamientos del juzgador "a quo" debe concederse la indemnización solicitada en la integridad de sus conceptos y cuantía en cuanto: 1º.- La utilización de mano de obra propia para un trabajo extraordinario supone la no utilización de la misma para los trabajos ordinarios con el consiguiente deterioro económico producido por el retraso de éstos; 2º.- En la sentencia recurrida se omite considerar que la reparación de lo dañado tuvo una duración de once días y que a todo concepto de "ida" corresponde el de "vuelta"; 3º.- La dirección técnica y administrativa es intervención exigida por la especialidad del servicio telefónico dañado y objeto de reparación y 4º.- El importe de 191.166 pesetas solicitado en base a los perjuicios derivados del no uso de la línea telefónica no ha sido calculado caprichosamente, como estima el juez "a quo", sino en función, como consta en el dictamen pericial obrante a los folios 122 y 123, del conocimiento técnicamente cierto del tiempo medio de ocupación de la línea telefónica dañada, corregido por una serie de valores y coeficientes determinados en el dictamen referido.

**CONSIDERANDO:** Que lo anterior conduce a fijar como cuantía a que ascienden los daños y perjuicios, una vez deducida la de 4.166 pesetas, correspondiente al valor del material retirado, la de 512.405 pesetas que coincide con el quantum indemnizatorio pretendido en la demanda instauradora de la litis, motiva la íntegra estimación de ésta.

**CONSIDERANDO:** Que no procede hacer expresa declaración sobre las costas de la primera instancia ni, sobre las de ésta.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. M. P. y estimando el recurso de apelación interpuesto por la C. T. N. contra la sentencia dictada el quince de noviembre de mil novecientos ochenta y dos por el señor Juez de Primera instancia de Mahón en el juicio declarativo de mayor cuantía de que trae causa este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando íntegramente la demanda presentada por la mencionada Compañía T. debemos condenar y condenamos al demandado Don J. M. P. a que abone a aquélla la cantidad de (512.405 ptas.) quinientas doce mil cuatrocientas cinco pesetas en concepto de daños y perjuicios más los intereses legales correspondientes a la misma desde la fecha de presentación de la demanda, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

**203. EJECUTIVO DE TRAFICO.** Culpa exclusiva de la víctima. No es óbice la no realización de maniobras de fortuna por el conductor demandado. Supuestos en que tales maniobras son exigibles. Exceso de velocidad: no resulta probado por un sedicente informe pericial fundado en declaraciones de una parte, datos estadísticos y testimonio de un solo testigo. Vía adecuada para hacer valer la excepción. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que consentida por la entidad demandada la desestimación de su alegada falta de personalidad del actor, la temática de esta alzada está compuesta por las dos cuestiones siguientes: *Primera.* - Determinar si existe culpa exclusiva de la víctima; *Segunda.* - Caso positivo, establecer si la estimación de tal defensa debe situarse entre las que determinan el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con obligatoria imposición de costas) o entre los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CONSIDERANDO:** Que el actor-apelante impugna la estimación del singular motivo defensivo recogido en los artículos 1 y 8 del Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, en base a estos dos motivos: 1) El conductor del vehículo asegurado no realizó maniobra de emergencia o de fortuna al objeto de evitar o aminorar el resultado lesivo producido y 2) Dicho conductor circulaba a una velocidad superior a la permitida.

**CONSIDERANDO:** Que como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 8-2-82, es necesario para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna: a) La temporaneidad de las mismas, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar tales maniobras; b) Que las circunstancias de lugar posibiliten su realización que vendría a alterar la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente y c) Que las mismas circunstancias no impidan la adopción de tales maniobras, cuando de adoptarlas pudiera seguirse un mal más grave, al ser obviamente aplicable al caso la doctrina del estado de necesidad, que no es exclusiva del derecho penal.

**CONSIDERANDO:** Que la aplicación de lo precitado al caso litigioso no puede conducir a la desestimación de la defensa debatida, por cuanto un nuevo examen del material litisdecisorio muestra la imposibilidad temporal de realizar maniobra alguna dado que el giro del ciclomotor conducido por el causante del actor se produjo cuando el vehículo asegurado se hallaba a escasa distancia (dos o tres metros). Inmediatez que no permite la realización de maniobra alguna evasiva, de emergencia o de fortuna destinada a paliar —y no a evitar, en este caso—, los efectos de la colisión, dado que aquéllas necesitan un espacio temporal/tiempo para que se produzca la decisión mental y la acción correspondiente.

**CONSIDERANDO:** Que tampoco el invocado exceso de velocidad puede impedir la estimación del motivo defensivo, como correctamente razonó el juzgador a quo, dado que los medios de prueba aportados no logran su finalidad verificadora por cuanto: A) El denominado informe pericial —en rigor documento por no haberse sujetado al cauce proce-

dimental adecuado a tal medio probatorio— ha sido emitido, por una parte, en base a declaraciones de la parte actora y, por otra parte, sobre datos estadísticos y no obtenidos por medio de un previo análisis de la realidad; B) La percepción personal de un testigo no es medio idóneo para determinar un exceso de velocidad de 10 kilómetros por hora.

**CONSIDERANDO:** Que la segunda cuestión enunciada debe resolverse a favor de la tesis impugnativa como lo tiene declarado esta Sala al expresar en Sentencia de 8-2-82 "Que, una vez más, la peculiar naturaleza del proceso ejecutivo de tráfico, en el que el título es de producción automática obligatoria dictado por el juez penal, se plantea, a efectos de declaración de costas, la necesidad de "situar" la causa de oposición estimada, si entre las excepciones que propician el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con la obligatoria imposición de costas por vencimiento) o bien entre los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, disyuntiva resuelta por esta Sala en las Sentencias 124/1979, de 6 de julio y 78/1979, de 6 de julio y 78/1980, de 12 de mayo, en el sentido de encuadrarla en el ordinal 2º del citado artículo 1467 ("no ser exigible la cantidad"), el reputar que el artículo 18 del texto refundido se limita a yuxtaponer este motivo de oposición a las excepciones propiamente dichas y motivos de nulidad, sin adscripción expresa a unas u otras, por lo que al ser la enumeración del artículo 1464 comprensiva de óbices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone existente, la inexigibilidad inicial parece más adecuadamente cobijable como motivo de nulidad solución además asistida de indudable fundamento de equidad y que por ello impone su adopción".

**CONSIDERANDO:** Que al no estimarse obviamente temeridad en el actor no procede hacer expresa declaración sobre el pago de las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución, sobre las de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don J. Ll. V. contra la sentencia 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, revocando en parte dicha resolución, declarar la nulidad del referido juicio ejecutivo promovido por el citado apelante, sin hacer expresa declaración sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 204

**204. SEPARACION MATRIMONIAL** Pensión compensatoria; requisitos para su concesión. Obsta a ella el que la postulante viviera con independencia desde que se produjo la ruptura de la convivencia, muy anterior, y la relación estable con varón lo que es causa extintiva de la acaso concedida e impositiva del nacimiento del derecho de ella. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que consentida por los litigantes la resolución de instancia en

cuanto decreta su separación matrimonial, la temática de esta alzada queda circunscrita a determinar si la actora tiene derecho a percibir la pensión indemnizatoria o compensatoria establecida por la normativa contenida en el artículo 97 del Código Civil —derecho negado por el demandado recurrente en vía adhesiva— y, en su caso, fijar su cuantía dada la disconformidad de la actora, recurrente principal, con la establecida por la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que la exposición que el juez o quo realiza en el segundo considerando de la sentencia recurrida sobre los caracteres de la pensión normada por el artículo 97 del Código Civil —exposición básicamente compartida por esta Sala— debe complementarse con las siguientes notas: e) el nivel de vida cuyo descenso constituye uno de los elementos necesarios para la declaración del derecho ha de haberse tenido durante el último periodo de normalidad matrimonial y b) el desequilibrio económico del cónyuge que reclama la pensión ha de existir en el momento y como consecuencia de la ruptura de la convivencia conyugal, sin que circunstancias o alteraciones posteriores puedan originar el derecho que se pretende.

**CONSIDERANDO:** Que son antecedentes fácticos esenciales a efectos resolutorios los siguientes: 1).- Los litigantes contrajeron matrimonio el 30 de septiembre de 1950; 2).- De dicha unión nacieron dos hijos: M. D., de 24 años de edad y F., fallecido; 3).- Desde 1961 la convivencia matrimonial se interrumpió sin que haya sido posible su reanudación (hecho concordado por los litigantes en los escritos principales del proceso); 4).- Durante tal periodo de tiempo cada litigante, mediante unión no matrimonial, estableció afectiva y económicamente su vida con independencia del otro y 5).- Durante dicho tiempo la actora no ha ejercitado acción alguna, cualquiera que fuera su naturaleza y fundamento, destinada a obtener prestación económica del demandado.

**CONSIDERANDO:** Que aplicada la doctrina expuesta anteriormente al supuesto fáctico conformado por los datos precitados no existe causa estimatoria de la pretensión impugnativa actora, pues la independencia económica y afectiva de que la esposa gozó después de la ya lejana ruptura de la convivencia conyugal es contraria al requisito temporal y causal exigible para la declaración del derecho a percibir una pensión indemnizatoria. Conclusión negativa que igualmente se obtendría atendiendo a la estable relación marital mantenida por la actora con otro hombre desde 1961 —unión de la que nació un hijo como ha quedado acreditado plenamente— pues considerada normativamente (artículo 101 de Código Civil) tal relación como causa de extinción de la pensión concedida es clara su condición impositiva del nacimiento del derecho al percibo de la misma.

**CONSIDERANDO:** Que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta instancia.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. M. A. C. y estimando el de igual clase y carácter adhesivo formulado por Don F. M. C. contra la sentencia dictada el veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, en el proceso matrimonial de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos esta resolución en el sentido de declarar que la actora no tiene derecho a percibir la pensión regulada por el artículo 97 del Código Civil.

Se confirma el resto de la resolución recurrida y no se hace especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 207

**207. DIVORCIO.** Pensión alimenticia a favor de los hijos al cuidado de la madre. Actividad laboral de la misma. Necesidad de que la pensión compense las atenciones de que por causa de su ocupación la madre no puede dispensar a aquellos. Pensión compensatoria. Improcedencia. *Sentencia de 20 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el objeto de esta alzada queda exclusivamente centrado en la revisión de la cuantía de la pensión alimenticia en la sentencia de instancia en favor de los hijos del matrimonio (artículo 93 del Código Civil), así como en la dilucidación de la procedencia —y, en su caso, el importe— de la pensión compensatoria recogida en el artículo 97 del mencionado Código. En cuanto al primer extremo, y haciendo propios los claros razonamientos expuestos en la resolución recurrida sobre este particular, conviene no obstante puntualizar lo siguiente: a) el marido, en efecto, mantiene —a la vista de los elementos probatorios obrantes en autos— un ritmo de vida que denota con suficiente claridad que sus ingresos o percepciones laborales son muy superiores a lo que realmente consta acreditado; b) los dos hijos del matrimonio, nacidos durante 1976 y 1978, conllevan unos gastos que aumentan progresivamente con la edad y que, dado el estado social en que se desenvuelven, precisan de unas atenciones difícilmente soportables con la señalada pensión; c) si la esposa desarrolla una actividad laboral, al igual que hacia antes de producirse la ruptura matrimonial —y ello, como ha de verse, impide la concesión de la pensión compensatoria reclamada—, es obvia la necesidad de suplir económicamente las atenciones que, en caso de no trabajar, hubiere ella misma dispensado a sus hijos. Son estas razones que, unidas a las recogidas en la sentencia apelada, presentan una fuerte consistencia como para elevar el montante de la pensión alimenticia que se otorga en favor sólo de los hijos del matrimonio hasta la suma de 40.000 pesetas mensuales. En cuanto al segundo de los extremos, el relativo a la pensión compensatoria, no se hace procedente la concesión de cantidad ninguna, toda vez que no se ha probado ningún desequilibrio experimentado por la esposa a raíz de la ruptura matrimonial: si ésta sigue trabajando, sin que el fracaso matrimonial haya incidido en manera alguna en su actividad laboral, y no consta que se haya producido mutación sustancial alguna en su patrimonio, ni en sus ingresos ni en sus expectativas, siendo parejas las situaciones anterior y posterior a la separación matrimonial, no existe ninguna razón consistente para otorgar la pensión postulada, por lo que debe ser confirmada en este extremo la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

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

**FALLAMOS:** Que, con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor C. P. en nombre y representación de D<sup>o</sup>. M. A. T., contra la sentencia de veinticuatro de Enero del corriente año, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente a excepción del montante de la pensión alimenticia decretada, que deberá ser de cuarenta mil pesetas (40.000 ptas.) mensuales, manteniéndose idénticos los restantes pronunciamientos contenidos en dicha sentencia. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

**210. ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Subarriendo, cesión o traspaso. Doctrina del T.S. sobre régimen de carga de la prueba. Alegación de que el tercero se ha introducido en el local merced a un contrato de trabajo probado documentalmente. Necesidad de probar que tal documentación no es simulada. La presunción que surge de dicho contrato cede ante la de traspaso cesión o subarriendo. Estudio de la prueba y estimación de la demanda. *Sentencia de 24 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que la acción ejercitada por la arrendadora tiene como objeto la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por la introducción de un tercero en el local arrendado sin el cumplimiento de la normativa aplicable a tal evento (artículo 114, número segundo, de la Ley de Arrendamientos urbanos), y frente a ello ha sido aducida por el arrendatario la existencia de una relación laboral entre él y el tercero presuntamente introducido, que hace ineficaz la acción ejercitada y mantiene inalterada la relación locativa. Es conveniente, para una más completa delimitación de lo discutido, partir de los siguientes hechos, que se reputan debidamente demostrados a tenor de los elementos probatorios aportados: a) arrendadora y arrendatario suscribieron el contrato de referencia, en una de cuyas cláusulas se pactó expresamente la prohibición de subarrendar o ceder a terceros el local arrendado; b) habiéndole surgido al arrendatario la posibilidad de desempeñar un trabajo de temporada en otra localidad, cosa que aceptó, mantuvo conversaciones con una tercera persona con el objeto de que fuese ésta quien se hiciese cargo del negocio de bodega desarrollado en el referido local, y con tal fin, y con la intervención de un abogado que se encargó de hacer las gestiones oportunas y de enfocar técnicamente los deseos de aquéllos, suscribieron un contrato de trabajo temporal en el que, entre otras cosas, además del salario pactado, se hizo constar que habría liquidación diaria de la caja con el empresario-arrendatario y, en su defecto, con su esposa, previéndose un libro de liquidaciones en que se firmaría diariamente la conformidad de ambos con la liquidación realizada, y conviniéndose también que el trabajador se haría cargo del dinero para proceder a su ingreso o para hacer frente a los pagos que surgiesen, liquidándose por este concepto entre las partes cada vez que lo estimasen conveniente; c) el arrendatario ha efectuado los abonos a la Seguridad Social que, con motivo de este contrato, se han devengado durante tres mensualidades y hasta que finalizó esa relación laboral, y asimismo ha satisfecho los gastos de mantenimiento del local (agua, gas y electricidad, impuestos y contribuciones, etc.); d) el tercero introducido en el local ha venido pagando diariamente la cantidad de 5.000 pesetas al arrendatario, a la finalización de la jornada y después de firmar en el mencionado libro de liquidaciones, siendo la esposa de aquél la que materialmente ha efectuado tales menesteres de firma y de cobro; el resto de la caja del día ha quedado en poder del tercero de referencia, ignorándose las cantidades reales por él manejadas y no constando si se practicó alguna liquidación por tales conceptos; tampoco aparece referencia ninguna al modo como era llevada la adquisición de mercancías ni, en general, a todo lo relacionado con este extremo; e) como consecuencia de discordancias habidas entre el arrendatario y el referido tercero, se produjo un serio altercado que desembocó en la finalización de aquella relación laboral y en la instrucción de diligencias penales que, al parecer, continúan en tramitación; fruto de ello fue el requerimiento notarial inmediatamente practicado a instancia de la arrendadora y dirigido al tercero —que a la sazón continúa ocupando el local arrendado— en que éste manifestó hallarse allí en concepto de realquilado y abonar las 5.000 pesetas diarias ya mencionadas.

**CONSIDERANDO:** Que es doctrina jurisprudencial conocida la que, partiendo de que son requisitos para la eficacia del número segundo del artículo 114 de la vigente normativa arrendaticia el que se produzca una sustitución en el uso o goce de la cosa arrendada y que ella se verifique incumpliendo los requisitos necesarios para su validez (sentencias de 13 de mayo de 1955 y de 11 de diciembre de 1975), reconoce que en materia subarrendaticia se dan unas particulares circunstancias que propician, en evitación de la resolución contractual inicial, la ocultación o disimulación de la relación sublocativa, y precisamente atendiendo a tal circunstancia —a la dificultad probatoria con que se encuentra el arrendador— se admite que la probanza de esa relación encubierta no sea efectuada de una manera circunstanciada y exhaustiva ni, desde luego, se extiende a precisar si constituye una cesión, un traspaso o un subarriendo (sentencias de 24 de marzo de 1953, 4 de marzo de 1955 y 18 de diciembre de 1959), sino que, lejos de precisiones probatorias y calificaciones jurídicas casi imposibles de realizar, basta con demostrar la presencia de un tercero en el local arrendado para que sea operativa la presunción de que se ha introducido indebidamente o ilegalmente un tercero ajeno a la relación arrendaticia (sentencias de 14 y 19 de enero de 1952, 25 de mayo de 1954, 10 de marzo y 19 de octubre de 1955, 29 de marzo de 1958, 7 de diciembre de 1959, 3 de mayo de 1961, 16 de noviembre de 1962 y 29 de febrero de 1972), ocasionándose así una inversión en la carga probatoria que obliga al arrendatario a demostrar que la estancia de ese tercero obedece a causas justificadas (sentencias de 22 de junio de 1971 y 30 de mayo de 1972).

**CONSIDERANDO:** Que, frente a la presunción de ilegal introducción de un tercero en el local arrendado, opone el arrendatario como hecho obstativo la vigencia de una relación laboral mediante entre aquél y éste, acreditándolo formalmente en virtud del contrato temporal de trabajo por ellos suscrito y por el efectivo abono de las cuotas de la seguridad social, satisfechas por el arrendatario como empresario del negocio en que interviene dicho tercero en condición de trabajador asalariado. No obstante, aunque una aducción tal sea susceptible —por sí misma, apriorísticamente y sin ninguna otra consideración— de enervar la pretensión resolutoria, es necesario, además de la aportación de los justificantes de la relación jurídica laboral, ordinariamente documentales, demostrar que se corresponden con la realidad, es decir, que existe una perfecta concordancia entre lo escrito y lo vivido o, en otras palabras, que los documentos y demás elementos probatorios son un vivo reflejo de la realidad. Bien es cierto que esta correlación entre documento y realidad suele apreciarse casi automáticamente en una gran generalidad de casos, operándose pues una presunción de concordancia con la realidad, pero ello cede frente a hipótesis en que concurre una presunción contraria que, por ministerio de la ley o merced a la doctrina jurisprudencial, goza de mayor fuerza: la presunción de introducción ilegal de un tercero en el local arrendado es eficaz mientras no quede materialmente demostrado que ello está justificado, y esto desde luego no ocurre con la mera suscripción formal de un contrato de trabajo, sino que se hace preciso demostrar precisa y detalladamente el real funcionamiento o desenvolvimiento de esa relación laboral en cada uno de sus aspectos o matices, hasta el punto de que no quede ningún resquicio o asomo para la duda. No sostener esta afirmación conduciría a otorgar prevalencia al aspecto formal de las relaciones jurídicas sobre su aspecto material y, en consecuencia, a desvirtuar la presunción normativa aludida que, de esta manera, devendría ineficaz: si lo jurídico ha de estar enfocado hacia lo real, se hace preciso que la presunción normativa de una realidad sólo pueda ser destruida por la constatación de otra realidad distinta, y no con meros elementos probatorios de índole formal no contrastados con lo realmente hecho o vivido. Por consiguiente, el ángulo desde el que debe ser estudiada la cuestión litigiosa no se halla en la antítesis entre presunción normativa de introducción ilegal y existencia de relación laboral obstativa, sino entre ésta y el concepto de disimulación de subarriendo: se hace preciso examinar, en consecuencia, la realidad de dicha relación laboral y si se corresponde ésta con las relaciones realmente habidas entre quienes en ella están implicados, pues sólo demostrándose esa correlación puede ser eficaz el hecho impositivo aducido por el arrendatario.

**CONSIDERANDO:** Que no puede prosperar la pretensión del arrendatario al no quedar probada la realidad de la relación laboral por él propugnada, ya que, si bien consta la efectiva suscripción de un contrato de trabajo y el abono correspondiente a la seguridad social, han quedado indemostrados dos aspectos esenciales para que efectivamente esa rela-

ción pueda ser reputada como laboral. En efecto: A) No consta en modo alguno que fuese el arrendatario quien dirigiese el negocio de bodega como si fuese empresario: la casi permanente ausencia de éste y la delegación en su esposa —quien al parecer se limitaba a recoger materialmente la cantidad diaria estipulada—, así como los plenos poderes conferidos al tercero para adquirir mercancías y efectuar pagos, sin ningún control o fiscalización que esté demostrado, evidencian que quien formalmente aparece como mero empleado ostenta facultades que excedan de su cometido normal, pues el arrendatario no ha aportado justificación ninguna escrita de las adquisiciones o pagos realizados, como correspondería si es que hubiese dirigido personal y eficazmente su negocio. B) La percepción de 5.000 pesetas diarias sin control ninguno sobre el total diario ingresado, y la dejación del resto obtenido, cuyo montante real es desconocido, en manos del tercero para atender unos gastos también desconocidos y desde luego no controlados por el arrendatario, evidencian que aquél, lejos de ser retribuido en virtud de salario —tampoco consta el efectivo pago de los salarios pactados—, participaba en todos los beneficios a salvo de las mencionadas 5.000 pesetas más los gastos mismos del negocio. La combinación de todos estos elementos permite afirmar que lo acordado entre los interesados fue una relación subarrendaticia con diversos elementos asociativos, ocultada por una fingida de orden laboral.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor Don J. C. P. en nombre y representación de Don J. M. T. R. contra la sentencia de dos de febrero de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la rebeldía del demandado Don A. G. M., 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: Carlos Climent Durán.

## 211

**211. DIVORCIO.** Pensión compensatoria. Factores a tener en cuenta para su concesión. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, estando centrado el objeto de esta impugnación en la regulación de la vertiente económica derivada de divorcio (pensiones alimenticia y compensatoria de los artículos 93 y 97 del Código civil), ha de notarse, ante todo, que el matrimonio, como institución jurídica peculiar y compleja, caracterizada por un entramado de relaciones e intereses personales, sociales y económicos que se desenvuelven durante su existencia, proyecta sus efectos de toda índole más allá del período de su vigencia y, en caso de haber sido disuelto (artículo 85 del citado Código), exige una adecuada ordenación del

estado de cosas anterior: aunque el divorcio significa la disolución o terminación del matrimonio, dejando de estar sujeto a la normativa ordinaria aplicable a un estado matrimonial normal, no por ello dejan de subsistir numerosas situaciones humanas o económicas que exigen una adecuada solución atemperada al nuevo estado de cosas. Es obvio que la situación posterior a la disolución matrimonial está fuertemente condicionada por cuanto ha sucedido durante la vigencia del estado matrimonial y, consiguientemente, todo esto ha de repercutir decisivamente en la conformación de esa ulterior situación: el entramado de actividades, prestaciones, aportaciones y contribuciones de cualquier naturaleza efectuadas por los cónyuges ha de ser —en la medida de lo posible, habida cuenta la dificultad probatoria en una materia en que la buena fe ha solido presidir su desarrollo— inventariada y compensada, procurándose la mejor aproximación a una solución justa y equitativa dado que, en la mayor parte de los casos, deben ser cuantificados elementos de naturaleza muy diversa y difícilmente mensurables. Nuestro ordenamiento jurídico (artículo 97 del Código civil) parte, como medio de acercarse a esa determinación, de los elementos objetivos proporcionados por el estado de cosas existentes al tiempo de la separación o del divorcio, y exige, además del obvio requisito de que se haya producido una separación o un divorcio, que uno de los cónyuges —el reclamante— se encuentra en una situación económica inferior a la mantenida durante la subsistencia del matrimonio, jugando así la norma con términos comparativos temporales; pero impone además —acumulándose al anterior requisito— que quien reclama se halle en una situación económica también inferior a la del otro cónyuge, lo que significa el juego de términos comparativos personales: sólo la combinación de ambas condiciones comparativas —temporal y personal— ha de permitir la obtención de la pensión compensatoria o indemnizatoria normativamente prevista. Para la concreción de la cuantía de la compensación económica se acoge nuestro ordenamiento a elementos de muy diversa naturaleza que cabe reconducir, bajo un criterio de orden temporal, a aquéllos que están referidos a actos y hechos ocurridos durante el matrimonio y a aquéllos otros que, condicionados por la anterior existencia del matrimonio, tienen una proyección de futuro: entre los primeros aparecen mencionados, a modo de ejemplo, los acuerdos anteriores de los cónyuges, la dedicación pasada a la familia, la colaboración laboral en las actividades del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (números 1º, 4º, 5º y 6º); entre los segundos, la edad y estado de salud del reclamante, la cualificación profesional y las probabilidades de acceder a un empleo, la dedicación futura a la familia, la eventual pérdida de un derecho de pensión (números 2º, 3º, 4º y 7º). Así pues, los criterios normativos se acogen a una concepción que ve en el matrimonio una institución jurídica con unos rasgos muy característicos, entre los que tanto su duración prolongada en el tiempo como la incidencia de factores de la más diversa índole, tanto económicos y sociales como humanos y psicológicos, así como la contemplación de los frutos humanos que es susceptible de producir —y que gozan de preferente y particular protección—, constituyen aspectos que no terminan tajantemente al tiempo de decretarse la separación o el divorcio, sino que se prolongan en el tiempo indefinidamente y deben ser objeto de regulación a falta de acuerdo entre los interesados. Aquellos datos objetivos contemporáneos a la terminación de la relación matrimonial (empeoramiento temporal y personal), y los anteriores y posteriores a esa finalización deben siempre atender, y están decisivamente condicionados, por las posibilidades económicas de quien debe prestar la pensión compensatoria y por las necesidades de quien debe recibirla (número 8º del artículo 97), convirtiéndose así éste en elemento fundamental y preferente para cuantificar el montante de la pensión a conceder.

**CONSIDERANDO:** Que, haciendo aplicación al presente caso de cuanto acaba de señalarse, aparecen suficientemente claras las necesidades de la esposa reclamante, madre de tres hijos de 14, 12 y 10 años de edad, quien ha prestado y ha de prestar todos los cuidados y atenciones a los mismos; así como las posibilidades económicas del marido, quien obtiene amplios ingresos por razón de su trabajo, superando con amplio margen los seis millones de pesetas líquidas, amén de tener la propiedad de algún inmueble y otros costosos aparatos médicos. Aun cuando hubo dos pactos conyugales, suscritos con anterioridad al divorcio ahora decretado, con motivo de haber acordado su separación, habiéndose fijado de comun acuerdo la cantidad de 60.000 pesetas para cubrir las necesidades de la esposa e hijos (acuerdos suscritos en 1978 y 1979, éste homologado en la sentencia canónica de separación), y aunque por el esposo se reclama el estricto cumplimiento de lo así

pactado, aumentándose proporcionalmente la cantidad convenida con los aumentos porcentuales habidos en sus ingresos, lo que significaría cifrar la pensión a conceder en la cantidad de unas 90.000 pesetas mensuales, frente a las 105.000 pesetas concedidas en la sentencia de primer grado (60.000 pesetas para los hijos en concepto de pensión alimenticia — artículo 93— y 45.000 pesetas para la esposa en concepto de pensión compensatoria — artículo 97—), es lo cierto que tales pactos no son en modo alguno vinculantes sino que, de acuerdo con el número primero del citado artículo 97, constituye un elemento más de enjuiciamiento sin valor vinculante ninguno y tan sólo meramente orientativo en relación con los restantes enumerado en él, sea estimado por el juzgador como condicionante del importe de la pensión a su libre y entera discrecionalidad. Tales pactos se muestran indudablemente como un elemento de juicio de considerable importancia, pero los elementos probatorios traídos a los autos, apreciados en su conjunto, denotan la insuficiencia probable de esas cantidades para subvenir a los gastos ordinarios, dado el estado y nivel de vida de los cónyuges, por lo que deben ser incrementados hasta el límite señalado en la sentencia de instancia, y además el esposo habrá de abonar los gastos educativos ordinarios de sus hijos, ya que de lo contrario haría parcialmente ilusoria la pensión así asignada. Por consiguiente, ha de mantenerse la pensión alimenticia de los hijos en la cantidad de 60.000 pesetas más los gastos de colegio de los tres hijos, así como la pensión de 45.000 pesetas mensuales en favor de la esposa.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor S. en nombre y representación de Don R. R. L. y con parcial estimación del recurso de apelación promovido por el Procurador señor B. en nombre y representación de Doña G. R. P., contra la sentencia de veintitres de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos, debiendo abonar el esposo las cantidades allí señaladas más los gastos de escolarización de sus tres hijos. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 219

219. JUICIO EJECUTIVO. Póliza de préstamo. Legitimación activa del fiador que paga por el deudor principal. Acciones que le asisten: de reembolso, en base a la fianza, y subrogatoria, a partir de la relación acreedor originario-deudor principal. Acción ejecutiva cuando se utiliza la segunda posibilidad. *Sentencia de 2 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando la cuestión litigiosa sobre, la legitimación de la

parte ejecutante para valerse de la acción ejecutiva derivada de una póliza bancaria de préstamo y crédito, la cual es ejercitada por quien inicialmente se constituyó en fiador del deudor principal y que, como consecuencia de haber satisfecho en lugar de ésta el importe de la operación crediticia, ha accionado situándose en la posición del originario acreedor, se suscitan posiciones encontradas que en sustancia se fundamentan, de un lado, en lo dispuesto en los artículos 1838 y 1839 del Código Civil —reguladores de las denominadas acciones de reembolso y de subrogación— y, de otro, en consideraciones jurídico-formales derivadas de una estricta y literal interpretación de lo prevenido en el número sexto del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento civil, previo el deslinde entre aspectos sustantivos y procesales y la estimación de que aquella posible subrogación tan solo se extiende a la vertiente sustantiva de los derechos.

**CONSIDERANDO:** Que el pago realizado por un fiador, sustituyendo al deudor en el cumplimiento de su obligación principal, engendra una doble vía para resarcirse del importe satisfecho: las acciones de reembolso y de subrogación que se regulan, respectivamente, en los artículos 1838 y 1839 del Código civil (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1972 y 14 de noviembre de 1981). Como consecuencia del pago efectuado, y examinada la cuestión desde la perspectiva del deudor principal, se produce una mutación de los términos personales de la relación jurídica, permaneciendo semejante al resto: la relación obligacional se da entonces entre el deudor principal y el nuevo acreedor —antes fiador—; y éste, teniendo un indudable derecho a ser reintegrado en su patrimonio, puede servirse o bien de la relación contractual interna mantenida con el deudor principal en virtud del contrato de garantía que es la fianza (acción de reembolso) o bien de la relación contractual externa habida entre acreedor originario y deudor principal —de la que inicialmente era ajeno el mismo fiador— que, como consecuencia de su pago, ha devenido en propia por el mecanismo de la sustitución personal (acción subrogatoria). El fiador —convertido ahora en acreedor del deudor originariamente garantizado por él— puede decirse libremente por una u otra relación jurídica: si opta por el conducto del reembolso, deberá estar a lo acordado particularmente con el deudor principal al tiempo de constituirse la fianza; si se acoge a la relación jurídica principal, se subroga “En todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor” (artículo 1839) y, por lo tanto, si el acreedor originario estaba investido de la potestad de utilizar la acción ejecutiva, ha de entenderse que asimismo estará facultado el nuevo acreedor, situado en la posición de aquél, para valerse de ella: mantener otra cosa equivaldría a mutilar la institución de la subrogación y a introducir distintos que la misma norma desconoce. Razones de mera lógica y de funcionalidad apoyan esta consideración: si la finalidad que los aludidos preceptos persiguen es la de procurar el resarcimiento del fiador que pagó —el cual cumplió así una obligación en espera de obtener una contrapartida que, momentaneamente, queda materializada en un crédito todavía irrealizado—, es lógico estimar utilizables los mismos derechos, y por las mismas vías procesales, que aquél —el acreedor originario en cuya posición se ha subrogado— poseía y que no ha utilizado merced al pago efectuado por el tercero fiador; y además, desde un ángulo funcional enfocado hacia la realidad, sostener lo contrario conduciría a desdibujar y devaluar la figura misma del fiador al serie recortadas las posibilidades de realización de su crédito: tendría la misma posición jurídica que la del deudor principal —cuando el fiador se halla en el lado pasivo de la relación principal, esto es, antes de realizar el pago—, pero no gozaría de la misma posición del acreedor —cuando se encontrara en el lado activo de esa misma relación como consecuencia de haber efectuado el pago—. Es claro, pues, que la fianza no debe significar la implantación de ningún beneficio, pero tampoco puede suponer una situación que sea de peor condición que la de aquéllos que intervienen en la relación principal garantizada.

**CONSIDERANDO:** Que son de aplicación al caso discutido los razonamientos expuestos y que, en consecuencia, el accionante se halla perfectamente facultado para interponer acción ejecutiva fundamentada en el número sexto del artículo 1429 de la Ley procesal civil, pues la distinción pretendida por el ejecutado entre aspectos sustantivo y procesal, estimándose que sólo en lo jurídico-sustantivo se produciría la subrogación, significa la introducción de una diferenciación inadmisiblemente no reconocida normativamente, ni cabe basar la carencia de legitimación en una afirmada falta de designación del ejecutante en

el título ejecutivo, porque además de haber quedado acreditada documentalmente la causa de la sustitución personal operada, consta esa designación con claridad en el título, bien que sea en concepto de fiador: tales consideraciones, las sostenidas por el ejecutado, devienen más en formalistas o rituarías que en jurídico-formales y, desde luego, deben ceder frente a la obviedad derivada del tenor de los preceptos sustantivos antes mencionados.

**CONSIDERANDO:** Que dándose lugar a la demanda ejecutiva han de imponerse por ministerio de la ley las costas de la primera instancia a la parte ejecutada, no apreciándose razones para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en este grado jurisdiccional.

**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. A. S. en nombre y representación de Don G. O. E. contra la sentencia de quince de mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma debemos revocarla y la revocamos íntegramente y, en su consecuencia, estimando la demanda inicialmente interpuesta por el mencionado Procurador en la representación indicada debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados al demandado y, con su importe cumplido pago al actor de la cantidad de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTAS SETENTA PESETAS, más los intereses legales desde la fecha de la interpelación y los señalados en el artículo 921 bis desde la fecha de esta resolución con expresa condena de las costas causadas en la primera instancia a la ejecutada-apelante y sin hacer expresa declaración de las producidas en este segundo grado jurisdiccional. Dada la rebeldía de Doña C. G. V., 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: Carlos Climent Durán.

## 222

**222. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falsedad del título. La constituye la aceptación de la cambial por el gerente de una compañía sin la concurrencia de las demás personas que se indican en los estatutos sociales. Intranscendencia de la vía de oposición elegida (se subraya en la sentencia que lo alegado constituye motivo de nulidad del n<sup>o</sup> 1 del art<sup>o</sup> 1.467). *Sentencia de 3 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio protestada por falta de pago y promovida con base en el número 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte ejecutada opuso las excepciones de falsedad del título y de falta de provisión de fondos; excepciones que, estimadas por el juez "a quo", determinaron el fallo recaído que declara no haber lugar a pronunciar sentencia de remate

y que es objeto de impugnación en esta segunda instancia por ser improcedente, según la parte apelante-ejecutante, tal estimación; por lo que procede el examen por este Tribunal "ad quem" de dichas causas de oposición.

**CONSIDERANDO:** Que la invocada excepción de falsedad del título ejecutivo se apoya en que la letra de cambio base de esta litis, no fué legalmente aceptada por la entidad librada, A. M. S.A. ya que sólo fue firmada por su Director-Gerente que carece de facultad "per se" para aceptar cambiales en nombre de dicha compañía anónima; y, dejando a parte la cuestión de si tal causa de oposición mas que falsedad del título ejecutivo —excepción 1ª del artículo 1464 de la citada Ley Procesal— constituye nulidad de la obligación cambiaria —número 1º del artículo 1467 de la repetida Ley adjetiva—, que como tal causa y con carácter subsidiario tambien se postula en el escrito de oposición, hay que reseñar que consta reconocido en autos que la expresada letra de cambio fué aceptada unicamente por don J. M. B., Director—Gerente de la entidad librada, cargo para el que fué nombrado, de acuerdo con el artículo 32 de los Estatutos sociales, en la primera reunión que celebró el Consejo de Administración, y que desempeñó hasta dos días despues de la expedición y aceptación de la repetida cambial; atribuyendo a dicho cargo el mencionado artículo 32, entre otras facultades, la que conjunta y solidariamente con uno de los Consejeros Delegados, y con la del señor Presidente del Consejo, ostentar "la firma social para realizar cualesquiera de los aspectos señalados en el apartado 4 del artículo 29, referente a las competencias del Consejo de Administración" y entre dichas competencias se mencionan, en el referido apartado 4, la de "librar, aceptar, ceder, endosar, descontar, avallar, negociar, cobrar, pagar y protestar letras de cambio". Al tener restringida el Director-Gerente su capacidad cambiaria por los Estatutos sociales y por el propio acto del nombramiento, restricción con eficacia jurídica —según se reconoce, con carácter general, en el considerando tercero de la Sentencia de 6 de Octubre de 1975—, ya que la firma social sólo la puede validamente ejercitar si acompaña a la suya la de algunos de los altos cargos antes mencionados, lo que no se produjo en el caso que se enjuicia, pues la referida letra de cambio sólo fué firmada, como ya quedó expuesto, por el Director-Gerente de la compañía mercantil librada, es por lo que se reputa incompleta a ineficaz su aceptación, lo que determina la nulidad de la obligación cambiaria del título en cuya virtud se despachó la ejecución. Sin que tal criterio pueda calificarse, como lo hace el hoy apelante-ejecutante, de rigidez estatutaria que por comodidad quedó en letra muerta, pues se trata de una exigencia normativa de los Estatutos sociales de estricta observancia; como tampoco se puede argüir que ello choca frontalmente con dos viejos principios de derecho: 1º) el que nadie puede ir validamente contra sus propios actos, y 2º) el que nadie puede invocar en su beneficio un motivo de nulidad del que él ha sido causante; ya que el ahora recurrente, como socio fundador de la entidad librada y firmante de sus Estatutos sociales sabía que el Director-Gerente de dicha compañía, carecía "per se" de capacidad cambiaria para aceptar letras de cambio y por ello no ignoraba la ineficacia cambiaria que se producía por la sola aceptación de la letra de cambio por el Director-Gerente. Por la misma causa tampoco puede estimarse conculcación de la buena fé, igualmente aducida por la parte apelante en el acto de la vista, pues el principio de la buena fé, establecido como norma de interpretación y ejecución de los contratos de comercio en el artículo 57 del Código mercantil, y frecuentemente invocado en el Código Civil, equivale, según se desprende del artículo 1258 del Cuerpo legal ultimamente mencionado, a aquellas normas de conducta que han de ser observadas por toda conciencia honrada y leal.

**CONSIDERANDO:** Que al estimarse la nulidad de la obligación cambiaria, y sin necesidad de entrar en el examen de la otra causa de impugnación —la excepción de falta de provisión de fondos—, procede la desestimación del recurso de apelación formulado.

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

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

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don R. M. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha doce de Abril de mil novecientos ochenta y tres dictada por el señor Juez de Primera instancia de Mahón en el juicio

ejecutivo de que dimana el presente rollo, en cuanto declara no haber lugar a dictar sentencia de remate y se condena al ejecutante al pago de las costas devengadas en primera instancia; sin hacer especial imposición de las causadas en esta alzada. Ponente: Julio A. Llovet Alabau.

## 224

**224. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Timbre. Adición de timbres móviles. Legislación aplicable. Fraccionamiento de pagos y disminución del impuesto: adición de las bases correspondientes. Interpretación restrictiva de tales excepciones. *Sentencia de 5 de noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el ejecutado, después de haber dejado transcurrir el plazo establecido por el artículo 1463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin formalizar la oposición previamente anunciada, recurre contra la sentencia de remate que puso término a la primera instancia del proceso alegando que las letras de cambio base de la ejecución despachada adolecen de dos irregularidades tributarias generadoras de ineficacia ejecutiva, como son: 1º) Su extensión en efectos timbrados de clase inferior a la correspondiente y 2º) El fraccionamiento fraudulento de la letra de cambio que correspondía al negocio jurídico celebrado entre los litigantes.

CONSIDERANDO: Que el análisis de los títulos aportados con la demanda instauradora de la litis —análisis permisible pese a la conducta procesal del demandado por cuanto la naturaleza de los motivos impugnativos lo propicia— conduce a la desestimación de la impugnación deducida por las razones siguientes: A) La primera irregularidad tributaria invocada es inexistente pues cada una de las cambiales ejecutadas está reintegrada con la cuantía correspondiente a su nominal, sin que la adición de timbres móviles al objeto de completar los efectos timbrados utilizados sea obstáculo para tal conclusión dado que la adición mencionada, atendida la fecha de expedición de los títulos, era modo de reintegro autorizado por la Orden Ministerial de Hacienda de 27 de junio de 1980 y por las Disposiciones Transitorias cuartas de la Ley 32/1980, de 21 de junio y del texto refundido aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1980 y B) La segunda irregularidad fiscal consistente en el fraccionamiento fraudulento de la letra de cambio que correspondía a la negociación celebrada genera únicamente la obligación de adicionar las bases respectivas a fin de exigir la diferencia del impuesto, como expresamente establece el artículo 36.2 del mencionado Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados. Efecto que es de estricta dimensión fiscal, obviamente distinto a la ineficacia ejecutiva con que el artículo 37.1 del mismo texto legal sanciona los supuestos de extensión de la letra de cambio en efecto timbrado de cuantía inferior y de imposible asimilación a la misma en cuanto las disposiciones fiscales relativas a las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales deben ser interpretadas restrictivamente como limitadoras del derecho a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

CONSIDERANDO: Que interponer y mantener un recurso en base exclusivamente

a alegaciones inconsistentes por carecer del mínimo apoyo legal constituye conducta temeraria merecedora de ser condenada al pago de las costas causadas en esta instancia.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. R. R. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza el doce de febrero de mil novecientos ochenta y tres en el juicio ejecutivo cambiario de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución con expresa condena del apelante al pago de las costas de esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 226

**226. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Pluspetición. Complejidad contable y jurídico material que rebasa los cauces de esta clase de procedimientos. Pericial contable de la que resulta un saldo muy inferior al reclamado. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 8 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva, dimanante de dos letras de cambio protestadas por falta de pago —una por un importe de 300.000 pesetas y la otra, de 130.912 y promovida con base en el n.º 4 del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte ejecutada, aceptante de las dos cambiales, opuso en primera instancia y ahora reproduce en su calidad de recurrente en esta alzada y como único motivo impugnativo en la exposición “in voce” en el acto de la vista, la excepción de plus petición —artículo 1466 de la citada Ley Procesal—, aduciendo que el saldo resultante de las diversas operaciones mercantiles mantenidas por los hoy litigantes durante varios años, es de 79.724,22 pesetas a favor de la entidad ejecutante, si bien el informe pericial practicado en este proceso, señaló un saldo a favor del hoy ejecutante-apelado de 38.192 pesetas (folios 502/505).

**CONSIDERANDO:** Que el examen y estudio de la voluminosa y prolija prueba documental de la parte ejecutada —más de 450 documentos consistentes en facturas, recibos, albaranes, letras de cambio, notas contables, copia de un acta de protesto de una cambial, un contrato de reserva del solar n.º 253 de la Urbanización Son Ferré, emplazada al Sur del término municipal de Calviá, suscrito como adquirente por Don J. Ll. R. —uno de los Consejeros-Delegados de la entidad ejecutante—, y un talón nominativo inutilizado, todo ello sin ordenación alguna, constituye una cuestión compleja, no sólo desde un punto de vista contable, es revelador en ese sentido que el informe del perito obrante a los folios 503/505 de los autos principales, arroje un saldo inferior al reconocido y consignado en autos por la parte ejecutada, así como las diversas observaciones que el perito hace de prescindir de ciertas anotaciones existentes en determinados documentos examinados en su peritaje, sino también y fundamentalmente por una cuestión esencialmente jurídico-material, cual es si el importe de dicha “reserva” del citado solar en la Urbanización Son Ferré, que asciende a 525.000 pesetas (folio 79 de los mismos autos) y que se incluye como partida contable, tanto por el ejecutado como por el perito y que el juez “a quo” rechaza por

no constar que su firmante, el Sr. Ll. R., obrara autorizado por la sociedad ejecutante, debe computarse o nó en la liquidación de las relaciones mercantiles de los hoy litigantes y por ende en la determinación del importe de la deuda pendiente a favor de la entidad ejecutante y a cargo del ejecutado. Tal complejidad desborda ampliamente el contenido de este juicio ejecutivo, juicio especial, expeditivo, abreviado y con características propias (Sentencia, entre otras, de 20 de Mayo de 1972), lo que impide entrar en su completo examen y debida resolución en él, so pena de desvirtuar su propia naturaleza y convertirlo en un juicio exhaustivo y amplio para resolver todas las cuestiones económicas pendientes de las numerosas y dilatadas relaciones mercantiles habidas por los hoy litigantes, lo que determina el rechazo de tal excepción y por ende la desestimación del recurso formulado.

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

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

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso interpuesto por don A. S. G., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintinueve 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; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Ponente: Julio A. Llovet Alabau.

## 228

**228. JUICIO EJECUTIVO.** Naturaleza de estos procedimientos. Póliza de afianzamiento. Pago por el fiador de la cantidad límite. Cantidades adeudadas por la acreditada que exceden de tal límite. Improcedencia del proceso elegido. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 9 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el juicio ejecutivo, regulado en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil y caracterizado por las notas de especialidad —en cuanto a su objeto— y de sumariedad —en cuanto aparecen restringidos los instrumentos de que las partes pueden valerse para sostener sus pretensiones, por lo que la resolución dictada no adquiere autoridad de cosa juzgada—, tiene por objeto la efectividad de aquellos derechos de crédito que constan en títulos o documentos de tráfico mercantil o civil o por confesión de deuda, cuya realización deviene inmediata —ante la presentación de cualquiera de los instrumentos materializadores de esos créditos mediante la expedición de un mandamiento de pago o, en su caso, el embargo de bienes del deudor que garantiza el cumplimiento de la ulterior sentencia que se dicte. La contundencia de este proceso ha impuesto especiales exigencias: “la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución” (artículo 1429 de la citada Ley procesal, en su párrafo primero), es decir, sólo pueden valerse de este peculiar cauce procesal aquéllos títulos designados con claridad por la norma; y, así, se indica seguidamente que “sólo tendrán aparejada ejecución”

aquellos títulos que concretamente se mencionan, de suerte tal que cualesquiera otros, excluidos por tanto de la enumeración legal, tan sólo podrán servirse de las vías procesales ordinarias, no sujetas a especialidad ninguna. Se abren así dos caminos procesales susceptibles de ser seguidos para la realización de un crédito: el especial ejecutivo, que se constriñe exclusivamente a aquellas hipótesis normativamente determinadas debido al particular carácter de los créditos que a esa vía se acogen —fundamentado, a su vez, en la naturaleza eminentemente expeditiva del proceso—; y el ordinario, carente de privilegio ninguno y sometido por tanto a las prescripciones procesales ordinarias. El beneficio que comporta la utilización de aquel especial procedimiento —y los correlativos posibles perjuicios que para el deudor pueden derivarse del hecho de hacer efectivo un crédito sin plena cognición judicial, como consecuencia de las limitaciones que sufren las partes al no poder valerse de los medios ordinarios de defensa— obliga a mantener un criterio restrictivo sobre los supuestos incardinables en esta especial esfera procesal, hasta el punto de excluirla cuando no concurran todos cuantos requisitos son precisos, de acuerdo con la preceptiva legal, para que sea actuada: los condicionantes formales adquieren, a lado de los sustantivos o materiales, un particular relieve, y esto es así como correlativa consecuencia del prevalente papel que lo formal desempeña al tiempo de la iniciación del juicio ejecutivo, al bastar con la mera constatación externa o rituarial del documento o título que lleva legalmente aparejada ejecución y su adecuación a las coordinadas formales cuyo mero cumplimiento desata el despacho de ejecución. El privilegio ejecutivo y la restricción formal constituyen, pues, la síntesis o equilibrio entre crédito y deuda cuando aquél se incorpora a un documento del tráfico jurídico al que, sea por su importancia jurídica intrínseca sea por su frecuente utilización en los negocios, el legislador dota de especial relevancia.

**CONSIDERANDO:** Que, pretendiéndose por el ejecutante la realización ejecutiva de una póliza de préstamo y de crédito abierta hasta un límite de 500.000 pesetas en favor del ejecutado, ha sido excepcionado el pago del importe de dicha póliza, el cual fue satisfecho por un tercer garante. En efecto, ha pagado éste la indicada suma, más los intereses y demás gastos, y así ha sido reconocido por la entidad ejecutante: la cantidad que se reclama en este litigio, amparada en la mencionada póliza, está constituida por el exceso de crédito concedido por esa entidad en favor del deudor, una vez descontado el importe inicial de aquella póliza —ya satisfecho por el avalista—, por lo que el problema a resolver queda centrado en torno a si, abierto un crédito en cuenta corriente hasta una cantidad determinada, cabe extender la “fuerza ejecutiva” que indudablemente tiene el crédito inicialmente concedido —en virtud de la póliza suscrita por los interesados— a aquellas otras cantidades que, sobrepasando el máximo de ese crédito, son también entregadas a título de crédito o de préstamo. La solución del problema exige atender, antes que nada, a una consideración previa de orden procesal: con independencia de la realidad o irrealidad de lo adecuado, antes de examinar la cuestión de índole sustantiva —dentro de los estrechos límites permitidos por todo juicio ejecutivo—, es ineludible referirse a la procedencia o improcedencia de la vía procesal por la que se ha optado y verificar, en caso de asegurarse la ejecutiva y no la ordinaria declarativa, si se dan los condicionamientos formales antes aludidos. La elección de este cauce ejecutivo, más rápido y terminante que el ordinario, impone un enfoque procesal previo al material, y esto ha de ser necesariamente así aun cuando las razones sustantivas del accionante aparezcan claras e irrefutables: no cabe, pues, confundir los planos de lo adjetivo con lo sustantivo, ni utilizar valoraciones materiales para aplicarlas en el ámbito de lo formal, porque ambos aspectos, aunque interrelacionados entre sí, son diferentes y sujetos a directrices distintas cuando de la prosperabilidad de un especial juicio se trata. No seguir estas orientaciones no traería sino la consecuencia, absolutamente contraria a la seguridad jurídica y al formalismo exigido tajantemente por la misma norma, de enervar la autoridad de este específico juicio y permitir su ampliación a esferas no consentidas por su preceptiva reguladora.

**CONSIDERANDO:** Que la excepción de pago aducida por el ejecutado debe producir la eficacia que es consustancial a ella, extinguiendo en consecuencia el crédito “ejecutivo” que hasta el momento de su realización ostentaba el ejecutante contra el ejecutado. Aunque el ejecutado adeude mayor cantidad que la satisfecha —cosa que es cierta en una perspectiva sustantiva—, no adeuda nada que sea susceptible de ser reclamado por vía ejecutiva: el pago efectuado por el avalista, comprensivo de las 500.000 pesetas, más intereses

y gastos, a que ascendió la apertura del crédito en cuenta corriente —y que, desde luego, debe ser imputado, como efectivamente hizo la entidad ejecutante, al importe especificado en la póliza de préstamo y crédito—, ha hecho decaer la “ejecutividad” del crédito (lo que no impide al tercer garante que pagó acogerse a la póliza como medio de hacer efectiva ejecutivamente, frente al deudor principal, la cantidad satisfecha). No es que no se le deba nada a la entidad ejecutante, sino que, habiendo sido pagado todo lo que era reclamable por vía ejecutiva, no cabe acogerse ya a este cauce, restando la vía ordinaria declarativa para cuanto exceda del importe expresado en la póliza de referencia: sostener otra cosa conduciría a ampliar desmedidamente el campo del juicio ejecutivo y a permitir desplegar su especial eficacia ante créditos no expresamente amparados en ningún título o documento en que así se indique. El límite cuantitativo —500.000 pesetas— del crédito, como máximo que se concedía en la póliza suscrita por los interesados, impide cualquier ampliación: si ya fue cubierto, mediante el pago —sea del mismo deudor, sea de un avalista—, no caben ensanches no autorizados normativamente, pues ello equivaldría además a reconocer la posibilidad de que un mismo título ejecutivo pudiera ser hecho valer por dos veces consecutivas, contravieniéndose la letra y el espíritu de la Ley. Es en el cauce declarativo ordinario en donde debe ventilarse la cuestión aquí suscitada, y ello es así porque las consideraciones procesales o formales antedichas lo imponen ineludiblemente, incluso aunque las razones sustantivas esgrimidas se muestren como perfectamente atendibles y aun cuando ello pueda ocasionar un claro perjuicio como consecuencia de la dilación experimentada en el pago del crédito. Por todo ello, procede confirmar la sentencia impugnada al hallarse ajustada a Derecho.

CONSIDERANDO: Que no concurren razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don a. S. Ll. en nombre y representación de B. C. B. S.A. contra la sentencia de once de diciembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en esta alzada del demandado Don B. S. V., notifíquese 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.

## 230

**230. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de pago hecho al librador no tenedor del efecto. Intranscendencia cambiario. *Sentencia de 10 de noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, siendo el problema suscitado en este litigio el relativo a la eficacia ejecutivo-cambiaria de ciertos pagos efectuados por el aceptante en favor del li-

brador, ingresando fondos en la cuenta corriente de éste, cuando la acción ejecutiva es ejercitada por el tomador de los efectos —entidad bancaria en que se halla abierta esa cuenta corriente— contra el mismo aceptante, conviene sentar, como premisa conceptual de la que es ineludible partir —por venir impuesto por la peculiar naturaleza de cuanto se relaciona con la esfera de lo cambiario—, que la letra de cambio es un título-valor de índole esencialmente formal (exigencia de forma escrita modelada legalmente, cuya inobservancia impide desplegar su propia y especial eficacia) que incorpora el derecho de crédito al título o documento, produciéndose entre ellos (derecho y documento) una interrelación jurídica que le dió origen cuando es transmitido a un tercero, objetivándose respecto de ella y obteniendo una propia autonomía vinculada a la literalidad de lo consignado en este mismo documento. Tan pronto, pues, como un tercero incide en la relación cambiaria se depega ésta de la relación originaria o causal y se eleva por las vías de la abstracción que le son propias, sin volver a su punto de partida más que cuando, desaparecidas las terceras personas que penetraron en el mundo cambiario, revierte aquélla hacia las que la engendraron, supuesto éste al que jurisprudencialmente se ha reconocido la virtud de recuperar sus orígenes jurídicos y de autorizar el valimiento de cuanto jurídicamente tiene sus raíces en esa relación inicial, eliminándose las cortapisas propias de la mentada abstracción.

CONSIDERANDO: Que la abstracción propia de las relaciones cambiarias —cuando un tercero adviene a ellas—, cuya más relevante manifestación se halla en la incorporación del derecho al documento, quedando aquél constreñido dentro los límites impuestos por la literalidad de las designaciones cambiarias, trae como consecuencia, entre otras cosas, la de que el pago debe ser realizado única y exclusivamente al legítimo detentador del efecto —que, a su vez, es único y exclusivo detentador del derecho cambiario—, si es que se quiere extinguir la obligación dimanante del título cambiario; y es también condición inexcusable para operar dicha extinción que el pago —que se realiza a dicho portador— se verifique precisamente sobre el documento que instrumentó el crédito. Sólo concurriendo ambos requisitos cabe reputar extinguida la obligación cambiaria: cualquier otra cosa, incluido el pago a un tercero sin que ello produzca utilidad ninguna al acreedor cambiario, no elimina aquella relación, subsistiendo íntegra y permitiendo su efectividad por los cauces procesales ejecutivos reconocidos en la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 1429 y siguientes). Ambos requisitos tienen su apoyo, desde luego, en la normativa mercantil: de un lado, y en cuanto a la necesidad de pagar al legítimo portador del efecto, aparece reiteradamente declarado en las designaciones que en los artículos 488 y siguientes del Código de comercio se hace al “tenedor”, “persona legítima”, o “portador” de la letra; y, de otro, respecto del imperativo de pagar ante la presentación del efecto, viene expresamente exigido en el artículo 495 de dicho Código al ordenar el pago “precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación”, encontrando su complemento en el párrafo siguiente que se refiere a la subsistencia de la responsabilidad cambiaria, frente al tenedor de la letra, cuando el pago hubiese sido hecho a cualquier otro. Las estrictas normas cambiarias obligan a subordinarse a sus imposiciones sin admitir más excepciones que las expresamente regladas: otra cosa significaría confundir los planos cambiario y sustantivo, al propio tiempo que negar la especificidad propia de aquél y devaluarlo hasta el punto de privarle de la contendencia procesal que es consustancial al mismo. Frente a estos razonamientos la parte ejecutada ha aducido que pagó algunos efectos al librador del mismo, no detentador de las cambiales —excepciones de pago y de pluspetición—; y, con tal fin, alega que los abonos efectuados en la cuenta corriente del librador (abierta precisamente, según ya se ha dicho, en la entidad bancaria accionante) tienen plena validez, incluso a efectos cambiarios (en cuyo apoyo cita las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1943, 27 de abril de 1945 y de 18 de junio y 26 de noviembre de 1948), por cuanto ello ha redundado en beneficio y utilidad del acreedor cambiario.—artículo 1163, en su párrafo segundo, del Código civil— (alude, fundando así su postura, a las sentencias del mismo Tribunal de 21 de junio de 1955 y de 10 de marzo de 1960). No obstante, debe rehusarse tal razonamiento por desconocer la naturaleza abstracta y autónoma de las letras de cambio en el caso de que hayan pasado a poder de un tercero ajeno a la relación causal y originaria, y a tal efecto conviene precisar: a) que la doctrina jurisprudencial ha reconocido, en efecto, la validez de los pagos en cuenta corriente, pero tan sólo cuando la relación no es cambiaria o cuando, siéndolo, el litigio se sigue entre librador y librado sin la intervención de terceros ajenos a ello: es claro, pues, que los supuestos jurisprudenciales traídos

a colación son inaplicables a un caso en que, como el presente, es radicalmente diferente la situación jurídica de los contendientes (no litigan aquí librador y librado, sino tomador y librado); b) que los pagos realizados por el librado —cuya demostración se da aquí por supuesta y que, desde luego, no impide su discusión y deber de probanza en eventual procesal declarativo— en modo alguno consta que hayan redundado en beneficio del acreedor-tenedor de los efectos: dichos pagos fueron, al parecer, ingresados en la cuenta corriente del librador, de su propia y exclusiva pertenencia, sin que la entidad bancaria accionante obtuviese la más mínima utilidad de ello. La relación de valuta habida entre librador y tomador —aquí accionante— ha significado a éste un desembolso del que ahora pretende reintegrarse del aceptante, valiéndose para ello de los medios procesales normativamente regulados: si el librado abonó extracambiariamente el importe de las cambiales es ello algo tangencial e irrelevante para los intereses del accionante, y no apreciarlo así conduciría a destruir la mecánica usual, contemplada por la norma, de las letras de cambio así como la introducción de anomalías que harían decaer su importancia jurídica y social. No cabe, pues, confundir las esferas cambiaria y sustantiva: aquélla tiene preferencia sobre ésta y debe ser inmediatamente realizada, cosa que no impide ventilar por la vía jurisdiccional pertinente las cuestiones pendientes entre librador y librado.

**CONSIDERANDO:** Que no es dable alterar la sentencia impugnada en base a argumentaciones puramente formales derivadas de un presunto incumplimiento de la normativa sobre protestos, toda vez que la aclaración efectuada por el Notario que intervino en ellos ha subsanado cualquier deficiencia que a primera vista pudiera aparecer.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un 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 Don A. S. Ll. en nombre y representación de Don J. S. M. contra la sentencia de dos de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 233

**233. SEPARACION MATRIMONIAL.** Su planteamiento por vía contradictoria obliga a resolver las causas en que se funde, aunque el cónyuge demandado acceda a la separación una vez iniciado el proceso. Conducta vejatoria. Sentido amplio y concepto. Pensión compensatoria. *Sentencia de 14 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que la modificación operada en el Código Civil a raíz de la publicación de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en materia matrimonial, ha significado, además

de la reimplantación de su disolución por divorcio, una sustancial alteración del instituto de la separación matrimonial, cuya obtención puede lograrse por dos vías —según la voluntad de los conyuges— enumeradas en el artículo 81 del Código civil: a) en virtud del inicial acuerdo de los conyuges, bien sea porque ambos así lo pidan o bien porque lo solicite uno sólo de ellos contando con el consentimiento, suficientemente constatado, del otro (número primero); en cuyo caso se seguirá la tramitación especial recogida en la disposición adicional sexta de la referida Ley que, de acuerdo con lo que se indica en sus primeras palabras, rige para “las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos conyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro”, siendo además preceptivo el acompañamiento a la demanda de la “propuesta de convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código” (artículo 81, número primero en relación con el número segundo de la disposición adicional sexta mencionada); b) mediante la petición de uno de los conyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación (número segundo) o, en otras palabras, a instancia de un sólo conyuge cuando no haya obtenido o no conste —al tiempo de presentar su solicitud— la prestación constatable del consentimiento del otro, en cuyo caso esa falta de conformidad es suplida por la necesidad, exigida legalmente, de demostrar que el otro conyuge se halla inserto en una de las causas de separación enumeradas en el artículo 82: ello elimina toda obligación de presentar convenio regulador —insusceptible de ser obtenido ante la falta de concordancia de voluntades— y determina el seguimiento de un proceso contradictorio regulado en la disposición adicional quinta de la citada Ley. La taxatividad y claridad que, en este punto concreto, presenta la nueva norma impide correcciones o ampliaciones a hipótesis diferentes de aquéllas explícitamente contempladas so pena de quebrarla tanto sustantiva como procesalmente; ni consiguientemente es factible asimilar al primero de los supuestos enumerados el caso en que, habiéndose instado la separación por un conyuge sin consentimiento del otro, accede luego, durante la tramitación del proceso y en cualquiera de sus fases, a dicha separación, pues aunque cada uno de ellos desea obtenerla, y así lo han expresado, pueden mantener planteamientos distintos tanto en relación con la causa o causas que han abocado a su separación como respecto de las consecuencias que de ella pueden derivarse: coinciden pero no concuerdan sus voluntades o, lo que es lo mismo son contestes respecto del efecto pero no respecto de la causa ni de la vía que ha de conducir a un resultado por ambos apetecido. Por consiguiente, la ausencia de voluntades convergentes —en los términos normativamente previstos— sólo permite acudir a la vía contradictoria, y ello obliga a examinar y resolver sobre las diversas causas aducidas por los litigantes, en tanto que ellas constituyen elementos identificadores de la acción ejercitada y el principio de congruencia impone una total coherencia con las peticiones deducidas por las partes. Todo ello no impide reconocer y desear la bondad de una regulación permisiva con la real y efectiva voluntad de los conyuges —cualquiera que fuere el momento en que se manifestase—, que obviase cualquier penetración en la conducta seguida por cada uno de ellos y que, inspirada en meros criterios objetivos de índole temporal, atendiese única y exclusivamente —sin resquicio alguno a influencias provinientes del comportamiento conyugal— al interés de los hijos como medio de remediar o paliar la desagradable situación emanada de una ruptura matrimonial; pero la normativa actual impide, dados los términos estrictos que la conforman, salirse del cauce por ella marcado y ampliarla a supuestos no expresamente previstos.

**CONSIDERANDO:** Que los razonamientos condenados en la sentencia de instancia son un claro reflejo de las conclusiones a que se llega después de la lectura de los autos: tanto la causa quinta, de corte eminentemente objetivo (el transcurso del plazo de seis meses, libremente consentido por los conyuges, durante el cual han vivido separados de hecho), como la primera (conducta vejatoria del marido), ambas del artículo 82 del Código civil, han de reputarse cumplidamente probadas. Esta última, entendida, claro ésta, en un sentido mucho más amplio que el literal (como maltratar, perseguir a otro o hacerle padecer), considerada como aquel modo de comportarse en el tiempo que, sin dar origen a actos estridentes o llamativos o siendo éstos escasos, se caracteriza por la reiteración de actos de mayor o menor relieve que deterioran el papel o función asumida en el matrimonio y que, en consecuencia, significan un pequeño y permanente zaherimiento para quien, a su vez, está actuando de acuerdo con ese papel o función, esto es, de acuerdo con lo que es

esperable y aun exigible en el seno de todo matrimonio, según la configuración que actualmente presenta. Ello es, sin duda, lo que al menos ha ocurrido en el seno del matrimonio que se examina y es admisible, desde luego, dicha causa de separación, tal y como hace la sentencia que se impugna, cuyos razonamientos se hacen propios de ésta.

**CONSIDERANDO:** Que, en cuanto al montante de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, determinado en la sentencia de instancia en la suma de 90.000 pesetas mensuales, conviene no perder de vista, antes que nada, lo acordado notarialmente por los cónyuges el día cuatro de junio de 1981, en que se fijó una pensión también mensual de 30.000 pesetas, en concepto de alimentos y en favor de la esposa: dicha cantidad se deja incolume por la sentencia recurrida, como debía ser en atención a su naturaleza alimenticia, y debe ser abonada por el esposo de conformidad con lo por él menos pactado y suscrito. Pero, al propio tiempo, éste acuerdo económico —que, según se dice, continúa su vigencia— cumple la función (de acuerdo con el número primero del artículo 97 antes citado) de constituir un dato esencial, tanto positiva como negativamente, a la hora de señalar la pensión compensatoria. Cierto es que en ésta late un contenido alimenticia que, si no esencial, es al menos de cierta relevancia, y debe ser computado en el balance previo a la fijación de la cuantía de la pensión. Por lo menos, la clara y exhaustiva relación de bienes de los cónyuges, recogida en la sentencia impugnada que denota un patente desequilibrio y consiguiente empobrecimiento en la esposa, y el estado social y económico en que el matrimonio se desenvolvía, son indicadores de que la pensión a otorgar ha de tener la suficiente entidad como para permitir que la esposa pueda seguir viviendo en el piso que le fue cedido por su esposo y atender adecuadamente a sus necesidades más usuales, por lo que, además de las treinta mil pesetas que en concepto de alimentos debe percibir, se estima idónea la suma de 75.000 pesetas mensuales, éstas en concepto de pensión compensatoria, permaneciendo inalterado el resto de la resolución apelada.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar razones para un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

**FALLAMOS:** Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. C. F. en nombre y representación acción de Don B. G. T. contra la sentencia de catorce de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, a excepción de la cantidad de NOVENTA MIL PESETAS que debe ser sustituida por la de SETENTA Y CINCO MIL PESETAS, permaneciendo inalterado el resto del fallo. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Clemente Duran.

## 244

**244. ARRENTAMIENTOS URBANOS.** Obras in consentidas. Modifican la configuración las que afectan a los elementos esenciales de la construcción y a la naturaleza y resistencia de los materiales. Obras de adecuación. Su autorización se entiende insita en el contrato. Importan-

cia del factor tiempo referido al de la realización de las obras a efectos de calificación. *Sentencia de 24 de noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el problema litigioso queda enucleado en la antítesis entre "obras de adaptación" y "obras modificadoras de la configuración", posturas sostenidas respectivamente por arrendatario y arrendador, por lo que conviene hacer unas previas precisiones. Está asentado en los principios informadores de la ordenación arrendaticia urbana que cualesquiera obras que afecten a los elementos esenciales de la construcción o a la naturaleza o resistencia de los materiales en ella empleados, o que modifican la configuración del objeto arrendado (vivienda o local de negocio), aun sin alterar la solidez o seguridad de lo construido, constituyen por su propia naturaleza un acto de disposición que, siendo inherente al dominio, rebasa las facultades comprendidas en el derecho de uso, único adquirido por el arrendamiento (sentencia de 22 de noviembre de 1962). De ahí que cualquier variación incontestada por el arrendador, que se produzca durante el curso del contrato determina su resolución, según dispone el número séptimo del artículo 114 de la Ley especial arrendaticia. No obstante, la lógica y la naturaleza de las cosas ha llevado a reconocer la existencia de un lapso de tiempo —de ordinario, el inmediatamente sucesivo al momento del comienzo de la vigencia contractual— en que, atendidas las obvias necesidades de acondicionar el objeto locado al destino pactado, se suspende la facultad resolutoria hasta tanto pueda ser usado para el fin acordado. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada la que considera que en todo contrato de arriendo de local de negocio ha de entenderse comprendido el permiso, o implícita autorización, para la adecuación del local al destino pactado (sentencia, por todas, de 27 de junio de 1962); pero para que esto sea así —y no opere el defecto resolutorio apuntado— se ha estimado necesaria la concurrencia de un doble condicionante temporal y material: A) Desde un punto de vista temporal, la adaptación va referida al momento inicial del contrato (sentencia de 29 de marzo de 1971) o, lo que es lo mismo, al período de puesta en marcha del negocio ubicado en el local. Dicho lapso de tiempo nunca está predeterminado y oscila según las circunstancias de cada caso, siendo su duración apreciable discrecionalmente por los Tribunales, si bien deberán éstos atenerse a dos inexcusables puntualizaciones: de un lado, las obras de adaptación nunca son indefinidas, pues en caso contrario se habría consagrado la posibilidad de usurpar facultades soberanas del dueño (sentencias de siete de febrero de 1962 y de 21 de diciembre de 1971) o, renuncia, sin contrapretación suficiente, de esos derechos en favor del arrendatario, quien podría alterar a su albedrío y sin límites el objeto usado en concepto de arriendo (sentencia de 25 de junio de 1979), y, de otro, esas obras han de haberse realizado inmediatamente después de la iniciación del contrato o en fecha cercana a su comienzo, a menos que, realizadas muy posteriormente, justifique cumplidamente el arrendatario las razones de su ejecución (sentencia, citada, de 22 de noviembre de 1962). B) Desde una perspectiva material, las obras de adaptación han de ser las precisas para el inicio o puesta en marcha del negocio (sentencia de 17 de abril de 1964), ya que sería absurdo entregar un local para un destino prefijado sin reunir las condiciones necesarias y sin poder, al propio tiempo, adecuarlo a este destino (sentencia de 27 de febrero de 1965), pues quedaría entonces sin virtualidad práctica (sentencia de 27 de junio de 1979). Es éste un requisito asimismo determinable libremente por los Tribunales, quienes deberán atender primordialmente al texto contractual, es decir, a lo concertado acerca del destino o actividad en que debe emplearse el local. Dados estos dos condicionantes —temporal y sustantivo—, es consecuencia inmediata que cualquier obra que no se atempere a ese marco deberá ser reputada como modificadora de la estructura o configuración del local —siempre que a su vez, se den los requisitos para que así pueda conformarse—, operándose el efecto resolutorio legalmente determinado. Por consiguiente, no cabe apreciar adaptación ninguna en aquellas obras que, efectuadas con considerable posterioridad al momento de la conclusión del contrato, amplían o mejoran el local, sea afectando su seguridad sea su configuración (sentencia de 17 de Octubre de 1964), pues en tales casos no existe acomodación a un destino sino mera conveniencia del arrendatario (sentencia de 14 de Marzo

de 1964 y de 25 de enero de 1966), y además se convertiría en letra muerta la prohibición legal de realizar obras sin consentimiento expreso o tácito dada en defensa de los derechos dominicales (sentencia de 27 de febrero de 1965).

**CONSIDERANDO:** Que los precedentes razonamientos son aplicables al caso debatido y, por consiguiente, vistos los elementos probatorios obrantes en autos, procede resolver el contrato arrendaticio. En efecto, las obras ejecutadas por el arrendatario cumplen, en sentido negativo, los dos requisitos precitados: de una parte, se trata de obras con entidad suficiente para estimar mutada la configuración del local, siendo muy ilustrativo el dictamen pericial emitido en orden al revestimiento de varias columnas con escayola, a la colocación de una segunda pared separada por un espacio de aire para insonorizar el local, con la consiguiente reducción del volumen en ocho metros cúbicos, al levantamiento de soportes, con obra de fábrica, para sostener algunos entarimados de madera, a la construcción de algunos arcos apoyados en columnas de la estructura del local, etc.; y, de otra parte, tales obras aparecen ejecutadas cuando el arriendo tenía alrededor de año y medio de vigencia, lapso de tiempo que permitiría, por sí solo, negar la índole adaptativa de las obras, si no fuera porque tanto del destino inicialmente pactado —que aun cuando a primera vista pueda parecer muy complejo no lleva inherentes las obras realizadas por el arrendatario— como de una de las cláusulas contractuales —que tan sólo permite realizar dos concretas y determinadas alteraciones, sometiendo a expreso consentimiento cualquier otra variación, de lo que se infiere que el destino dado al local pasaba por la configuración que presentaba al inicio de la relación arrendaticia (salvadas esas dos excepciones)— precipitan irremediablemente a semejante conclusión. Así pues, no son obras de adaptación sino de modificación —mejora y ampliación—, y como esto significa una indudable mutación de la configuración del local arrendado —cosa que nunca ha puesto en duda el arrendatario, estimada aisladamente la cuestión— ha de operar la causa resolutoria aludida, sin que quepan justificaciones basadas en que tales alteraciones venían impuestas por la naturaleza del negocio cobijado en el local, porque, aun cuando pueda ser ello cierto —en una consideración aislada de toda interpretación del texto contractual—, no lo es menos que el destino inicialmente concertado debía sujetarse a las condiciones fácticas que ese local presentaba, y esta condición no es unilateralmente usable sin la concurrencia del arrendador.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un 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 Sra. V. B. en nombre y representación de Don Y. T. N. contra la sentencia de dos de noviembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en esta alzada de los demandados Don A. O. C. y Don L. A. A., 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.

## 246

**246. ARRENTAMIENTOS URBANOS.** Cierre. Local destinado a almacén. Falta de actividad. Carga de la prueba. Existencia de cierre. *Sentencia de 29 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, versando el problema litigioso sobre resolución contractual arrendaticia por cierre de local arrendado, de conformidad con lo prevenido en los artículos 114, número 11, en relación con el número tercero del artículo 62, ambos de la especial normativa arrendaticia urbana, ha de seguirse la orientación jurisprudencial marcada repetitivamente por el Tribunal Supremo —recogida certeramente en la sentencia de instancia— que patrocina una concepción de la dicción legal “cierre” en unos términos siempre condicionados por el destino pactado por las partes sobre el local de negocio: el presupuesto contenido en el artículo primero de la Ley —apertura al público del local— debe ser siempre integrado por la voluntad contractual efectiva de los interesados; y, así, habiéndose acordado que el local de referencia sería destinado a almacén de determinados productos, queda delimitado el concepto de cierre por tal circunstancia, de suerte tal que la falta de toda actividad debe reputarse como cierre del local. La apreciación conjunta de los elementos probatorios aportados a los autos —recogidos expresamente en la sentencia recurrida— precipitan la conclusión de que, en efecto, ninguna actividad se ha desarrollado en el local durante, cuando menos, seis meses en el curso de un año: tanto las comprobaciones externas notariales como la facturación de determinados servicios esenciales, así como las mismas manifestaciones de quienes están vinculados con la entidad demandada o guardan vecindad con dicho local, conducen a la vehemente presunción de que en tal local ha cesado toda actividad. Esa presunción legal, sentada desde siempre por la antedicha doctrina jurisprudencial —basada en la gran dificultad probatoria de todo hecho negativo—, trae la inversión en la carga de probar, que corresponde al arrendatario, y como sea que ninguna justificación convincente ha sido hecha acerca de que el local cobije las operaciones propias de todo almacén, debe prevalecer aquella presunción y dar lugar a la resolución contractual postulada, confirmando así la sentencia recurrida.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un 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. G. M. en nombre y representación de P. R. S.A. contra la sentencia de veintitres de junio de mil novecientos ochenta y tres dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

**249. TRANSPORTE MARITIMO.** Sobre cubierta. Pérdida de la mercancía transportada. Fuerza mayor. Protesta de averías. Consecuencias legales. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el transporte de mercancías sobre la cubierta del buque, entraña generalmente un incremento del riesgo que conlleva el transporte marítimo ordinario —con mercaderías estibadas en la bodega de la nave—, ya que aquella ubicación puede afectar a la seguridad y maniobrabilidad del buque y desde luego, a la conservación y adecuada entrega del género transportado en el puerto de destino. Nuestro Código de Comercio, siguiendo la tradición marítima, no prohíbe que se lleve sobre cubierta alguna mercancía, si bien lo condiciona en el n.º 5 del artículo 612, a que concurren determinadas circunstancias y se observen ciertas formalidades: a) Que las mercaderías por su disposición, volumen o peso no dificulten las maniobras marineras ni puedan comprometer la seguridad de la nave y b) que la naturaleza de las mercancías, la índole especial de la expedición y la estación favorable de la travesía, lo permitan, debiendo oír el Capitan la opinión de los Oficiales del buque y contar con la anuencia de los cargadores y del naviero. La inobservancia de tal normativa constituye una falta náutica del Capitan que le hace responsable civilmente, y por derivación al naviero, frente a terceros (n.º 5 del artículo 618), de los daños que sobrevinieren al buque o al cargamento por fuerza mayor, según se desprende del artículo 620.

**CONSIDERANDO:** Que en el caso que se reexamina en esta alzada, consta reconocido o probado que el camión guía marca Pegaso, matrícula A-5894-A propiedad de la entidad actora que era transportado el día 5 de noviembre de 1.980 en la cubierta del buque portacontenedores "Valvanera del Mar", propiedad de la sociedad demandada, desde el puerto de Alicante hasta el de esta ciudad, al recibir durante el temporal que azotó la travesía un golpe de mar, rompió sus trincas y lo lanzó, por el cortado de estribor, al mar; acaecimiento que se consignó con el Diario de navegación y dió lugar a la correspondiente protesta de averías. El expresado transporte marítimo se verificaba por puro favor sin devengo de flete alguno y en virtud de relaciones familiares existentes entre directivos de una y otra empresa, no constando que se extendiera conocimiento del embarque.

**CONSIDERANDO:** Que la parte actora postula la revocación de la sentencia recaída en base a haber cometido el Capitan del buque "Valvanera del Mar" una falta comercial al verificar el transporte de dicho vehículo sobre cubierta sin consentimiento escrito suyo, como cargador, por así exigirlo, según el recurrente, la Ley de 22 de Diciembre de 1949 y el mencionado artículo 612 del Código de Comercio. Pretensión revocatoria que no puede prosperar por las siguientes razones: A) La invocada Ley de 1949 no es de aplicación al presente caso, ya que esta tiene por objeto, como lo declara su artículo primero, "regular las relaciones entre elementos interesados en el transporte de mercancías por mar, y se aplicará solamente al contrato de transporte internacional" y en el supuesto actual, prescindiendo de la causa jurídica del transporte marítimo que se verificaba, es indiscutible que tal transporte no era internacional, ya que el puerto de embarque del camión grúa fué el de Alicante y el de descarga era el de Palma de Mallorca y B) por cuanto si bien es cierto que el n.º 5 del artículo 612 del repetido Cuerpo legal exige para verificar el transporte sobre cubierta del buque "contar con la anuencia de los cargadores", no lo es menos que no se dispone que tal consentimiento sea por escrito como sustenta, carente de toda apoyatura legal, la parte ahora recurrente; y del conjunto de la prueba practicada se estima la existencia de anuencia del aquí apelante ya que un encargado suyo, que condujo el referido ca-

mión grúa al puerto de Alicante para su embarque, una vez a bordo el vehículo, ayudó en las tareas de un trincaje en la cubierta del buque; lo que determina la inexistencia de falta náutica o comercial por parte del Capitan del buque, y al ser debida la pérdida del vehículo a fuerza mayor y haberse formalizado la oportuna protesta de averías, la norma aplicable es la del artículo 810 del Código de Comercio que proclama que el dueño de la cosa que recibió el daño, soportará la avería simple o particular, ya que esta calificación ostenta la pérdida del camión grúa que transportaba el buque de la entidad demandada-apelada.

**CONSIDERANDO:** Que por el expuesto y por los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de esta.

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

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicacion.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad A. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el ltimo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, el primero de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de ls costas de esta alzada. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 251

**251. CONTRATO DE OPCION.** Traspaso de local de negocio. Carácter imperativo de las normas que prevé al respecto la L.A.U., concebidas en beneficio del arrendador: excepciones y doctrina del T.S.. Pago de cantidad en concepto de precio del traspaso y no de adquisición de enseres del negocio. *Sentencia de 2 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el problema litigioso queda centrado en la eficacia o ineficacia a otorgar a un contrato de opción de traspaso suscrito entre anterior y posterior arrendatario y, en su consecuencia, en la dilucidación de la procedencia de los pagos que en ese contrato se detallan para el caso de estimarse convertida la opción en efectivo traspaso; y así, mientras el nuevo arrendatario alega que aquella opción perdió virtualidad tan pronto como transcurrió el plazo de treinta días previsto para recabar autorización expresa del propietario para el traspaso, sin haberlo conseguido, el anterior arrendatario, que se considera cedente, estima que los hechos acaecidos con posterioridad a la suscripción del contrato de opción revela con indudable claridad la consumación del traspaso, siendo acreedor por tanto de las cantidades que reclama. Los hechos que se reputan demostrados en la sentencia de instancia —asumidos en ésta— presentan como extremos más salientes los siguientes: a) en el contrato de opción de traspaso de ocho de noviembre de 1978 se concertó un precio global de seis millones y medio de pesetas, cuyo pago se realizaría —en caso

de consolidarse la opción— en diferentes plazos allí especificados; b) se pactó una duración de treinta días para el ejercicio del derecho de opción, durante el cual el entonces arrendatario debería recabar el consentimiento del dueño, “quien deberá dar su conformidad expresa y escrita al presente traspaso” (pacto segundo), añadiéndose que dicho propietario, “en prueba de aceptación con las presentes cláusulas, firma al pie del presente documento” (pacto sexto); c) fechado al día 29 de diciembre del mismo año, el mencionado propietario y el ahora demandado suscribieron un contrato de arriendo en relación con el mismo local de negocio, en el que se transcriben, casi literalmente, algunas de las cláusulas reflejadas en el contrato de opción; d) ambos litigantes reconocen haber sido satisfecha la suma de 2.800.000 pesetas, pagada por el actual arrendatario al que le precedió existiendo divergencia en cuanto al concepto a que dicha cantidad se refiere (el actor dice que es parte del precio del traspaso, mientras que el demandado indica que obedece a la compra del negocio ubicado en el local); e) el representante del dueño ha reconocido haber percibido la suma de un millón de pesetas a raíz de la celebración del nuevo contrato de arriendo. La exposición de estos hechos enmarcan la cuestión litigiosa en torno a la validez —subsistencia o no— de contrato de opción inicialmente suscrito por los contendientes.

**CONSIDERANDO:** Que, hallándose el nudo de la argumentación del demandado (el nuevo arrendatario o presunto cesionario) en la caducidad de la opción por él adquirida or un plazo de treinta días sin que del contrato así suscrito se haya derivado otro que formalmente incorpore o materialice el traspaso y sin que conste expresamente la autorización del propietario a dicho traspaso, conviene sentar que: a) el carácter imperativo de las normas reguladoras del traspaso de una vivienda o local arrendado está en función de la protección de los derechos del arrendador, siendo su objeto impedir la realización a espaldas suyas de actos que significan una extralimitación de las potestades conferidas al arrendatario —centradas en el mero uso y goce de la cosa locada— y una intromisión en su esfera dominical, por esos obligatorios preceptos cesan y carecen de razón de existir cuando el interés del arrendador se muestra suficientemente amparado, bien porque ha renunciado a los derechos legalmente conferidos sobre el acto de traspaso, bien porque se ha probado que tenía conocimiento suficiente —manifestado ostensiblemente— de su realidad, de suerte tal que la inobservancia de los requisitos normativamente impuestos no acrean necesariamente la nulidad o ineficacia del traspaso, pues puede el arrendado optar por la resolución contractual o por su reconocimiento, o su libre voluntad, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 32 de la Ley de arrendamientos urbanos (sentencia de 9 de mayo de 1967); b) por consiguiente, prepondera el principio de la libre autonomía de voluntad en materia de traspaso, sin perjuicio de la potestad de instar la resolución contractual cuando se acredite el incumplimiento de cualquiera de los requisitos legalmente establecidos, cosa que desde luego no podrá instarse si anteriormente había consentido el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1970 y de 11 de marzo de 1972); c) es admisible la convalidación de un traspaso deficientemente efectuado cuando el arrendador no se vale de los medios impugnatorios legalmente concedidos (sentencia de 25 de marzo de 1964); d) la autorización del arrendador no necesariamente tiene que expresarse en forma solemne o escrita, bastando con un mero consentimiento tácito, siempre que sea terminante, claro e inequívoco, lejano de manifestaciones de dudosa o ambigua significación (sentencia de 8 de febrero de 1964).

**CONSIDERANDO:** Que esta doctrina jurisprudencial es de inmediata aplicación al caso debatido: la plena libertad de forma en materia de traspaso, siempre sujeta a los intereses del arrendador, no impone requisito ninguno cuando los derechos de éste son respetados; y en el presente caso el arrendador ha prestado su conformidad al traspaso tanto percibiendo su participación en el precio como otorgando nuevo contrato de arriendo. Esto es prueba evidente de su asentimiento, y ningún obstáculo significa su no constancia documentada: no entenderlo así significaría contravenir las prescripciones legales y convertir un requisito material en meramente rituario disorde con la realidad de lo concertado. La armonía interpretación de los elementos probatorios y manifestaciones de las partes —otorgamiento del contrato de opción y posterior arrendamiento, así como percepción de una determinada cantidad y pago por el nuevo arrendatario de cerca de tres millones de pesetas a quien le precedió en la locación— precipitan la conclusión de que lo habido es un traspaso real (sentencia de 15 de diciembre de 1982), lejos de formalismos inútiles

contrarios a la realidad de las cosas. No cabe admitir, en justificación del pago de 2.800.000 pesetas, satisfechas por el actual al anterior arrendatario, que ello respondía a la adquisición de enseres y materiales del negocio albergado en el local arrendado, pues ninguna justificación ha sido hecha en tal sentido y la realidad de lo actuado en juicio demuestra que esa cantidad es parte del precio global del traspaso.

CONSIDERANDO: Que, admitida la vigencia de la opción de traspaso, ya convertida en efectivo traspaso, resta por determinar el monto que por el nuevo arrendatario debe ser abonado a su predecesor: dados los elementos de enjuiciamiento antes apuntados, la solución aparece clara si se atiende a los criterios expresados en el número tercero del artículo 39 de la Ley de arrendamientos urbanos. Si la participación en el precio que está destinada al arrendador debe ser retenida del precio de traspaso por el cesionario, quien debe abonarla al arrendador, y éste manifiesta haberla percibido, es innegable que esa cantidad —satisfecha, pues, por el concesionario— debe ser adicionada a lo reconocido como ya pagado —dos millones ochocientos mil pesetas—, cuya suma constituye el sustraendo del total pactado por el traspaso, resultando así la cantidad de 2.700.000 pesetas que, también señalada en la sentencia de instancia, debe ser pagada por el actual arrendatario, por lo que debe ser confirmada tal resolución. Deben ser rechazadas consideraciones fundadas en presuntas incongruencias, en tanto que es esta cifra y no otra la que resulta ajustada a la vista de los elementos probatorios obrantes en autos.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un 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 de los recursos de apelación interpuesto por los Procuradores Srs. C. N. R en nombre y representación respectivamente de don Y. L. A. y don P. T. contra la sentencia de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Ibiza debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 254

**254. DAÑOS Y PERJUICIO.** Requisitos para el éxito de la acción indemnizatoria. Culpa extracontractual con colisión de vehículos. Carga de la prueba que incumbe al demandante. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que para el éxito de la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil y que es la que se ejercita en esta litis, han de darse, según reiteradísima jurisprudencia (sentencia de 10 de febrero

de 1978 y 25 de Abril 1979 entre otras muchas), los siguientes requisitos: realidad de un daño, existencia de una acción u omisión culpable o negligente y relación de causalidad entre aquel y esta.

**CONSIDERANDO:** Que reconocida la realidad de los daños sufridos por el vehículo de la entidad actora-apelante al ser alcanzado violentamente su parte trasera por la delantera del turismo asegurado por la compañía co-demandada apelada, y conducido, con la debida autorización, por el co-demandado D. Juan R. R., y admitido el importe de dichos daños —311.742 pesetas que se reclaman de principal en esta litis—, la cuestión a dilucidar se circunscribe pues, en determinar si la colisión se produjo por culpa del citado conductor señor R. R., recayendo la carga probatoria de tal circunstancia sobre la entidad demandate-recurrente, a tenor del artículo 1214 del Código Civil, al no existir inversión de tal carga, ni regir el principio de responsabilidad por creación de riesgos, ya que ambos vehículos estaban en marcha cuando se produjo la colisión.

**CONSIDERANDO:** Que de las pruebas practicadas no se estima acreditada la existencia de culpa o negligencia en el conductor del vehículo colisionante, ya que de la realidad del mencionado alcance, no se llega necesariamente a la conclusión de que el accidente se produjo por culpa del conductor del vehículo que chocó con el de la aquí apelante, en la forma que se expresa en el croquis del folio 66, como sostiene la recurrente, ya que también pudo acaecer la colisión en la forma que expresa la contraparte —croquis del folio 110—, lo que excluiría que fuese culposa o negligente la maniobra del codemandado Sr. R. R.; y al no haberse probado la existencia del requisito de culpa o negligencia que exige el citado artículo 1902, procede desestimar la apelación formulada.

**CONSIDERANDO:** Que dada la causa de desestimación de este recurso —no haberse probado la existencia de un requisito para que prosperase la acción ejercitada—, este Tribunal, no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hace uso de la facultad que le concede la Ley 81/1963, de 8 de Julio y no impone las costas al apelante.

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

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad S. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diecisiete de Noviembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por la Juez en funciones del Juzgado de Primera instancia de Inca, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 257

**257. RECURSO DE APELACION.** Adhesión al mismo. Posterior desistimiento del recurso. Estimación, no obstante, de la adhesión. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, desistido el recurso de apelación promovido por quien fue

condenado en primera instancia y perviviendo tan sólo la adhesión postulada por su oponente, sólo en cuanto al pronunciamiento sobre costas, aduciendo la temeridad y mala fe observada en su actuación procesal, meramente negativa de lo alegado y solicitado por el accionante, sin oponer ninguna contraargumentación o defensa mínimamente consistente o viable y que, desde luego, no ha tenido reflejo probatorio ninguno —todo ello con independencia de la valoración judicial de lo obrado en juicio—, debe accederse a la modificación que se solicita en cuanto que la actuación procesal del demandado —ahora desistido de su recurso— ha tenido finalidades distintas de la de discutir cuestiones jurídicas sustantivas apoyándose en alguna legación o fundamentación que ofrezca alguna, siquiera sea mínima, solidez. Por todo ello debe ser condenado al abono de las costas causadas en la primera instancia, así como la de ésta, dado el desestimiento instado el día anterior al señalado para la celebración de vista.

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

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación adhesivamente interpuesto por el Procurador Don P. D. P. en nombre y representación de Don M. M. A. contra la sentencia de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos a excepción del extremo relativo a las costas, que debe ser sustituido por el de la condena en costas en ambas instancias de M. M. A. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 259

**259. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Alcance de la indemnización: reposición del patrimonio del perjudicado en el estado en que se hallaría de no haber mediado el acto lesivo. Indemnización de los “daños indirectos” entre los que se incluyen los gastos de alquiler de un coche para acudir al trabajo habitual. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, que condena solidariamente al conductor del vehículo que colisionó con el del actor —que estaba estacionado— y a la Compañía aseguradora de aquel coche, a pagar al demandante la cantidad de 237.542 pesetas por daños, es impugnada por la referida entidad de seguros por cuanto afirma que la cifra correcta de tal condena debe de ser de 126.555 pesetas, importe de los desperfectos causados al turismo del hoy actor-apelado, y no ser procedente la partida concedida por el juez “a quo” de 46.317 pesetas por alquiler de un coche por el perjudicado durante un largo período de tiempo.

CONSIDERANDO: Que habiendo reconocido la entidad recurrente en el acto de la vista la procedencia de la desestimación de la excepción previa de prescripción de la acción, por ella formulada en primera instancia, y su obligación solidaria de responder de los daños causados por el vehículo por ella asegurada, por cobertura contractual de riesgos, queda circunscrita la presente apelación a la determinación del “quantum” indemnizatorio del daño causado.

**CONSIDERANDO:** Que la responsabilidad que proclama el artículo 1902 del Código Civil, tiene a reponer el patrimonio del perjudicado, mediante el abono de un equivalente en dinero, en el estado que se encontraría si el acto lesivo no se hubiera producido, no fijándose extensión de tal responsabilidad al no poner el legislador limitación alguna. El concepto de "daño" del citado artículo 1902 comprende, no solo el "daño directo", que es consecuencia inmediata del acto ilícito, sino también el "daño indirecto", que surge como consecuencia de la concurrencia con el acto ilícito de otros factores o circunstancias que hubieran podido no acompañarlo.

**CONSIDERANDO:** Que según el informe pericial acompañado con la demanda, y ratificado en autos, el importe total de los desperfectos causados al hoy recurrido por el conducido por el codemandado y asegurado por la entidad apelante, asciende a 191.225 pesetas (folios 6/8), y no a 126.555 pesetas como afirmó en el acto de la vista el recurrente, ya que esta última cifra figura como suma parcial en la primera hoja del presupuesto aludido (folio 6) y el importe de todos los perjuicios es la que consta como suma total en la última hoja del presupuesto (folio 8): la cantidad ya expresada de 191.225 pesetas. Igualmente es procedente incluir en el "quantum" indemnizatorio, como "daño indirecto", 46.317 pesetas (folio 43), importe del alquiler de un vehículo por el perjudicado, ahora actor-apelado, para que supliendo el propio averiado por el acto ilícito, poder desplazarse desde su domicilio en la ciudad de Ibiza a la localidad donde trabajaba, Santa Eulalia del Rio. La suma de dichos dos conceptos indemnizables, da la cantidad de 237.542 pesetas, que es a la que condena a su pago a los demandados expresados; por lo que procede la desestimación del recurso formulado.

**CONSIDERANDO:** Que el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que la sentencia confirmatoria contendrá condena de costas al apelante.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil D.A.P.A. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha nueve de Junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con imposición de las costas de esta alzada al apelante. Dada la rebeldía de los codemandados don A. V. M. y don L. G. L., y la no comparecencia del actor don P. G. R., 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 insta su notificación personal. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 263

**263. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de provisión de fondos. Cesión del crédito de un tercero contra el aceptante al librador del efecto. Doctrina del T.S. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva ejercitada por el librador de las

letras de cambio/título en que aquella se fundamenta, la aceptante de las mismas opuso en primera instancia y reitera ahora una improvisación de fondos sustentada sobre dos proposiciones básicas: A) La apelante es deudora, por razón de préstamo, de la entidad "C. S.A." y no del librador de las cambiales y B) La apelante, en cumplimiento de su obligación de prestataria y en renovación de letras de cambio anteriores impagadas, aceptó a la entidad mencionada —y no al librador/apelado— éstas cuya ejecución ahora se impugna.

CONSIDERANDO: Que del análisis del material litisdecisorio resulta acreditado, con significación decisiva a efectos resolutorios, que: 1) La entidad C. S.A., era, al mismo tiempo que acreedora de la apelante por causa del préstamo, deudora del apelado por razón de arrendamiento de servicios y 2) Tal entidad, al objeto de articular un cauce para solventar su deuda, cedió a quien era su acreedor el crédito que ostentaba contra la ahora apelante.

CONSIDERANDO: Que por tal negociación jurídica la entidad C. S.A. transmitió al hoy apelado la titularidad del derecho de crédito que ostentaba frente a la ahora apelante y que por su naturaleza quedaba incurso en la regla general de cedibilidad de los créditos establecida en el artículo 1112 del Código Civil. Válida transmisión que motiva la desestimación de la improvisación de fondos por cuanto si como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 1983 "La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria, como es tesis del recurrente, lo conserva en su integridad", necesario es concluir que el librador tiene cumplida su obligación de proveer de fondos en el modo prescrito en el artículo 457 del Código de Comercio, sin que frente a ello sea eficaz oponer: a) la falta de conocimiento previo de la deudora/apelante o de su incorporación volitiva, porque como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de Febrero de 1891, 28 de Octubre de 1957, 7 de Julio de 1958, 5 de Noviembre de 1974 y 11 de Enero de 1983, la "cesión de créditos puede hacerse sin tal conocimiento e incluso contra su voluntad", ni b) la ausencia de notificación de la cesión realizada dado que tal requisito queda eficazmente superado por el conocimiento efectivo —"tener conocimiento" es la expresión literal del artículo 1527 del Código Civil— que sin duda tuvo la apelante como evidencia la aceptación de las letras de cambio libradas por el cesionario/acreedor.

CONSIDERANDO: Que no procede haber especial declaración sobre las costas de esta instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto de Doña J. M. M. S. contra la sentencia dictada el dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y tres por el Sr. Juez de Juzgado de Primera instancia de Manacor, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 264

**264. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Letra de cambio no protestada por los Bancos demandados: supone el incumplimiento de un mandato. Inexistencia de perjuicios patrimoniales precisos, en todo caso, para el éxito de la acción indemnizatoria. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que rechazadas las dos excepciones previas esgrimidas en primera instancia, queda firme la sentencia recaída en cuanto a tal desestimación, ya que la codemandada que las formuló solo se adhiere a la apelación en cuanto al extremo de la imposición de las costas, por lo que estaalzada se circunscribe a la cuestión de fondo.

**CONSIDERANDO:** Que en tal sentido procede en primer lugar señalar que la acción ejercitada en este juicio ordinario declarativo no es la cambiaria, dimanante de la letra de cambio acompañada a la demandada instauradora de esta litis y encaminada a su cobro, sino la indemnizatoria promovida contra las dos entidades bancarias demandadas —una de ellas como último endosatario y la otra, como última tenedora material del efecto—, por incumplimiento de las obligaciones de mandato de presentar oportunamente la cambial a su vencimiento a su pago y en caso de impago, para su oportuno protesto; incumplimiento que ha imposibilitado por el aquí actor-apelante (librador tomador de la letra de cambio), y actual tenedor, ejercitar la acción ejecutiva cambiaria por la negligente actuación de una o de las dos entidades bancarias demandadas —artículo 521 del Código de Comercio—. El importe de la referida letra de cambio es de 100.000 pesetas, cantidad que se reclama en esta litis, por el concepto de indemnización.

**CONSIDERANDO:** Que consta reconocido que la expresada cambial no fué presentada oportunamente a su vencimiento —26 de Diciembre de 1978— para su pago, ni tampoco se levantó protesto por impago, quedando con ello perjudicada —artículo 469 del C. C. S.A. imputa a la otra entidad codemandada, el B. de B. S.A., por actuación negligente, ya que siendo éste el último tenedor de la letra, como se indica en la propia cambial, no procedió a practicar, sino que soslayó, el trámite de protesto por falta de pago; el B. de B. S.A. por su parte sostiene que su proceder no fué negligente ya que no pudo protestar la letra de cambio mencionada por haberla recibido despues de su vencimiento, hecho del que no es responsable, pues la otra entidad bancaria demandada, le remitió la cambial fuera de plazo para su protesto, ya perjudicada, como resulta de los sellos estampados en el documento obrante al folio 29, que señalan como fecha de recepción del efecto el día 10 de Enero de 1979. El acto de conciliación previo a la interposición de la demanda instauradora de este juicio se celebró el 2 de Noviembre de 1982 (folio 6).

**CONSIDERANDO:** Que las partes contendientes reconocieron, en el acto de la vista de esta apelación, la existencia de un mandato que obligaba al mandatario a instar oportunamente el protesto de la letra no pagada a su vencimiento y que tal obligación fué incumplida, si bien cada entidad demandada atribuye el incumplimiento a una actuación negligente de la otra codemandada, derivándose de ello la consiguiente responsabilidad a favor del mandante por daños y perjuicios, como expresamente lo estatuye el artículo 1718 del Código Civil. Como lo señala al efecto la doctrina científica y lo sustenta el Tribunal Supremo —sentencia de 26 de Junio de 1978—, cada uno es libre de aceptar o renunciar un mandato, pero una vez aceptado, el mandatario queda ligado por su aceptación, y está obligado a ejecutar todos los actos que entran en la misión a él confiada, so pena la indemnización de daños y perjuicios, si el incumplimiento le es imputable, lo que no pasa de ser una simple aplicación de la doctrina general contenida en los artículos 1258 y 1101 del Código mencionado.

**CONSIDERANDO:** Que una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que la base de la indemnización que conceden los artículos 1101 del Código Civil y el 925 de la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden, y lo mismo se puede afirmar respecto a la del artículo 1718 del repetido Código, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen que probarse en autos, pues no basta admitir que haya existido ese incumplimiento, ya que no siempre se ocasiona perjuicios, según la Sentencia de 1 de Febrero de 1951, que hace referencia a las de 23 Marzo 1946 y 24 Diciembre 1947, reiterada por las de 17 Febrero 1951, 9 Enero y 14 Octubre 1952, entre otras muchas.

**CONSIDERANDO:** Que si bien es cierto que el incumplimiento de la obligación del mandatario al no ordenar el levantamiento del correspondiente protesto por falta de pago de la letra de cambio mencionada dió lugar a que la cambial se perjudicara, con la consiguiente pérdida de la acción cambiaria ejecutiva, como ya se expresó, y determinó

también la pérdida del derecho a reintegrarse de los endosantes y del librador que pruebe haber hecho provisión de fondos al librado (artículo 483 del Código de Comercio), no es menos cierto que ello no entraña "per se" que el hoy actor-apelante haya sufrido un daño patrimonial que el propio recurrente concreta en la pérdida de 100.000 pesetas, importe de la letra no protestada. En efecto: a) en el supuesto de haberse levantado el correspondiente protesto por falta de pago, ello no hubiera determinado indefectiblemente la viabilidad de la acción cambiaria ejecutiva, ya que el aceptante tenía posibilidad de oponer con eficacia en dicho acto notarial —no consta legitimada su firma— tacha de falsedad, negando categóricamente la autenticidad de la firma, lo que hubiera privado de fuerza ejecutiva a la letra (nº 3 del artículo 521 del Código de Comercio y nº 4 del 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). b) por cuanto el ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva, de indiscutibles ventajas de rapidez y menor coste que la ordinaria, no lleva indefectiblemente unido su triunfo: el cobro del importe total de la cambial, ya que el procedimiento ejecutivo español no es un puro proceso de ejecución en sentido técnico-procesal (Sentencia de 26 de Octubre 1961), pues en él pueden alegarse y prosperar tanto excepciones, como causas de nulidad del juicio (artículos 1465, 1466 y 1467 de la mencionada Ley Procesal), y c) el ahora apelante pudo ejercitar otra acción por vía ordinaria contra el aceptante dirigida al cobro del importe de la letra perjudicada, pues implica error el "identificar la acción cambiaria con la acción ejecutiva, desconociendo que aquella, puede ser o no ejecutiva, según reuna o no determinados requisitos, y aunque pierda su fuerza de título de ejecución por no haberse dado cumplimiento a esos requisitos —la letra, por ejemplo, que se deja perjudicar— no queda sin eficacia para ser actuada en el juicio ordinario correspondiente; lo contrario equivaldría a privar a la letra de cambio, de toda posibilidad de circulación, y sería su muerte" (Sentencia de 26 de Octubre 1961, ya mencionada).

**CONSIDERANDO:** Que por todo lo expuesto se desprende que si bien resulta de autos el incumplimiento de una obligación contractual, concretamente de un mandato, no consta sin embargo acreditada la existencia real de perjuicios causados por dicho incumplimiento, lo que determina, según la doctrina jurisprudencial antes expuesta, la desestimación de la pretensión indemnizatoria ejercitada y por ende el del recurso interpuesto por el actor.

**CONSIDERANDO:** Que igual destino adverso ha de recibir la apelación, por adhesión, formulada por el codemandado B. de B. S.A. ya que su recurso se concretó "al extremo de la imposición de las costas de Primera instancia al actor" y tal condena no figura en el fallo recurrido, como reconoció en el acto de la vista de esta apelación el propio recurrente.

**CONSIDERANDO:** Que, dada la complejidad de la cuestión litigiosa, los contrapuestos criterios sustentados por las entidades bancarias demandadas y al ser la fundamentación legal básica de esta sentencia distinta de la de primera instancia, aunque coincidente en su fallo, este Tribunal, no obstante lo dispuesto en el párrafo último 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hace uso de la facultad que le concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio, y no impone las costas de esta alzada a ninguno de los dos apelantes.

**VISTOS** los artículos mencionados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don J. M. M. y el formulado por el B. B. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha dos de Marzo de mil novecientos ochenta y tres, 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; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Ponente: Julio Llovet Alabau.

**267. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Librador-ejecutante en suspensión de pagos. Falta de legitimación activa al no litigar asistido de los Interventores. Interpretación del artº de la Ley de Suspensión de Pagos. Doctrina del T.S. y desestimación de la excepción. Falta de provisión de fondos por existir entre los litigantes una situación de cuenta corriente no liquidada. *Sentencia de 14 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que las mismas causas que se alegaron en primera instancia como de oposición a la acción ejecutiva ejercitada, dimanante de 18 letras de cambio protestadas por falta de pago, se reiteran ahora, excepto una, en esta alzada como motivos de impugnación de la sentencia de remata recaída, a saber: a) falta de legitimación activa y b) falta de provisión de fondos. La excepción de plus petición, igualmente invocada en forma harto lacónica en el escrito de oposición a la demandada instauradora de esta litis y desestimada igualmente por el juez "a quo", no fué reproducida en el acto de la vista de este recurso.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de apelación —falta de legitimación activa— se basa en que el ejecutante fué declarado en estado de suspensión de pagos en el expediente nº 1290/82 del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad y no obstante, promovió este juicio, ahora en segundo grado jurisdiccional, sin la concurrencia de los Interventores de la suspensión, y si bien es cierto que mas tarde se unió a autos un escrito de dichos Interventores en el que se hace constar sus conformidades al ejercicio de la acción ejercitada ya que se trata de un crédito del ejecutante contra su deudor, el ahora apelante, que consta contabilizado en el Balance de presentación de la Suspensión de pagos y que ha sido debidamente constatado por dicha Intervención (folio 144), ello no subsanó, según la parte recurrente, la nulidad e ineficacia que asigna el apartado último "in fine" del número 3º del artículo 6º de la Ley de Suspensión de pagos de 26 de Julio de 1922 a las operaciones que, mencionadas en dicho artículo 6º, practique el suspenso sin el concurso o acuerdo de los Interventores, al tratarse, según dicha parte, de una nulidad absoluta y no relativa, invocando al efecto el artículo 6.3 del Código Civil. Tesis ésta que no puede prosperar ya que ello implica desconocer los efectos que la declaración de pagos produce respecto a la situación del deudor suspenso, situación intermedia entre la libre disponibilidad y la inhabilitación patrimonial propia de la quiebra (artículo 878 del Código de comercio), pues si bien el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, se le imponen ciertas "medidas precautorias y la seguridad", que pueden llegar a la suspensión y sustitución del comerciante, gerente o Consejo de Administración, y a falta de medidas especiales, que no constan que fuesen acordadas respecto al ejecutante suspenso, su actividad comercial queda sometida a una constante y total intervención, en el sentido de que precisa el acuerdo de los interventores designados por el juez para la realización de los actos que menciona el artículo 6º de la citada Ley concursal; habiendo declarado el Tribunal Supremo que el citado artículo 6º "no veda formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales por parte del suspenso" (Sentencia de 22 de Abril de 1980); amén que aun admitiendo hipotéticamente la posible existencia de una falta en la que el ejecutante hubiera podido incurrir al formular la acción determinante de este juicio, sin el concurso de los Interventores de la suspensión, quedó plenamente subsanada tal falta con la conformidad prestada por los Interventores que se expresa en documento unido a autos como folio 144.

**CONSIDERANDO:** Que entrando en el estudio del segundo motivo de impugnación —falta de provisión de fondos—, hay que señalar que dado el criterio ecléctico que sustenta la jurisprudencia patria respecto a la naturaleza jurídica de la letra de cambio, que la configura de carácter causal cuando se trate de relaciones entre los que la negociaron y abstracta cuando el poseedor de la cambial no la obtuvo del deudor, y al ser en esta litis el ejecutante el librador y el deudor el librado-aceptante, éste opone la excepción de falta de provisión de fondos, por no adeudar al ejecutado la cantidad que le reclama, reiterando en esta alzada su afirmación de la existencia entre los hoy litigantes, de un contrato de cuenta corriente que impide, hasta que se practique el saldo final, el conocimiento de la cantidad que adeuda y en su consecuencia la prosperabilidad de la acción entablada. El hecho de hallarse dos personas en situación de cuenta corriente no implica la existencia entre estas dos personas de un contrato de cuenta corriente; pues para que haya dicho contrato en sentido técnico y del que da un concepto descriptivo la sentencia general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don I. L. A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintinueve de Enero de mil novecientos ochenta y tres, 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; con expresa condena de las costas de esta alzada a la parte recurrente. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 270

**270. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de falsedad. No la supone el incumplimiento del contrato causal. Existencia de provisión de fondos no desvirtuada por la deficiencia de los servicios prestados en que la misma radica. Pluspetición: cuestiones extracambiarias que hacen inviable la excepción. *Sentencia de 16 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que se centra en tres puntos el objeto de esta impugnación, circunscrita —como también lo está el juicio promovido— al efecto cambiario ejecutado: A) En cuanto a la excepción de falsedad, debe ser resueltamente rechazada, porque los posibles incumplimientos —más o menos relevantes— del contrato causal o generador de la cambial ejecutada no constituyen en modo alguno un falseamiento de la misma, ni la circunstancia de haber incumplido determinadas formalidades administrativas puede abocar a una consecuencia semejante. Ni el título ejecutivo en sí, ni el acto que le ha dotado de esa condición (número primero del artículo 1464 de la Ley de enjuiciamiento civil), se hallan afectados por la falsedad alegada en tanto que ninguna demostración ha sido hecha; por consiguiente, ninguna incidencia puede tener una excepción en manera alguna justificada. B) En lo tocante a la falta de provisión de fondos, es bien evidente su existencia: así queda constatado mediante la lectura del tenor contractual y la efectiva prestación de los servicios pactados. Es ello suficiente, a efectos cambiarios ejecutivos, para reputar existente la provisión: el que los servicios prestados fueren deficientes o no, el que se incum-

plieran algunos pactos habidos entre partes, son cuestiones tangenciales a los efectos propios de este juicio. La vía declarativa está siempre expedita para albergar cuestiones de esa índole, pero en modo alguno cabe sostener una ausencia o falta de provisión: se ha acreditado su existencia, y eso basta para producir los efectos jurídicos derivados de su concurrencia. C) Respecto de la excepción de plus petición, ninguna entidad tiene a los estrictos efectos ejecutivos cambiarios contemplados en este juicio. Se trata de un problema susceptible en un juicio ordinario y declarativo, en el que sin las limitaciones propias de un juicio como el presente quepa examinar con la debita profundidad las pretensiones de los litigantes. El ofrecimiento de ciertos descuentos o compensaciones debe ser relacionado con el resto de extremos que conciernen a las divergencias de los contendientes, pero en modo alguno cabe vincularlo necesariamente al montante de una de las letras —de entre otras varias— expedidas para el cobro de una relación arrendaticia temporal: se trata, pues, de un problema extracambiario y debe hallar su cauce de solución en vía declarativa, no siendo la ejecutiva sino la solucionadora de problemas estrictamente cambiarios. Por todo ello, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida, estando siempre abierta la vía declarativa para la definitiva solución del problema material que late en su fondo.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. G. O. en nombre y representación de V. P. S.A. contra la sentencia de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 275

**275. JUICIO EJECUTIVO.** Irrelevancia de que el título que sirvió para despachar la ejecución fuera el documento original o fotocopia del mismo. Poder posiblemente insuficiente en su origen: válida subsanación del defecto en el curso del proceso. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, siendo de orden puramente rituario las razones aducidas para impugnar la sentencia de instancia, procede reproducir, haciéndolas propias, las argumentaciones vertidas en la sentencia de primer grado; y así: a) no cabe reputar insuficiente el poder general para pleitos que fundamenta la representación del Procurador de la parte actora, pues en él consta que los apoderados, otorgantes del poder ante el cónsul español, tienen facultad para representar a la sociedad poderdante, según certificación notarial adjunta al poder, en la que se expresa que los otorgantes del poder para pleitos es-

tán, a su vez, debidamente autorizados para representar, conjuntamente, la firma de la entidad actora, adicionándose que tal afirmación queda asegurada en virtud de comprobación e inspección de los libros del Registro mercantil alemán correspondiente; no existe duda, pues, de la validez del poder, subsanándose los defectos formales que, al tiempo de iniciarse la demanda, se observaran; b) el documento ejecutivo no carece de la fuerza que le imprime el carácter de tal, sino que, tratándose de un documento en que notarialmente se reconoce una deuda y no siendo ninguno de los contemplados en el número primero del artículo 1429, era preciso el previo reconocimiento bajo juramento (número segundo del mencionado artículo) para alcanzar esa eficacia ejecutiva, formalidad que al ser efectuada permitió despachar la oportuna ejecución; por consiguiente, ninguna relevancia tiene el hecho de que sea fotocopia o no lo sea: el hecho de haber sido reconocida autoriza a iniciar los trámites procesales ejecutivos, sin que se oponga ningún obstáculo legal; c) en cuanto a la cuestión de fondo, ninguna justificación —a salvo de la confesión del ejecutado, relativa a haber satisfecho la deuda reconocida— ha sido hecha en torno a la improcedencia de la reclamación. Por consiguiente, constando el documento materializador del crédito ejecutado —debidamente reconocido por su suscriptor— y no habiéndose practicado prueba alguna que revista la más mínima consistencia, procede confirmar la sentencia de instancia.

**CONSIDERANDO:** Que procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia, toda vez que sus alegaciones no han sido sino meramente repetitivas de lo ya sostenido en la instancia, apreciándose en su actuación una manifiesta temeridad.

**VISTOS** los artículos citados y demas 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 M. S. contra la sentencia de dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma debemos confirmarla y la confirmamos en todos su pronunciamientos, condenando a dicho apelante al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 282

**282. DOCUMENTOS PRIVADOS.** Adveración de su fecha por cualquiera de los medios de prueba reconocidos en derecho. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 22 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que para situar con claridad la cuestión impugnativa es conveniente exponer los antecedentes siguientes: a) La entidad actora, P. M. S.A. ejercita su acción contra las sociedades C. P. y C. N. P. al objeto de obtener la condena solidaria de ambas al pago del importe no satisfecho de determinados suministros de pescado; b) La sentencia dictada en primera instancia condena a la entidad C. P. S.A. al pago íntegro de la cantidad reclamada por estimar que es la única obligada a ello, pues en su condición

de arrendataria de la industria donde se sirvieron los generos impagados fue la que los solicitó y recibió, y absuelve a la entidad C. N. P. por entender que ninguna responsabilidad puede imputarsele dada su condición de propietaria de la industria ajena a su explotación y c) La entidad actora impugna la resolución mencionada y pretende nuevamente se condene también a la sociedad demandada absuelta.

**CONSIDERANDO:** Que el pronunciamiento impugnado, sustentado en una conclusión coherente obtenida tras un minucioso análisis de los medios probatorios, solo es susceptible de evidenciarse como incorrecto si no existiera prueba suficiente de la relación arrendaticia mencionada (insuficiencia que viene a concretarse en la ineficacia del documento arrendaticio por no autenticidad de su fecha) o si la entidad actora hubiera desconocido que la industria a la que remitía los generos era explotada por persona distinta de su propietaria.

**CONSIDERANDO:** Que el análisis de la primera posibilidad revocatoria debe considerar que el Tribunal Supremo lejos de la sentencia de 26 de febrero de 1984 que calificaba el artículo 1227 del Código Civil como de "absoluto y terminante", sostiene con un criterio cercano al caracter abierto del artículo 2704 del Ordenamiento Civil Italiano que la fecha de un documento privado puede ser acreditada por cualquier otro medio probatorio admitido en derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1958 que admitió la comprobación por referencia a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, sentencias de 16 de febrero de 1968, 20 de febrero de 1969 y 6 de julio de 1977), viniendo así a quedar considerada la fecha de un documento de tal naturaleza, una vez incorporado al proceso, como una afirmación fáctica paralela al resto de las alegaciones y susceptible, por tanto, de ser verificada por los medios probatorios citados, sin que ello atente contra la seguridad jurídica que, sin duda, fundamentó el referido artículo 1227 del Código Civil.

**CONSIDERANDO:** Que las fotocopias de las páginas de tres diarios de esta Ciudad correspondientes al mes de mayo de 1979, mediante las que la entidad C. N. P. convocó un concurso para la adjudicación de los servicios de su bar-restaurante, en unión de las específicas referencias que a tal concurso y a su posterior adjudicación aparecen en los libros de actas de la referida entidad y de las certificaciones de dos entidades bancarias acreditativas de que en el mes de mayo de 1979 avalaron a C. P. S.A. ante el C. N. P., de acuerdo con las cláusulas del contrato firmado el 24 de mayo de 1979, referente a la adjudicación de los servicios de explotación de bar y restaurante del citado club, conforman un conjunto probatorio suficiente para estimar cierto que el 24 de mayo de 1979 se formalizó entre las sociedades co-demandadas el contrato privado arrendaticio cuya eficacia frente a terceros pretende enervar la sociedad apelante.

**CONSIDERANDO:** Que idéntica suerte adverse corresponde a la segunda vertiente revocatoria, pues si bien es cierto que no ha quedado acreditado se hiciera pública la adjudicación del concurso precitado, sin embargo la entidad actora no puede mantener, con la eficacia revocatoria pretendida, un desconocimiento sobre la explotación del negocio por persona o entidad distinta a la entidad propietaria por cuanto ha quedado verificado como cierto que: a) el concurso para la adjudicación de la gestión del negocio al que se sirvió el general impagado fue objeto de pública convocatoria en tres diarios de esta ciudad; b) la entidad actora suministró genero a la misma industria en tiempo de anterior o anteriores adjudicatarios y c) la relación comercial debatida se desarrollaba entre la entidad actora y Don V. B. C., socio de la entidad adjudicataria.

**CONSIDERANDO:** Que no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala, en uso de la facultad establecida en la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, estima procedente no hacer declaración especial sobre las costas de esta instancia atendida la falta de temeridad o mala fe en la interposición y mantenimiento del recurso de apelación que se resuelve.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad P. M. S.A. contra la sentencia dictada el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta

y dos por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta instancia. Notifíquese esta resolución a la demandada no comparecida en la alzada 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: José Luis Calvo Cabello.

## 284

**284. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO.** Culpa exclusiva de la víctima. Análisis de la prueba y desestimación de la excepción. *Sentencia de 28 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la entidad demandada reproduce en esta instancia, como único motivo impugnativo, la peculiar excepción de culpa única o exclusiva de la víctima recogida como tal causa defensiva en los artículos 1 y 18 del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, e invoca, en apoyo de su acogida, la doctrina que esta Sala expuso en Sentencia de 8 de febrero de 1982, específicamente en cuanto que "para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna dirigidas a evitar o cuando menos a aminorar el daño causado por la culpa de la víctima, restando así al evento la exclusiva imputación a aquella, resulta preciso: a) La temporaneidad de la maniobra evasiva, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar la maniobra evasiva".

CONSIDERANDO: Que la determinación de la posibilidad temporal a realizar una maniobra de tal naturaleza —maniobra exigida por el juzgador a quo y que por inexistente, fundamenta la desestimación de la invocada culpa exclusiva exige un nuevo análisis de las distintas huellas o vestigios dejados por la colisión causa mediata de la litis. Función revisora que permite apreciar la existencia de un dato objetivo, omitido por la recurrente y escasamente valorado en la sentencia impugnada pese a que fundamenta conclusión idéntica a la mantenida en dicha resolución, cual es la localización de los daños sufridos por los dos vehículos intervinientes en el siniestro. Dato objetivo de interés prevalente pues localizados aquellos en la parte frontal del turismo y en la posterior de la bicicleta, concretamente en sentido perpendicular a su eje, resulta evidenciado que en el momento de la colisión la bicicleta se había incorporado plenamente a la calzada por la que circulaba el turismo asegurado en la entidad apelante. Incorporación total que, atendida la clase de vehículo utilizado, presupone, en primer término, que el espacio que media entre el lugar desde el que se accedía y el de la colisión sea recorrido, en su último tramo, bajo la iluminación del sistema de alumbrado utilizado por el turismo y, en segundo término, que tal recorrido dure el tiempo suficiente para que accionar el sistema de frenado o realizar una desviación del vehículo sea maniobra exigible, cuya omisión conduce, en aplicación del criterio contenido en la sentencia invocada por el recurrente, a estimar inexistente el motivo defensivo opuesto e impropio de la exoneración económica pretendida.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad M. N. S.A., contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Ascenso, en Comisión de Servicios en el Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca, el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 286

**286. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA HOTELERA.** Reclamación por el arrendador, al término del contrato, de los menoscabos sufridos en los muebles y enseres, de conformidad con lo previsto en su contrato. Indevida moderación por el Juzgado, al amparo del artº 1.103 del C. C., de la suma indemnizatoria: requisitos para la procedencia de dicha facultad. *Sentencia de 29 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en cuanto condena a la entidad reconvenida a satisfacer a la reconviniente la cantidad de cuatro millones de pesetas, es impugnada por ambas partes; aquélla, alegando que no debe abonar nada y ésta, por estimar que el "quantum" pecuniario mencionado es inferior al precedente, y no conceder los intereses legales que prescribe el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que concordes ambas contendientes que el 23 de Junio de 1973 formalizaron un contrato de arrendamiento de industria denominado Hotel "E. C." sito en la carretera de El Arenal, s/n, de Can Pastilla (folios 3/7) con un extenso, completo y detallado inventario general del material, mobiliario y efectos que tenía dicho hotel en el día de su entrega a la arrendataria (folios 8/51), contrato que fué objeto de diversas prórrogas y que finalizó, por expiración del término, el 31 de Diciembre de 1981 (folio 167), y reconocida la entrega de la industria locada a la arrendadora a principios del año 1982, sin que se haya podido concretar la fecha en que se realizó tal entrega, si bien fue con anterioridad al día 4 de febrero, ya que en esta data se autorizó el cambio de la titularidad del Hotel E. C. a favor de otra entidad hotelera (folio 293), surge la reclamación reconvencional por incumplimiento por parte de la arrendataria de las condiciones estipuladas en el contrato sobre buen uso, conservación y reposición de las instalaciones y bienes integrantes de la industria arrendada.

CONSIDERANDO: Que una de las fuentes de las obligaciones, y sin duda alguna la de mayor importancia, es la que tiene su origen en la voluntad de los particulares, que para satisfacer sus necesidades recíprocas, establecen sus pactos y condiciones, los cuales hay que respetar llevándolos a su ejecución, siempre que no se rebasen los límites que señala el artículo 1255 del Código Civil. Este Cuerpo legal acude, en su artículo 1091, al

paradigma de la Ley para expresar la fuerza vinculante del contrato, pues las obligaciones legales y las contractuales —en la medida en que sea correcta la contraposición— están dotadas de igual vigor.

**CONSIDERANDO:** Que en el citado contrato de 23 de junio de 1973 (folios 3/7) se estipuló, en la cláusula novena, la obligación por la arrendataria —aquí reconvenida— de devolver los bienes recibidos en las mismas condiciones de buen estado, sin mas mermas de las derivadas del uso normal de los bienes inventariados, en la cláusula undécima, se hace responsable a la arrendataria de la restauración, y conservación y reposición de los elementos que se alquilan, salvo los casos que tengan la consideración de catastróficos, y en la duodécima, se reitera la obligación de la arrendataria en orden a devolver lo recibido “en las condiciones y calidad que lo recibió salvo el uso normal...”, estipulaciones éstas que coinciden sustancialmente con lo preceptuado en los artículos 1561 y 1563 del mencionado código sustantivo.

**CONSIDERANDO:** Que frente al completo y minucioso inventario, ya aludido, de entrega de los materiales y efectos de la industria arrendada, en el que se consigna, sin duda alguna a instancia de la entidad arrendataria, las mas pequeñas deficiencias de los objetos inventariados —así se indica que falta muelle en las pinzas langosteras y un mechero en uno de los tres hornillos de calentar copas de plata (folio 40)—, no consta que se recabara ni se obtuviera, en ningún momento ni forma alguna, la conformidad de la arrendadora por la devolución completa y perfecta de los elementos de la industria locada, conformidad que lógicamente sólo se puede otorgar tras el correspondiente examen y comprobación de la existencia y estado de los elementos, tan numerosos como diversos, que integran toda industria hotelera de cierta importancia —más de cincuenta mil bienes muebles en el presente caso—. Por ello, el informe emitido por el ingeniero don J. L. M. F., protocolizado el 3 de marzo de 1982 con 59 fotografías que reflejan el estado, en dicha fecha, de ciertas dependencias, elementos y objetos del Hotel “E. C.” (folios 79/150), se ha de tomar de base, a falta de otros elementos fácticos, para determinar la prosperabilidad de las dos contrapuestas apelaciones formuladas: una, encaminada esencialmente a que se declare que la arrendataria ha cumplido lo previsto en el apartado duodécimo del contrato suscrito por las hoy litigantes el 23 de junio de 1973 —deber de restauración, conservación y reposición de los bienes alquilados—, la otra, postula principalmente la declaración de haber incumplido la contraparte tal obligación, con la consiguiente indemnización a favor de la arrendadora.

**CONSIDERANDO:** Que el indicado informe se divide en cuatro capítulos; en los dos primeros se valoran las reparaciones y sustituciones de los elementos que se mencionan y que, según dictamen pericial practicado en el pleito por tres ingenieros industriales (folios 290 y siguiente), a excepción de las partidas que se refieren a la instalación y cuadros eléctricos que deben ser considerados adaptaciones a la nueva ordenación eléctrica, “se derivan del uso normal de los distintos elementos” y por lo tanto tales conceptos no son indemnizables a tenor de lo dispuesto en el invocado artículo 1561 y de lo estipulado en la cláusula novena del repetido contrato de arrendamiento. Igual carácter no indemnizable tienen las aludidas partidas referentes a la instalación eléctrica y cuadros eléctricos que, según dichos tres peritos deben ser considerados adaptaciones a la nueva ordenación técnica, ya que se tratan de desembolsos o gastos extraordinarios que, no previstos por los litigantes, no forman parte de la obligación de la arrendataria de “restauración, conservación y reposición de los bienes alquilados” y no existir precepto legal alguno que disponga lo contrario. Los dos últimos capítulos del informe del Sr. M. F. contiene la valoración de material inservible —2.680.5000 pesetas— y la de material que falta —2.355.844 pesetas— lo que dá una suma de 5.036.344 pesetas que la arrendataria debe satisfacer a la arrendadora a tenor del artículo 1563 del Código Civil y de lo estipulado en la cláusula novena del supradicho contrato de arrendamiento.

**CONSIDERANDO:** Que el criterio del juez “a quo” de moderar la citada suma de 5.036.344 pesetas en cuatro millones de pesetas, en uso de la facultad que a los Tribunales concede el artículo 1103 del Código Civil y en atención al hecho de que cuanto la industria se arrendó ya llevaba en funcionamiento más de 10 años, no es compartido por esta Sala;

pues la facultad de moderar el "quantum" indemnizatorio que otorga dicho precepto sustantivo, utilizable "atendidas las circunstancias y normas que los efecte" (Sentencia de 3 de Abril de 1940), y, en todo caso "dando las razones que justifiquen el uso de tal facultad, que no es arbitraria ni discrecional, en absoluto, sino limitada a los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la desigualdad económica de los contratantes" (Sentencia de 30 de junio de 1981), no se reputa de aplicación al presente caso. El ejercicio de dicha especial facultad judicial moderadora está condicionada, según la sentencia últimamente mencionada, a dos factores, uno de carácter adjetivo —se han de dar las razones que justifiquen su uso—, otro de índole sustantiva —las razones que se expongan han de tener el debido fundamento técnico-jurídico—; y si bien, en la moderación cuantitativa hecha en la resolución apelada se observó el factor formal, su fundamentación técnica no se estima de recibo; pues si bien es cierto que cuando la industria hotelera se arrendó ya llevaba en funcionamiento 10 años, ello no significa que fuera vetusta y que sus materiales y elementos fuesen desechables o casi inservibles —expresamente se hizo constar en el repetido contrato, la entrega de los bienes en buen estado—, no resulta de autos, ni siquiera se ha alegado, razón alguna que justifique el incumplimiento por la arrendataria de su obligación especialmente estipulada, de restaurar, conservar y reponer los bienes alquilados —el contrato duró ininterrumpidamente mas de 7 años—, por lo que tan patente, importante e injustificado incumplimiento contractual no puede ser objeto de una bonificación de un 20% aproximadamente —algo mas de un millón de pesetas—, al no existir causa jurídica ni de equidad para ello, pues el mantenimiento del importe total de las valoraciones señaladas pericialmente por materiales inservibles y que faltan en la industria hotelera arrendada —5.036.344 pesetas cuando finalizó el término convenido—, no implica un enriquecimiento de la arrendadora, sino la recuperación, desde un punto de vista técnico-económico, de su industria en las mismas condiciones que cuando la entregó en arrendamiento a la contraparte.

**CONSIDERANDO:** Que la parte reconvenida —la arrendataria— así mismo impugna la sentencia recaída por estimar improcedente o en todo caso excesiva, la indemnización a que ha sido condenada, aduciendo en apoyo de tal pretensión la aplicación, por analogía, de la Orden de 23 de febrero de 1965 del Ministerio de Hacienda, que aprueba la tabla anexa de coeficientes de amortización para su aplicación a los Impuestos sobre Sociedades e Industrial, cuota por beneficio, y concretamente propugne la recurrente la aplicación de los coeficientes máximos anuales de amortización que establece para "Hostelería y Similares" la rama XII de dicha disposición, pretensión que se ha de rechazar, pues la invocada orden ministerial, de estricto carácter y alcance fiscal, como expresamente se declara en su artículo primero, no guarda relación o semejanza alguna con el supuesto que ahora se revisa en esta segunda instancia, pues se trata de una cuestión estrictamente jurídico-civil: la defectuosa devolución de una industria arrendada, al finalizar el término pactado, y sus efectos jurídicos.

**CONSIDERANDO:** Que la entidad arrendadora, aquí reconviniente, igualmente impugna la resolución dictada por haber omitido su fallo el devengo del interés que fija el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; hecho cierto, pero totalmente inoperante, ya que el interés que señala dicho precepto procesal es de carácter imperativo para el supuesto que en él se menciona, de suerte que aunque no se aluda en la sentencia, se devenga, por ministerio de la Ley, desde la fecha de la sentencia, a menos que se revoque, aunque sea parcialmente.

**CONSIDERANDO:** Que dada la inconsistencia de la fundamentación de la apelación formulada por la entidad O. H. S.A., se aprecia temeridad en dicha recurrente, lo que determina su condena en costas en esta segunda instancia.

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

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad O. H. S.A. y estimando en parte el interpuesto por la entidad F. S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha catorce de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos

de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto a la cantidad a que se condena a la entidad O. H. S.A. a satisfacer a la entidad F. S.A. que se fija en CINCO MILLONES TREINTA Y SEIS MIL TRECIENTAS CUARENTA Y CUATRO PESETAS, suma ésta que desde el día de hoy devengará, a favor del acreedor, el interés señalado en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; confirmando el resto del fallo recurrido. Se imponen las costas de esta alzada a la entidad O. H. S.A. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## C. INDICE ANALITICO

- Acción
- Cambiaría declarativa 247
  - Declarativa de dominio 283
  - De división de cosa común 234
  - De reembolso 219, 248
  - Ejecutiva 219
  - Subrogativa 219
- Actos propios 218, 252
- Alimentos
- Hijos mayores de edad 195
  - (Ver además, "divorcio" y "separación matrimonial")
- Arquitectos 192
- Arrendamientos
- De industria 286
  - De obras 205, 236, 239, 250
  - De temporada 209
  - Urbanos
    - Cesión, subarriendo, traspaso 210, 245, 251
    - Cierre 241, 246
    - Obras incontinentes 199, 242, 244
    - Subrogación "mortis causa" 218
- Condominio en Mallorca 194
- Consentimiento 199, 236
- Contratos
- De fletamento 249
  - De opción 251
  - Interpretación 241
  - Nulidad 218
- Resolución por incumplimiento 187, 223
- Cosa juzgada 198, 252, 279
- Costas procesales 193
- Desahucio, juicio de 209
- Diligencias para mejor proveer 276
- Diligencias preparatorias de ejecución 238
- Divorcio
- Alimentos 207, 277
  - Cuidado de los hijos 202, 237, 271
  - Pensión compensatoria 207, 211
  - Visitas 237, 277
- Documentos privados 193, 282
- Fotocopias 275
- Ejecutivo, juicio 275
- Diligencias preparatorias 238
  - Póliza de afianzamiento 228
  - Póliza de préstamo 219, 225
- Ejecutivo cambiario
- Causa 197
  - Cláusula de valor 188
  - Falsedad 222, 270
  - Falta de provisión de fondos 175, 178, 181, 212, 223, 263, 267, 270
  - Letra en blanco 175
  - Límites 197
  - Lugar de creación 227
  - Pago 230

- Pluspetición 226, 270
- Simulación 188
- Timbre 224
- Ejecutivo de tráfico
  - Culpa exclusiva 203, 284
  - Maniobras de fortuna 203
  - Título 232
- Excepciones procesales
  - Defecto legal 182, 272
  - Incompetencia de jurisdicción 18
  - Insuficiencia de poder 275
  - Legitimación activa 252, 267
- Intimación 265
- Litis consorcio pasivo necesario 278
- Mandato 285
- Medidas provisionales 234, 243
- Obligaciones con cláusula penal 261
- Pago 206, 235, 248
- Patria potestad, 237, 271
- Prescripción 192, 193, 198, 253, 278
- Presunciones 180
- Pobreza 275
- Posesión 194
- Propiedad horizontal
  - Gastos comunes 179, 235
- Impugnación del acta de la junta 274
- Protesta
  - De averías 249
- Prueba 180, 191, 206
  - Pericial 203, 205, 226, 265
  - Testifical 200
- Recursos
  - De apelación 255, 257, 268, 273, 277, 280
- Responsabilidad Civil
  - Accidente de tráfico 189, 190, 254, 269
  - Decenal 192
  - Carga de la prueba 176, 254
  - Culpa/negligencia 182, 193, 198, 260
  - Daños indirectos 259
  - Daños morales 182
  - Daños/perjuicios 176, 252, 259, 264, 281
  - Fuerza mayor 249
  - Nexo causal 269
  - Prescripción 192, 278
  - Solidaridad 198, 252
- Seguridad social 253
- Separación matrimonial 194, 233
  - Alcoholismo 214
  - Alimentos 201, 213, 216, 221, 231
  - Carga de la prueba 180, 258, 262
  - Conducta vejatoria 177, 217, 233
  - Custodia de los hijos 177, 271
  - Malos tratos 200
  - Pensión compensatoria 201,

204, 217, 233, 234, 240  
Régimen de visitas 215

Servidumbres

De medianería 256

Simulación 188, 191, 210

Sociedades Anónimas

Derecho a información 272

Impugnación de acuerdos 272

Solidaridad 198, 252

Suspensión de pagos 225, 267

Tercería de dominio 194

### III. SALAS 1ª y 2ª

#### DE LO CRIMINAL (1)

##### A. INDICE CRONOLOGICO

363. **Abusos deshonestos.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Septiembre de 1983 (2ª).*
364. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 8 de Septiembre de 1983 (2ª)*
365. **Coacciones.** Elementos. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1983 (2ª).*
366. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Del que resulta muerte. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1983 (2ª).*
367. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1983 (2ª).*
368. **Falsedad en documento oficial.** Receta médica. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1983 (2ª).*
369. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 13 de Septiembre de 1983.*
370. **Robo con fuerza en las cosas.** Trastorno mental transitorio, como eximente incompleta —síndrome de abstinencia—. **Hurto.** Falta. **Sentencia de 15 de Septiembre de 1983.**
371. **Escandalo publico.** Falta de pruebas. Absolución. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1983.*

---

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

372. **Robo con intimidación.** Uso de armas. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1983 (2ª).*
373. **Realización arbitraria del propio derecho.** Animo de hacerse pago. Relación obligacional entre sujeto activo y pasivo. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1983 (2ª)\*.*
374. **Robo con fuerza en las cosas.** Llaves falsas (copia de las auténticas). Conformidad. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1983.*
375. **Uso de nombre supuesto.** Agravante de reincidencia. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1983.*
376. **Estafa.** Elementos. Múltiples perjudicados. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983.*
377. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia atenuante de embriaguez no habitual. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983.*
378. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
379. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
380. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Delito de contrabando.** *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
381. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de embriaguez y agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
382. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
383. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983 (2ª).*
384. **Apropiación indebida.** No ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983\*.*
385. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada.

- Trastorno mental transitorio como eximente incompleta. El Tribunal ordena el internamiento en establecimiento hospitalario adecuado. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*
386. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. No se acredita ni que el abandono sea malicioso, ni que obedezca a una conducta desordenada. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983\*.*
387. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. (Estudio de esta circunstancia). *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*
388. **Salud pública.** Exhibición de sustancias estupefacientes. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*
389. **Robo con fuerza en las cosas. Receptación.** El Ministerio Fiscal retiró la acusación en el acto del Juicio Oral. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*
390. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". El Tribunal aprecia la circunstancia modificativa específica del art. 529-7º "de especial gravedad". *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*
391. **Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*
392. **Estafa. Emisión de talones sin fondos como medio engañoso. Agravante de reincidencia.** *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª)\*.*
393. **Intrusismo.** (Diferencias entre delito y falta). *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª)\*.*
394. **Lesiones.** "Animus leadendi". **Daños.** Falta. **Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª).*
395. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª).*
396. **Homicidio.** Muerte de dos personas. **Lesiones graves.** Sin circunstancias. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983\*.*
397. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Trastorno mental transitorio como eximente incompleta. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983.*

398. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983.*
399. **Estupro.** No se acredita la situación de prevalimiento. Absolución. *Sentencia de 1 de Octubre de 1983.*
400. **Delito relativo a la prostitución.** Presunción de inocencia. Absolución. *Sentencia de 1 de Octubre de 1983.*
401. **Hurto.** Delito continuado. Circunstancias agravantes de realizar el hecho en la morada del ofendido y abuso de confianza. Dichas circunstancias no van, según reza la propia Sentencia, contra el principio acusatorio, pese a no haber sido apreciadas por las partes acusadoras ya que una de ellas calificó los hechos como robo, y al ser condenados por hurto, permite la apreciación de tales circunstancias. *Sentencia de 1 de Octubre de 1983.*
402. **Imprudencia temeraria con resultado de muerte.** *Sentencia de 3 de Octubre de 1983 (2ª).*
403. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. El Tribunal hace uso del art. 2 del Código Penal proponiendo al Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 3 de Octubre de 1983 (2ª).*
404. **Homicidio.** Tentativa. Trastorno mental transitorio, como eximente incompleta. *Sentencia de 5 de Octubre de 1983.*
405. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación.** *Sentencia de 6 de Octubre de 1983.*
406. **Delito de fraude de funcionario público** — Art. 401—. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*
407. **Robo con intimidación.** Frustración. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*
408. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*
409. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Agravante de disfraz. **Tenencia ilícita de armas.** Elementos. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Hurto.** Falta Agravante de reinci-

- dencia. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª)*.
410. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Atenuante de minoría de edad. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983 (2ª)*.
411. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983 (2ª)*.
412. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuantes de minoría de edad y arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983 (2ª)*.
413. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983*.
414. **Robo con fuerza en las cosas.** Se afirma la Sentencia la no participación del procesado ni como autor ni como complice. *Sentencia de 14 de Octubre de 1983 (2ª)*.
415. **Receptación.** Ausencia de conducta típica, por desconocerse la ilicitud de la procedencia de los objetos. Presunción de inocencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª)\**.
416. **Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª)*.
417. **Salud pública. Contrabando.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª)*.
418. **Hurto.** No se acredita la participación de la procesada. Presunción de inocencia. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983*.
419. **Salud pública.** Tráfico. Se absuelve a los procesados del delito de contrabando ya que ni fueron procesados ni acusados en las conclusiones provisionales por tal delito; el hecho pues, de que lo fueran al modificar las conclusiones la parte acusadora produciría, en base a los principios que rigen la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indefensión en el acusado. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983\**.

420. **Hurto.** Elementos. Agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983.*
421. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983.*
422. **Injurias** —Por escrito y sin publicidad—. Ausencia de conducta típica al faltar el “animus iniuriandi” y dado el carácter circunstancial del mencionado tipo de injusto. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª)\*.*
423. **Incendio.** Eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
424. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
425. **Escándalo público.** Exhibicionismo. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
426. **Falsificación en documento mercantil. Estafa.** Tentativa. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
427. **Allanamiento de morada.** Requisitos. Falta de Moral. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
428. **Abusos deshonestos violentos.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
429. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
430. **Daños.** Elemento objetivo y subjetivo. Conformidad. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
431. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado. **Robo con violencia en las personas.** Casa habitada. Eximente incompleta de enajenación mental (drogadicción por habitual dosificación de heroína). *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
432. **Robo con fuerza en las cosas.** Perpetrado en edificio público. Ate-

- nuante de minoría de edad. **Falta de orden público.** Conformidad. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983.*
433. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. El Ministerio Fiscal retiró la acusación en el acto del Juicio Oral. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983.*
434. **Tenencia ilícita de armas.** Elementos. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983\*.*
435. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Hurto.** Delito continuado. Agravante de realización del hecho en la morada del ofendido. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983.*
436. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983 (2ª).*
437. **Hurto.** Elementos. **Robo con violencia en las personas.** *Sentencia de 22 de Octubre de 1983.*
438. **Salud pública.** No se acredita la participación en los hechos de la procesada. Presunción de inocencia. *Sentencia de 22 de Octubre de 1983.*
439. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. Absolución. *Sentencia de 22 de Octubre de 1983.*
440. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 23 de Octubre de 1983.*
441. **Marversación de caudales públicos.** Impropia, por quebrantamiento de bienes embargados. Elementos. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*
442. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*
443. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*
444. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Hurto.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*

445. **Falsedad en documento mercantil. Estafa. Requisitos.** *Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (2ª).*
446. **Salud pública. Tenencia para el tráfico. Contrabando.** *Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (2ª).*
447. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Con resultado de muerte y lesiones. *Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (2ª).*
448. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
449. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
450. **Abusos deshonestos.** Propósito lúbrico. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
451. **Escándalo público.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
452. **Hurto.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
453. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Tentativa. Eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
454. **Vejación injusta.** Falta. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
455. **Salud pública. Venta.** *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
456. **Estafa.** Apariencia de bienes en cuenta corriente. Concurrencia agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983.*
457. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Escalamiento. *Sentencia de 28 de Octubre de 1983.*
458. **Abusos deshonestos.** Circunstancia atenuante de minoría de edad. **Coacciones.** Atenuante de minoría de edad. **Robo con intimidación de las personas. Receptación.** Atenuante de minoría de edad. **Daños.** Falta. *Sentencia de 28 de Octubre de 1983.*

459. **Salud pública.** Uso para el tráfico, atendiendo la cantidad de droga que tenía el procesado. *Sentencia de 29 de Octubre de 1983.*
460. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Octubre de 1983 (2ª).*
461. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983 (2ª).*
462. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983 (2ª).*
463. **Falsedad en documento mercantil.** Elementos. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983 (2ª).*
464. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983.*
465. **Utilización ilegítima y de vehículo de motor ajeno. Resistencia a los agentes de la autoridad.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1983.*
466. **Falsificación de sellos y marcas.** —Art. 275 y 276—. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1983.*
467. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. **Tenencia ilícita de armas.** **Allanamiento de morada.** **Lesiones.** Conducta encubridora por parte de uno de los procesados. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1983 (2ª).*
468. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983 (2ª).*
469. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983 (2ª).*
470. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983 (2ª).*
471. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Elementos. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983.*

472. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. El Tribunal por el mismo delito solicita un indulto parcial para otro procesado en base al Art. 2 del Código Penal. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983.*
473. **Robo con fuerza en las cosas. Sustitución de placa de matrícula de vehículo automovil.** *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983.*
474. **Delito relativo a la prostitución.** Favorecimiento. (Tercería locativa). Absolución por falta de culpabilidad, en base al párrafo 3º del Art. 6 bis a) (error). *Sentencia de 8 de Noviembre de 1983\*.*
475. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Trastorno mental transitorio, como eximente incompleta. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1983.*
476. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1983 (2ª).*
477. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1983 (2ª).*
478. **Receptación.** Conocimiento de la procedencia ilegal de los bienes. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1983 (2ª).*
479. **Incendio.** No se acredita la participación de los procesados. Presunción de inocencia. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1983.*
480. **Homicidio.** Frustrado. **Daños.** Eximente de enajenación mental. Absolución. Internamiento en establecimiento psiquiátrico. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
481. **Atentado a agente de la autoridad.** (Exceso en sus funciones por parte de los agentes) **Lesiones.** Falta. Absolución. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª)\*.*
482. **Estafa.** Delito continuado empleo de eurocheques falsificados. **Uso de documento de identidad falso.** *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
483. **Cheque en descubierto.** Entrega de cheque como medio de pago sin

- poder realizarse su cobro. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
484. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante eximente incompleta de transtorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
485. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de rejas. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
486. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Que si mediase, malicia constituiría delito de lesiones graves. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
487. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Recetas médicas. **Estafa.** Delito continuado. **Uso de documento oficial falso.** Delito continuado. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
488. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1983*.
489. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1983*.
490. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983*.
491. **Estafa.** Delito continuado. **Falsedad en documento mercantil.** Utilización de eurocheques falsificados. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
492. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
493. **Malversación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983 (2ª)*.
494. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de fuerza, golpes en diversas partes del cuerpo. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1983 (2ª)*.

495. **Hurto**. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1983.*
496. **Delito relativo a la prostitución**. Error vencible de obrar lícitamente. Aplicación del último párrafo del Art. 6 bis a) y del Art. 66 del Código Penal. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983.*
497. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas**. Rompimiento de escarapate. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983 (2ª).*
498. **Atentado a agente de la autoridad**. Ausencia de conducta típica al existir previa agresión por parte de la autoridad. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
499. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Imprudencia temeraria**. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
500. **Robo con fuerza en las cosas**. Escalamiento. Rotura de ventana. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
501. **Uso de documento oficial falso**. Recetas médicas. Delito continuado. **Estafa**. Falta continuada. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
502. **Robo con fuerza en las cosas**. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983.*
503. **Falsificación de documento oficial**. Conformidad. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1983.*
504. **Robo con fuerza en las cosas**. Delito continuado. Rotura de ventanas. Agravante de reincidencia. **Robo con fuerza en las personas**. Tiron violento. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983 (2ª).*
505. **Robo con fuerza en las cosas**. Conformidad. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983 (2ª).*
506. **Estafa**. Conformidad. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983 (2ª).*
507. **Robo**. Casa habitada. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.*

508. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.*
509. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983 (2ª).*
510. **Atentado a agente de la autoridad.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983 (2ª).*
511. **Parricidio.** Tentativa. Atenuante eximente incompleta de enajenación mental. Internamiento en un establecimiento psiquiátrico. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983 (2ª).*
512. **Robo con fuerza en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
513. **Robo con fuerza en las cosas.** Entrada por sitio distinto al destinado a su acceso. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
514. **Hurto.** Apropiación de documentos que justifican una deuda. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
515. **Robo con fuerza en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
516. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
517. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
518. **Homicidio. Lesiones. Daños.** Falta. No se acredita en ninguna de las infracciones penales la participación del procesado. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983.*
519. **Estafa.** *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983.*
520. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por no existir abandono "malicioso". *Sentencia de 26 de Noviembre de 1983.*
521. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sen-*

*tencia de 30 de Noviembre de 1983.*

522. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1983.*
523. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1983.*
524. **Delito relativo a la prostitución.** No se acredita que determinada persona ejerciese la prostitución. **Malos tratos de palabra y de obra.** Falta. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1983.*
525. **Incendio.** Atenuante de enajenación mental incompleta. Internamiento en Centro psiquiátrico hasta su repatriación. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
526. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
527. **Estafa.** El Ministerio Fiscal retira la acusación. Absolución. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
528. **Presentación en juicio de documento privado falso.** Conocimiento de la falsedad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª)\*.*
529. **Robo con violencia en las personas.** Tirón violento y conducción a lugar desierto. **Resistencia a agentes de la autoridad.** Lesiones. Falta. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
530. **Estafa.** Cuestión inmobiliaria. Enajenación de un bien gravado con anterioridad. Concurrencia de todos los requisitos que la configuran. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
531. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1983.*
532. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1983.*
533. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón". *Sentencia de 7 de Diciembre de 1983 (2ª).*

534. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983 (2ª).*
535. **Violación.** Empleo de fuerza física que impide toda opción de rechazo de la víctima. Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983 (2ª).*
536. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983.*
537. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1983.*
538. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Absolución. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*
539. **Evasión de presos.** Elementos. **Atentado contra agentes de la autoridad.** Requisitos. Lesiones. Falta. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*
540. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por falta de medios económicos suficientes. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983 (2ª).*
541. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983 (2ª).*
542. **Amenazas.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983 (2ª).*
543. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983 (2ª).*
544. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983.*
545. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983.*
546. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*

547. **Parricidio.** Muerte de la esposa. Atenuantes de arrebató y arrepentimiento espontáneo. **Amenazas.** *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*
548. **Robo con fuerza en las cosas. Falsedad y estafa.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*
549. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. **Incendio.** *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983 (2ª).*
550. **Robo con violencia e intimidación en las personas y uso de armas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
551. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
552. **Homicidio frustrado o lesiones graves.** Circunstancia eximente de legítima defensa. Principio "in dubio pro reo". *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
553. **Robo con intimidación en las personas con resultado de lesiones. Tenencia ilícita de armas. Uso de nombre supuesto.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
554. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1983.*
555. **Tenencia ilícita de armas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1983 (2ª).*
556. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. **Hurto. Receptación.** *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
557. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
558. **Salud pública.** Circunstancias que conforman el tráfico como el envoltorio en dosis, existencia de balanzas y molinillo. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
559. **Estafa.** Utilización de sucesivos engaños. Notable perjuicio económico al perjudicado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*

560. **Hurto con abuso de confianza.** Utilización de la llave por haber pernoctado con anterioridad en la vivienda. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
561. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** *Sentencia de 21 de Diciembre de 1983.*
562. **Estafa.** Ficción de solvencia en cuenta corriente. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1983 (2ª).*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 373

**373. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.**

Animo de hacerse pago. Relación obligacional entre sujeto activo y pasivo. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado —y así expresamente se declara— que el día diez de diciembre de mil novecientos ochenta y dos el procesado B. S. A., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, se dirigió a la finca rústica denominada Son ., sita en el kilómetro cinco de la carretera de Sineu y propiedad de M. J. V., a cuyo servicio había trabajado, y como el mismo le adeudase salarios, conociendo que escondía la llave de la puerta debajo de un trozo de uralita, cogió la misma y accedió al interior, en una de cuyas naves, para hacerse así pago de los referidos salarios, cogió una motosierra, un taladro y otras herramientas por valor conjunto de ciento sesenta mil pesetas, que se han recuperado y entregado a su propietario.

**RESULTANDO:** Que, en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 500, 504-4º y 505 del Código penal y designando autor del mismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al procesado, solicitó se le impusiera una pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en calificación igualmente elevada a definitiva, estimó que el procesado había cometido un delito de realización arbitraria del propio derecho y que al concurrir la circunstancia eximente de estado de necesidad procedía su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta sentencia no son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 500, 504-4º y 505 del Código penal, objeto de acusación, al faltar, como se desprende del relato fáctico, el necesario ánimo de lucro que requiere el primero de dichos preceptos, puesto que el apoderamiento violento a través de la "vis in re" tenía como finalidad la de hacerse pago, por lo que el "tipo" existente es el previsto en el artículo 337 del Código penal como delito de realización arbitraria del propio derecho, que es el que debe ser objeto de punición.

**CONSIDERANDO:** Que de dicho delito es responsable en concepto de autor directo del párrafo 1º del artículo 14 del Código penal el procesado.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la res-

ponsabilidad criminal, ya que la alegada eximente de estado de necesidad del numeral 7º del artículo 8 del Código penal está desasistida de toda prueba, por lo que resulta aplicable la reiteradísima doctrina legal expresiva de que las circunstancias modificativas han de estar tan acreditadas como el hecho mismo.

**CONSIDERANDO:** Que las costas procesales han de imponerse a los condenados por todo delito o falta según lo dispuesto en los artículos 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

**VISTOS** los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 23, 27 y su tabla, 29, 33, 28, 63, 90 y 91 del Código penal y 14, 142, 144, 741, 742, 779 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado B. S. A. del delito de robo con fuerza en las cosas objeto de acusación y debemos condenarle y le condenamos como autor directo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de realización arbitraria del propio derecho, a una pena de ciento sesenta mil pesetas de multa, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada diez mil pesetas impagadas; condenándole asimismo, por ministerio de la ley, al pago de las costas causadas en este proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 384

**384. APROPIACION INDEBIDA.** No ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente: que el procesado G. M. F., mayor de edad, de buena conducta, y sin antecedentes penales, actuando como gerente desde su fundación en 1944 de la empresa denominada C. M. M. M. y Compañía, con sede social en la misma ciudad de I., al hallarse la empresa en penuria económica, y pasando ésta por una grave crisis, en el Juzgado de 1ª Instancia de Inca se tramitó expediente de suspensión de pagos de la referida entidad, autos nº 226/76, ante la falta de liquidez, tuvo que recurrir a préstamos y créditos bancarios que solo la permitían pagar los salarios a sus empleados, pero no pudiendo ingresar las cuotas obreras de la seguridad social en el Régimen General de la Seguridad Social, por falta de dinero y ello durante los años 1975, excepto los meses de Agosto y Octubre, y los años 1976, 1977, 1978 y 1979, ascendiendo esta cantidad a 4.248.799,- pesetas, como consecuencia de este descubierto con la Seguridad Social al trabajador F. P. R., nacido el 26 de Junio de 1919, después de haber trabajado 13 años en la empresa, al jubilarse el 17 de Abril de 1980, le ha sido reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una prestación equivalente solamente al salario interprofesional y no por la cuantía de su salario real.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los

hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida del artº 535 en relación con el artº 528 del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado G. M. E., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de tres meses de arresto mayor, accesorias e indemnización de 4.258.799,- pesetas a la Seguridad Social y de 500.000 pesetas a F. P. y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular —el I.N. de la Seguridad Social— en igual trámite, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de apropiación indebida y contra la libertad en el, digo, y seguridad en el trabajo, tipificados en los artículos 535 en relación con el 528-1º y artº 499 bis respectivamente del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, solicitando, por el delito de apropiación la pena de 6 años y 1 día de presidio mayor, y por el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, dos meses de arresto mayor y multa de 20.000,- pesetas, con arresto sustitutorio de 30 días en caso de impago, accesorias y costas, y que indemnice al I.N. de la Seguridad Social en 4.258.799,- pesetas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, negando que los hechos fueran constitutivos de delito solicitó la libre absolución de su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de apropiación indebida de que es acusado el procesado, pues para apreciar esta infracción criminal, han de concurrir los siguientes elementos definidores de este tipo delictivo: a) una dinámica delictiva consistente en hacer suyo, distraer o negar haber recibido, dinero, efectos, o cualquiera otra cosa mueble que se hubiera recibido en calidad de depósito, comisión, o administración o por otro título que produzca obligación de devolverlo; b) una valoración antijurídica del aumento del patrimonio del autor de la infracción penal y c) la presencia del nexo psicológico de la acción de un ánimo de lucro (Sts. de 26 de Mayo de 1982), y en el presente caso falta el presupuesto de "haber recibido en depósito comisión o administración o por otro título que produzca obligación de devolverlo, dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble"; en efecto la deducción de dinero, que produciría un fenómeno de inversión del título de poseer, en cuya virtud de posesión emanada del dominio, que, el empresario tenía primitivamente, se trueca en posesión derivada del mandato o del depósito, es imposible dada la penuria económica y carencia de recursos por los que pasaba la empresa, por lo tanto el procesado no tuvo esas cantidades, y no se pudo apropiarse o distraer algo que no tuvo —Set. del T.S. de 23 de Junio de 1980—. No existiendo pues el delito de apropiación indebida, es obvio que tampoco se habrá cometido el otro delito de que acusa el Instituto N. de la Seguridad Social, pues la conducta del procesado no es incardinable en ninguno de los apartados del artº 499 bis del Código Penal; y en virtud de todo ello procederá la libre absolución del procesado de los delitos de que viene siendo acusado, con declaración de oficio de 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 2, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado G. M. F. de los delitos de que viene acusado con declaración de oficio de las costas causadas. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana).

## 386

**386. ABANDONO DE FAMILIA.** Ausencia de conducta típica. No se acredita ni que el abandono sea malicioso, ni que obedezca a una conducta desordenada. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente: que el procesado J. I. P., mayor de edad, sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con A. F. P., el día 29 de Abril de 1972, del que nacieron dos hijos R. M. y J. M. el 6 de Marzo de 1973 y el 20 de Septiembre de 1974 respectivamente, matrimonio en el que desde un principio fueron frecuentes las desavenencias familiares, incluso el esposo una vez se marchó del hogar, volviendo y siendo recibido de nuevo por su esposa, perdonándolo, con motivo de esas desavenencias producidas por las cenas que el esposo realizaba con sus compañeros del equipo de fútbol de C'an P., y porque el marido frecuentaba alguna discoteca y que su mujer era desordenada, en algunas ocasiones la esposa impidió al procesado la entrada en el domicilio conyugal, siendo los primeros días del mes de Septiembre de 1980, el marido procesado ya no volvió al domicilio familiar, calle J., n° 91-1°, de C'an P., marchándose a vivir con un amigo, no entregándole ninguna cantidad de dinero, desde que abandonó el hogar familiar. El procesado sólo trabajaba de una manera fija en verano, y en el resto de año, realizaba trabajos esporádicos.

**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 art° 487-1°, del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. T. P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de un mes y un día de arresto mayor y 20.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de 20 días por impago, accesorias legales y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negando que los hechos fueran constitutivos de delito, solicitó la libre absolución de su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de que viene acusado el procesado, ya que conforme a la Jurisprudencia del T.S. recogida entre otras en las sentencias de 8 de Mayo de 1981, y 10 de Octubre de 1981, no basta el mero apartamiento del hogar familiar, ni el simple incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o al matrimonio para la realización del tipo previsto en el art 487-1° y 2° sino que aquellos han de tener por causa específica, alternativa o conjuntamente el abandono malicioso del domicilio conyugal o la conducta desordenada del sujeto, y el abandono malicioso quiere decir tanto como sin base, justificación, móvil, pero en el presente caso el abandono del hogar fué debido a desavenencias familiares, y en cuanto a la conducta desordenada, ello no ha resultado acreditado, pues las declaraciones de la esposa y su madre pueden ser interesadas, y el informe de la guardia civil relata que frecuentaba discotecas alternando con extranjeras, pero no nombra testigos, y de los que declararon uno de ellos manifestó que solía ir tres veces por semana a la discoteca S., no pudiendo decir si iba con chicas extranjeras pues el expresado J. T. se sentaba en un taburete de la barra, con un par de amigos y que no gastaba mucho dinero; los demás manifestaron que no podría afirmar si el procesado frecuentaba las discotecas de las que eran propietarios; con estas pruebas no se puede realizar una afirmación rotunda, que permitiera condenar a una persona por el delito de abandono de familia en base a que si-gue una conducta desordenada, todo ello sin perjuicio de las consecuencias civiles que pu-

dieran derivar de la situación creada, por estas razones, procede la libre absolución del procesado, con declaración de oficio de 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 J. T. P., del delito de que viene acusado, con declaración de oficio de las costas causadas. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana).

## 392

392. **ESTAFA.** Emisión de talones sin fondos como medio engañoso. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así se declara expresamente, que el procesado G. R. B., mayor de edad, ejecutoriamente condenado el 8 de octubre de 1977 por una falta de estafa, el 2 de marzo de 1979 por un delito de estafa y el 19 de junio de 1979, 11 de enero de 1980 y 8 de febrero de 1980, por sendos delitos de cheque en descubierto, sin que se le haya apreciado la agravante de reincidencia, aparentando una solvencia de la que carecía, contrató con E. G. R. la compra de un cachorro de león por importe de cien mil pesetas, entregando al mismo con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete de marzo de mil novecientos ochenta sendos cheques por importe de cincuenta mil pesetas cada uno contra su cuenta corriente en la Caja de Ahorros de Baleares, talones que no pudieron ser cobrados por carecer de fondos suficientes y comoquiera que E. G. reclamara dicha suma al procesado éste relleno con su propia letra y a su nombre un talón con fecha cinco de abril de mil novecientos ochenta, contra una cuenta corriente del Banco del Noroeste de la que el procesado no era titular y que pertenece a persona ajena a estas relaciones. El procesado fué declarado en rebeldía y está en prisión por esta causa desde el día catorce de septiembre del corriente. No consta la firma que autoriza el talón del Banco del Noroeste corresponda al procesado, aunque sí el resto del texto de dicho talón.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos y un delito de Estafa, de los artículos 529-1º y 528-3º y b) un delito de falsedad en documento mercantil, artículo 303, en relación con los números 1 y 4 del artículo 302, todos ellos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado G. R. B., con la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo que solicitó contra aquél la pena de: Por a) cuatro meses y un día de arresto mayor; por b) cuatro años, dos meses y un día de presidio menor y cincuenta mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de cincuenta días caso de impago, accesorias, indemnización de cien mil pesetas al perjudicado E. G. R., y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, solicitó la libre absolución de su defendido, por estimar que no había cometido delito alguno.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran un delito de estafa, previsto y penado en los, dicese en el artículo 528 del Código Penal, porque el procesado por medio de un engaño tan típico como es el de presentarse como titular de una solvencia de la que carecía y para lograr un desplazamiento económico del patrimonio del perjudicado al suyo propio, con ánimo de lucro, le entregó los talones constándole que no dispondría de fondos en la cuenta para hacer efectiva la suma que los mismos representaban —Sentencia 11-2-1976— hecho que de acuerdo con la reforma introducida por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, se castiga con la pena de arresto mayor. Y sin que se pueda incriminar como autor de una falsedad en documento mercantil, tal como se pretende por la acusación, la conducta del procesado al cubrir con su letra parte del talón del Banco del Noroeste —no consta que la firma del librador corresponda al mismo— y entregárselo él mismo a su recipiendario con su propio nombre y apellidos, como librado, al ser configurado dicha alteración efectiva en dichos documentos mercantiles; pero con un tan ostensible inidoneidad, como tal, que descartan toda posible aceptación de que el tomador del cheque lo recibiese con la consciencia de que los mismos tuviesen real valor ante el citado banco, por lo que procede la libre absolución de dicho procesado por tal delito, habida cuenta de la presencia de un verdadero caso de delito imposible según la más reciente doctrina legal —Sentencias 26-2-1981; 27-4 y 25-5-1982—.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G. R. B., por su participación voluntaria y directa en los hechos.

**CONSIDERANDO:** Que es de apreciar la circunstancia modificativa agravante de reincidencia del artículo 10-15ª, dados los antecedentes del procesado y que por aplicación del artículo 62-2ª, este Tribunal puede aplicar la pena en el grado máximo.

**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, 61-2ª, 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 G. R. B., del delito de, dicese que debemos absolver y absolvemos al procesado del delito de falsedad en documento mercantil del que se le acusaba, declarando de oficio la mitad de las costas y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de estafa en cuantía superior a treinta mil pesetas, con la agravante de reincidencia, a una pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de privación de libertad; a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido E. G. R., la suma de cien mil pesetas, y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Remítase la pieza de responsabilidad civil al Instructor para que la termine con arreglo a Derecho. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

**RESULTANDO** probado, y así expresamente se declara, que en diversos lugares del término de Palma, la procesada M. H. G., mayor de edad, sin antecedentes penales, de profesión "guía transferista", en diversas fechas y ocasiones no determinadas, sin estar reglamentariamente autorizada para ejercer la actividad de "guía intérprete de turismo", mediante título expedido por el Ministerio o autoridad administrativa correspondiente, llevó a cabo de forma eventual esta última actividad, acompañando como tal "guía intérprete de turismo" a diversas expediciones o grupos de turistas en viajes y excursiones que organizaban diversas agencias de viajes, y a requerimiento de éstas. La profesión de "guía intérprete de turismo" está regulada por el reglamento de 31 de Enero de 1964, y sus titulares acompañan y asisten a excursiones denominadas turísticas. Los denominados "guías transferistas" no pueden acompañar a dichas excursiones turísticas, aunque sí pueden hacerlo, y prestan sus servicios profesionales, a las denominadas excursiones comerciales y a las nocturnas, de exclusiva finalidad festiva y gastronómica.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de intrusismo del artículo 321-2ª del Código Penal, en relación con el Reglamento de actividades Turísticas de 31 de Enero de 1964; del que conceptuó autora a la procesada M. H. G., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquélla la pena de, dicese las penas de seis meses y un día de prisión menor, multa de veinte mil pesetas, con treinta días de arresto sustitutorio, en caso de impago, accesorias y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular mantenida por la entidad Asociación Profesional de Informadores Turísticos de Mallorca, en igual trámite, se mostró conforme con las conclusiones definitivas formuladas por el Ministerio Fiscal, si bien añadió como indemnización de daños y perjuicios la reclamación de la cantidad de dos millones seiscientos treinta y una mil setecientas setenta y tres pesetas, y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa de la procesada, en igual trámite, solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinada, por no ser ciertos los hechos que se le imputan, o no ser éstos constitutivos del delito de que se le acusa y alternativamente que se le condenara como autora de una falta del artículo 572-1º del Código Penal, a la pena de mil pesetas de multa.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son legalmente constitutivos del delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 321 del Código Penal, y si lo son de una falta prevista y penada en el número 1 del artículo 527 del Código Penal, pues si bien es cierto que después de la revisión efectuada en dicho tipo penal por el Decreto de 28 de Marzo de 1963, se eliminó el requisito o necesidad concerniente a que la profesión usurpada estuviese amparada por un título facultativo o académico, con cuya supresión se amplió considerablemente el ámbito y número de actividades profesionales protegidas por el artículo 321, no es menos cierto que deben depurarse unos límites cuantitativos y cualitativos que sirvan para cualificar unas determinadas conductas como constitutivas de un ilícito penal y separarlas de las que, siendo ilegales, no alcanzan tal gravedad y deben ser objeto de regulación y disciplina por el ordenamiento jurídico administrativo, o que traspassando los límites del Código Penal no llegan a la categoría de delito y deben ser penadas como faltas, según el artículo 427 del Código Penal. En este necesario afán de especificación el Tribunal Supremo ha establecido diversos criterios de matización: en sentencias de 7 de Diciembre de 1970 y 20 de Noviembre de 1975, nuestro alto Tribunal, para diferenciar los criterios de aplicación del delito del artículo 321 de los del 527-1º, establece el que el sujeto pasivo, o bien jurídico, protegido por el delito son los intereses generales de la sociedad, salud, sanidad, seguridad, etc., que se vean gravemente afectados por los actos que se ejercitan sin poseer la capacidad técnica acreditada por el título oficial correspondiente, y en cambio, en la falta, el sujeto pasivo o el bien jurídico protegido es la organización administrativa establecida para el ejercicio de ciertas actividades; este criterio jurisprudencial no ha sido modificado. Indudablemente el denominado "guía transferista" no está autorizado para realizar actividades propias de los "guías intérpretes de turismo", pero hay que convenir que la transgresión de esta limitación, aunque ataca intereses

legítimos, lo es por una diferencia meramente cuantitativa y no cualitativa y no afecta a intereses generales de la sociedad, salud, sanidad, seguridad, etc. de tal manera que el sujeto activo de tal infracción no debe ser condenado ni tenido por delincuente, aunque sí autor de la falta establecida en el artículo 527-2º del Código Penal.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la circunstancia, dicese la concurrencia de circunstancias motivativas de la responsabilidad criminal.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autora, la procesada, de una falta, H. M. G.

**CONSIDERANDO:** Que la pretensión indemnizatoria planteada por la acusación particular, consistente en el pago de dos millones seiscientos treinta y una mil setecientas setenta y tres pesetas, como daños y perjuicios causados por la procesada, no puede ser atendida, pues ni ha sido acreditado su cuantificación mínimamente, ni tampoco se ha justificado el nexo causal posible entre el acto ilícito y el resultado lesivo, ni —finalmente— se ha determinado ni individualizado la persona perjudicada por la ilegal actuación de la procesada.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas; los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 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 M. H. G. del delito de intrusismo del artículo 321 del Código Penal, de que es acusada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, declarando de oficio las costas por razón de este delito; y que debemos condenar y condenamos a la procesada M. H. G., en concepto de autora de una falta de intrusismo del número 1º del artículo 572 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias motivativas de la responsabilidad criminal a la pena de cinco mil pesetas de multa, con cinco días de arresto menor, sustitutorio en caso de impago, y al pago de costas por la falta. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Conclúyase por el Sr. Juez Instructor la pieza de responsabilidad civil con arreglo a Derecho. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

## 396

**396. HOMICIDIO.** Muerte de dos personas. **LESIONES GRAVES.** Sin circunstancias. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983.*

**RESULTANDO** probado y así se declara: expresamente: que los procesados B. M. S., de 30 años de edad y su padre J. M. C., de buena conducta informada y sin antecedentes penales, sobre las ocho horas del día 16 de Agosto de 1981, provisto el primero de su

escopeta de dos cañones marca "Ugartechea" calibre 12 y nº 53.691 y el segundo de su escopeta de un solo cañón marca "Alvaro Porcel" calibre 16, salieron a cazar conejos con horón por terrenos no acotados del término municipal de P. (Mallorca) y alrededor de las 9 horas se cruzaron con tres cazadores vecinos, ya de regreso, quienes les contaron el altercado que aquella misma mañana habían tenido con M. B. Ll. de 60 años de edad y su pariente B. B. G., de 44 años, cuando estaban cazando conejos en las inmediaciones de sus fincas, por estimar los nombrados que la Ley prohíbe disparar a menos de doscientos metros de las casas de campo, y que al retirarse, sin duda para atemorizarles habían disparado las armas que portaban, sin pretender otra cosa que molestarles, incidente que conocido por J. M. mereció el comentario "si aquellos se encontraban con su hijo no dispararían", y continuando su camino los procesados pasaron por algunas fincas, encontrándose sobre las once de la mañana en la denominada "S. R." propiedad de M. M. F, en cuyas inmediaciones se encuentra "S. M." propiedad de M. B. Ll., habiendo disparado B. M. en repetidas ocasiones y escuchando disparos de personas desconocidas, cuando teniendo inmediata una madriguera formada por un gran montón de piedras se colocó armado de su escopeta encima de una pared de una altura de 1,50 metros que rodea una "tana" adosada a la madriguera, mientras su padre soltó su arma quedando al pie de la pared, daba suelta entre las piedras al hurón; en esta posición y por la parte contraria de la pared en relación a J. M., llegaron M. B. Ll. que portaba una escopeta de un cañón marca "Crucelegui" calibre 16, con un cartucho en la recámara y B. B. G. Brigada de Artillería, aficionado a las armas y experimentado en su manejo, persona de fuerte carácter, con pocas simpatías en el pueblo y para disuadir que cazaran en aus terrenos tenía colocados a su alrededor cartelillos que decían "peligro" o dibujos en los que figuraba una calavera y unas tibias cruzadas y que en aquel momento portaba una carabina marca "Bergman" calibre 9 mm. sin proyectil en la recámara y cuatro cartuchos en el cargador y situados a unos cinco metros y medio a seis de la pared donde se encontraba B. M., en un claro del terreno carente de toda vegetación, perfectamente visibles, recriminaron al último nombrado que cazara en aquel lugar y de aquella forma, suscitándose con la contestación de los procesados una discusión, que fué degenerando sonando frases sobre quien tendría más cojones, creándose una situación tensa y de nerviosismo por ambos bandos y en estas circunstancias J. M. saltó la repetida pared de 1,50 metros y se dirigió hacia M. B., en tanto B. B. permanecía quieto a un metro y medio aproximadamente de su compañero con la carabina en alto, cuando J. M. llegó junto a M., intentó arrebatárle la escopeta que tenía en sus manos, asíéndola por el cañón con fuerza al tiempo que la apartaba de su dirección y en el curso del forcejeo entre ambos, le propinó un golpe tremendo con la culata a la cara de M., que alcanzándole en el pómulo derecho le produjo una fractura cominuta de todos los huesos de la hemicara derecha, lesión que de haber sobrevivido hubiera sanado a los ochenta días, con sesenta de asistencia facultativa, impedido para el trabajo y con la secuela de deformidad facial, consistente en el hundimiento de la hemicara derecha y defecto físico de los senos maxilares; excitado por la lucha de su padre y viendo a B. B., que no se había movido hasta aquel instante, pero que iba armado, desde la pared a unos cinco metros de distancia disparó primero contra el último nombrado alcanzándole plenamente en la región frontal, quedando muerto en el acto; acto seguido, en los momentos que M. B. caía desplomado por el golpe reseñado, disparó B. su segundo cartucho contra éste desde parecida distancia alcanzándole en el ojo izquierdo, que determinó su inmediato fallecimiento. Ante la monstruosidad de lo ocurrido, J. M., dirigiéndose a su hijo le dijo: "qué has hecho B." al tiempo que caía llorando, en tanto el hijo marchaba también horrorizado.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de dos delitos de homicidio del artº 407 y otro de lesiones del artº 420-3º ambos del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados B. M. S. y J. M. C., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquéllos dos penas de doce años y un día de reclusión menos, al procesado B. M. S., como autor de los dos homicidios, y una sola pena de dos años de prisión menor para J. M. C. como autor de las lesiones, accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 3.000.000,- de ptas. y de 2.000.000,- de ptas. a los perjudicados herederos de B. B. y de M. B. a satisfacer por B. M. y la de un millón de pesetas de indemnización a satisfacer por J. M. a los herederos de M. B. Ll. y a

ambos procesados el pago de las costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular en igual trámite coincidió en líneas generales con la relación de los hechos, sus autores, en los delitos de homicidio y lesiones, circunstancias concurrentes, en ambos por lo que solicitó se le impusiera a B. M. como autor de los homicidios, dos penas de 14 años 8 meses y un día de reclusión menor y a J. M. una pena de dos años de prisión menos, accesorias correspondientes e idénticas indemnizaciones de las solicitadas por el Ministerio Fiscal y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa de los procesados en su argumentación, sostuvo que el autor de los homicidios fué el procesado J. M. y el de las lesiones graves el procesado B. M., cometidas las acciones en situación de legítima defensa real o putativa del artº 8º-4º del Código Penal, por lo que solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos declarados probados son constitutivos de dos delitos de homicidio del artº 407 del Código Penal y de un delito de lesiones graves del artículo 420-3º del mismo cuerpo legal y es autor de los dos homicidios B. M. S. y de las lesiones J. M. C. afirmación que resulta de la versión asumida por el primero el día 20 de Agosto de 1981, a los cuatro días de ocurrir los hechos, en declaración prestada ante la guardia civil, previa advertencia de la legalidad vigente y en la que libre y espontáneamente dió explicación detallada de su intervención en el suceso, refiriendo con datos los más mínimos, los antecedentes que desencadenaron la tragedia el día 16 de agosto, la tensión existente entre algunos cazadores de P., por la oposición de los B. a que se cazara junto o dentro de sus propiedades, pese a no estar acotadas; dejó descrita con minuciosidad la posición que tenía cada uno de los componentes en el momento de los disparos, dió por supuesto que en todo momento utilizó su propia escopeta, las reacciones emocionales después de la muerte de sus contrincantes, manifestación que concuerda exactamente con la prestada por su padre el mismo día ante los mismos agentes de la Autoridad, corroborando todas y cada una de las vicisitudes tenidas aquella mañana; esta actividad probatoria rodeada de todas garantías, vino confirmada en líneas generales con la inspección ocular de la misma fuerza pública, —el 18 de Agosto—, que con la descripción del terreno y forma que se encontraban las armas de las víctimas dió detalles que no contradicen en modo alguno lo declarado e incluso el informe técnico-policial del mismo 18 de Agosto, que únicamente difiere en cuanto a la posible posición del autor de los disparos que podía encontrarse apoyado sobre el muro por la parte posterior al lugar que se encontraron los cuerpos de los B., y que dada la forma que se encontraban sus armas... no esperaban ser asesinados y esta conjunta trabazón de los hechos derivados de las actividades policiales, fueron ratificadas, incluso con mayor precisión en la declaración que ambos procesados prestaron ante el Sr. Juez de Instrucción de Manacor, el día 21 de Agosto, donde asistidos de Letrado, es decir con el maximum de garantías, y conforme con los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, aceptaron nuevamente la respectiva actividad desplegada por cada uno de ellos, refiriéndonos a la posición tenida por los contendientes en el momento de los disparos, el previo acuerdo entre el padre y el hijo, para caer con el hurón en la madriguera, la presencia inesperada de los B., el tono ofensivo y molesto de sus palabras, el diálogo surgido de la prestación de B. B. de denunciarles a la guardia-civil llevándose el hurón, la propuesta de abandonar las armas y dejarles el animal, la tensión existente y sus reacciones emocionales, configuran toda la realidad de lo ocurrido, y que dada la capacidad de razonamiento en personas de formación elemental, es imposible fueran fruto de un acuerdo anterior; es consecuencia de lo dicho el rechazo de la nueva versión dada por los procesados, semanas más tarde, después de haber convivido en la prisión, en la que dan un giro de 180 grados respecto al autor de los disparos, coincidiendo en el acto de la práctica de las diligencias de reconstrucción de los hechos afirmaron que fué B. M., el que disparó con el arma de su hijo, mas la trama se presentaba tan mal urdida y la finalidad tan manifiesta, de salvar al hijo de sus responsabilidades, que en su narración llevo a afirmar que su hijo se encontraba a la otra parte de la pared detrás de un montón de piedras de 2.50 metros y que no vió sino como caían los cuerpos de los que resultaron muertos, patraña tan absurda como increíble, ya que queda inexplicable e inexplicable, quién fué el autor de la grave fractura que presentaba en la cara M. B. y advertidos de tan garrafal omisión, han pretendido subsanarla en posteriores declaraciones,

incluso en las prestadas el día del juicio oral, pero que por su configuración artificiosa, con detalles nimios si se quiere, pero de significado interés cual es el cambio de arma entre ambos procesados, tan poco frecuente por motivos obvios de práctica en su manejo, cuando son diferentes en el calibre y número de disparos posibles, y la colocación del cazador más hábil y ágil en el punto dominante, que indudablemente dada la diferencia de edad es el hijo, por cuanto queda expuesto que evidencia la falta de credibilidad de la versión que dan a los hechos, debe ser rechazada y admitir como única concordante con la realidad la prestada inicialmente por los procesados en reiteradas declaraciones rodeados, como se ha dicho, de todas las garantías procesales, y por su cohesión y concatenación de los hechos, forman la convicción de lo realmente sucedido.

**CONSIDERANDO:** Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados B. M. S. y J. M. C., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los procesados B. M. S. y J. M. C., ni la circunstancia eximente de su responsabilidad de legítima defensa propia (art.º 8º, 4º del Código Penal), invocada por su defensa como fundamento de su petición de libre absolución, y para ello, es preciso invocar la doctrina reiterada y uniforme del Tribunal Supremo que tiene declarado "que la legítima defensa, singularmente la propia, está concebida, como un derecho subjetivo que se confiere al que se vé ilegalmente agredido a reaccionar con actos estrictamente defensivos, en favor de su persona y derechos cuando el medio utilizado en esta función defensiva sea racionalmente necesario a fin de impedir o repelar los actos agresivos ya materialmente iniciados o en trance inminente de serlo, por lo que la doctrina de esta Sala ha rechazado la concurrencia de dicha circunstancia justificante y excluyente de responsabilidad criminal, cuando no se trata de una verdadera agresión, sino de ánimos de malquerencia y recíproca acrimonia en una situación de riña o contienda que ambos contrincantes aceptan, no con propósito defensivo, sino con ánimo abiertamente dispuesto a recíproca agresión" (S. 28-10-82), e igual tiene dicho "que las simples amenazas o ademanes que no exterioricen inequívocamente el alcance de los propósitos S. 21-10-76; 16-11-78; 25-5-79 y 17-6-80, sólo son agresivos cuando las circunstancias que rodean el hecho, no según creencia o estimación del que se cree amenazado, sino según el objetivo criterio del Juzgador sobre la existencia de un peligro real inminente" (S. 27-Junio-1963) y en las de 21 Noviembre de 1941, 14-Abril-1951 y 22-Diciembre-1955, dice que no constituye agresión las palabras de simple amenaza, las frases conminatorias dichas en tono violento, ni los meros insultos, y al hilo de esta abundante doctrina, situados en el momento álgido que los que resultaron víctimas se presentan a los procesados, a los que recriminan sin amenazar, la forma y lugar que cazaba, fuera caprichosa o legal la interpelación, lo que da lugar a una discusión, que sube de tono y se pronuncian frases groseras reiteradas una y otra vez, enrareciéndose el ambiente, sin que hasta el momento, vigilantes ambos grupos, permanecen quietos en sus respectivas posiciones, más la tensión natural dados los minutos transcurridos entre discusiones e insultos, quiebra cuando J. M., saltando la pared, pasa al lugar que se encuentran los ya contrincantes, allí terminan las palabras y se pasa a las vías que de hecho se realiza, no con voluntad de pacificar, como afirmaron en sus declaraciones sino el de arrabatar una de las armas que portaban sus ya adversarios y creada una situación de pelea abierta, con los resultados que quedan reseñados, en este instante, un posible gresmo de B. B. de acudir en auxilio de su amigo o su intento de cargar su carabina, motivan a B. M. para sin vacilación y con voluntad de muerte, ya que tiene la escopeta apuntándoles para disparar, contra uno y otro oponente, en momento, que la situación de riña abierta, excluye toda posibilidad de aplicar la legítima defensa por falta de su primer requisito conforme a nutrida jurisprudencia; sin que apenas merezca ser razonada la inexistencia de una legítima defensa putativa, también invocada, que decae cuando todos los esfuerzos para dar una imagen de B. B., como sujeto violento y temible, ni de los antecedentes aportados, ni de la abundantísima prueba testifical practicada, resulta un solo dato que merezca ser destacado, casi unánimemente anticiparon en su declaración no haber tenido cuestiones o diferencias personales, dijeron que de oídas en el pueblo de P. no gozaba de simpatía, lo único que alcanza un simple valor anecdótico, es la colocación de cartelillos según quedan reseñados en los hechos probados, y nada en contra

supone la aversión que sentía contra los cazadores que disparaban cerca de su finca, conflicto que se suscita en todos los terrenos no acotados con los propietarios de los mismos; y, es último dato en contra de su temibilidad su presencia en el lugar de autos con el arma sin munición en la recámara que ya en principio supone, frente a otros armados, una situación de inferioridad, de lo que se deduce que no pasó por su mente que se recurriera por una cuestión de caza, al uso de aquellas, sin que razonablemente pueda ser creído, que conocida su referida situación de inferioridad por no portar en disposición de tiro la carabina desafiara con la palabra "defiéndete" a su adversario, cuya habilidad en el manejo de las armas, implícitamente había ponderado su padre por la mañana al decir "si voy con mi hijo no dispararán", razones que conforme a un objetivo criterio obligan a rechazar como racionalmente fundado el temor del procesado B. M., quien faltó de una motivación excluyente de su responsabilidad criminal, ya que nada justifica su proceder, siquiera la enorme tensión sufrida durante la penosa y larga discusión con sus víctimas, que entendía cercenaban sus derechos, pudiera ser fuente de una circunstancia atenuante, el grado de la pena a imponer no sufriría variación al haber pedido las partes acusadoras, una en sus conclusiones definitivas y otra "in voce", la imposición de la pena correspondiente al homicidio, en su grado mínimo, lo que de darse la circunstancia 5ª del artº 9º del Código Penal no alteraría la solicitada por las partes, conforme queda dicho, lo que hace innecesario un mayor análisis sobre su existencia.

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

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

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a los procesados B. M. S. y J. M. C., el primero en concepto de autor responsable de dos delitos de homicidio sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal y a J. M. C. en concepto de autor de un delito de lesiones graves, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, al primero dos penas de doce años y un día de reclusión menor, una por cada uno de los delitos de homicidio, y a J. M. C. a una pena de un año de prisión menor, por el delito de lesiones; a las accesorias de suspensión de cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de duración de las condenas impuestas e inhabilitación absoluta a B. M. S., también durante la condena; a que por vía de indemnización de perjuicios abone B. C. a los herederos de B. B. G. y de M. B. Ll., la suma de tres millones de pesetas y de dos millones de pesetas respectivamente, y a J. M. la cantidad de un millón de pesetas a los herederos de M. B. Ll., y al pago de las costas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en el que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

## 415

**415. RECEPCION.** Ausencia de conducta típica, por desconocerse la ilicitud de la procedencia de los objetos. Presunción de inocencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado, y así expresamente se declara, que el procesado L. S. A., mayor de dieciocho años, y sin antecedentes penales, que tenía como ocupación la de realizar trabajos de encargo para distintas joyerías, recibió la visita de otro procesado, no juzgado, a quien conocía, que le manifestó que por hallarse muy necesitado de dinero quería venderle unas piezas de oro y joyas, manifestándole que eran de su propiedad, a lo que el procesado, que ignoraba que tales objetos procedían de un robo efectuado al propietario de los mismos, D. R. P. P., accedió; comprando tales objetos, valorados en la suma de ocho mil pesetas; habiéndose recuperado un lingote de oro procedente de la fusión de varios objetos y unas alhajas y monedas sueltas.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de receptación del artículo 546 bis a), del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de las responsabilidades criminal, por lo que solicitó contra aquél las penas de tres años de prisión menor y multa de cien mil pesetas, accesorias e indemnización de sesenta y una mil trescientas cincuenta pesetas al perjudicado y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negó que el procesado hubiese cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados como probados no son constitutivos del delito de receptación del artículo 546 bis a), del Código Penal, objeto de acusación, por lo que procede la libre absolución del mismo, conforme al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; ya que el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, impide, como con los demás ya venía exigiendo reiterada doctrina legal para el delito de receptación, sentar presunciones en contra del reo, ni derivar el requisito del previo conocimiento de la procedencia ilícita de los objetos de conjeturas y sospechas; pudiendo contrariamente sentarse la presunción de desconocimiento de la ilicitud al no darse la circunstancia del precio vil subrayada por la jurisprudencia (POR TODAS, Sentencia de 29 de enero de 1973) como se desprende de las cifras recogidas en el relato fáctico.

**CONSIDERANDO:** Que por ello procede declarar de oficio las costas conforme con lo dispuesto en el Artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación: 1 y 23 del Código Penal, y 14, 142, 741, 742, 779 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado L. S. A. del delito de receptación, objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 419

**419. SALUD PUBLICA.** Tráfico. Se absuelve a los procesados del delito de contrabando ya que ni fueron procesados ni acusados en las conclusiones provisionales por tal delito; el hecho pues, de que lo fueran al modificar las conclusiones la parte acusadora produciría, en base a

los principios que rigen la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indefensión en el acusado. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983.*

RESULTANDO probado y así expresamente se declara que J. R. M. M. y A. P. A., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, recibieron el encargo de una persona desconocida de trasladarse a Amsterdam y adquirir heroína para su distribución posterior en la Isla, percibiendo, a cambio, cierta cantidad de esa droga, a la que no eran adictos; a tales efectos, puestos de acuerdo, compraron en aquella ciudad holandesa 135 gramos de dicha sustancia y al llegar al puerto de Palma, el 5 de Noviembre de 1982M —via Barcelona— fueron detenidos ocupándoseles, escondidos en el PM-2709-V propiedad del primero, 133,950 gramos de la heroína adquirida, que han sido valorados en 2.411.100,- pesetas.

RESULTANDO: Que, por tales hechos, fueron procesados por el Juez de Instrucción n° UNO de los de esta ciudad por delito contra la salud pública y el Ministerio Fiscal, en conclusiones provisionales, acusó a los encartados de un delito del art° 344 del Código Penal, solicitando una pena, para cada uno, de cuatro años y dos meses de prisión menor.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del 344 del Código Penal y un delito de contrabando de los arts. 1.1, 1.4, 3.1, y 2.1 de la Ley Orgánica 7/1982, de los que conceptuó autores a los procesados, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó para cada uno de ellos, las penas de cuatro años y dos meses de prisión menor y multa de 500.000,- pesetas con arresto personal de 60 días por el primer delito y dos años de prisión menor y multa de 2.500.000,- pesetas con apremio de 90 días por el segundo, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, concordó con el Ministerio Fiscal los hechos y la calificación jurídica, estimando de apreciación la atenuante 1° del art° 9° del Código en relación con la eximente 1° del art° 8° y solicitando la imposición, a cada acusado, de seis meses de arresto mayor y multa de 50.000,- pesetas por el delito contra la salud pública y un mes y un día de arresto mayor y 2.000.000,- de pesetas de multa por el contrabando; accesorias y costas.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito contra la salud pública, previsto y sancionado en el art° 344 del Código Penal, toda vez que los acusados actuaron en el ilícito tráfico de drogas tóxicas en la típica función de intermediarios, es decir, facilitando con su necesaria mediación —y en nuestro caso, a mayor abundamiento, mediante el transporte e introducción ilegal en el país— la adquisición de la heroína para su posterior distribución, con lo que consumaron el típico evento que aquel precepto sanciona (sentencias 20 diciembre de 1971 y 9 diciembre 1976) y si mediante tales prácticas, además, cometieron delito de contrabando, previsto en la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de Julio, art° 1.1, 1.7 y 2.1, es lo cierto que un importante óbice de punibilidad veda la sentencia condenatoria por tales hechos, pues de un atento examen de la causa se desprende que no recayó al respecto auto de procesamiento ni aún acusación formal en el juicio oral, con lo que los acusados quedaron, al modificarse las conclusiones acusatorias al fin de esta fase, en la más completa indefensión, sin posibilidad de prueba exculpatoria. En la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento criminal quedan claramente determinados los logros que se pretenden en orden a la instauración de los principios inquisitivo y acusatorio en el proceso penal y así como dice que el procesamiento da pié a la intervención del encartado en todas las diligencias "que puedan influir así sobre la determinación de la índole y gravedad del delito como sobre los indicios; de su presunta culpabilidad", viéndolo pues como carril o marco de una futura acusación formal, así también expresa que "la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del

delincuente, hecha por el acusador y el acusado, una vez concluido el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones", queda entonces como actividad delimitadora de la litis y sólo entre tales cauces puede y debe desarrollarse la prueba, el hecho (sanción) no determinado queda fuera de todo enjuiciamiento. Pensar de otro modo sería ir contra el espíritu de la Ley de Enjuiciar y contra el propio texto de la Constitución de 1978 que, en su artº 24.2, establece que "todas las personas tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa" y, en este caso, se han cortado a los encartados sus posibilidades defensivas y exculpatorias. Frente a la postura absolutoria que adopta, no es obstáculo la conformidad —relativa— prestada por la defensa de los acusados, ya que ésta, en modo alguno, vincula al Tribunal si perjudica al reo (asi, artºs 655 y 694 de la Ley procesado).

**CONSIDERANDO:** Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados J. R. M. M. y A. P. A. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar circunstancias modificativa alguna de responsabilidad criminal, siendo rechazable la atenuante de trastorno mental transitorio incompleto (artº 9.1 en relación con el 8.1) alegada por la defensa en base a un supuesto estado de adicción a la droga que llevó a los acusados a la comisión del delito, ya que si tales estados han sido ya, en ocasiones (sentencias 10 y 24 de Mayo de 1982), valorados por nuestro Tribunal Supremo como eximentes o atenuantes, siempre ha sido en caso probados de toxicofrenia y síndromes de abstinencia que han producido alteraciones fundamentales en la conciencia y voluntad del sujeto, requisitos ineludibles del transtorno mental eficaz (vid. sent. 5 de Marzo 1980, 26 Enero 1981, etc.), nunca sobre eventos como el presente donde ninguna prueba directa o indirecta se ha practicado sobre la supuesta patología de los autores (ellos mismos, en las declaraciones iniciales, afirman, por el contrario, que consumen solo esporádicamente y sin adicción) y donde el tipo delictivo enjuiciado muy mal se aviene con estas situaciones de alteración o perturbación del psiquismo. Por todo ello, el grado de pena a imponer será el previsto en el artº 61.4 del Código, optando el Tribunal por el medio en atención a la gravedad del hecho y a la peligrosidad demostrada de los sujetos y al considerarse la heroína droga susceptible de causar grave daño, se acomodará el total de la pena a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

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

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

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos a los dos acusados del delito de contrabando imputado y debemos condenar y condenamos a los procesados J. R. M. M. y A. P. A., en concepto de autores responsables de un delito contra la salud pública, por tráfico ilegal de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas, para cada uno de cuatro años y dos meses de prisión menor, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante este tiempo y multa de CINCUENTA MIL PESETAS, con arresto sustitutorio de un día por cada mil o fracción que dejen de satisfacer, así como al pago por mitad de las costas causadas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados, con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Dese el destino legal a la droga intervenida. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

## 422

**422. INJURIAS.** — Por escrito y sin publicidad—. Ausencia de conducta típica al faltar el “*animus iniuriandi*” y dado el carácter circunstancial del mencionado tipo de injusto. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª)*.

**RESULTANDO** probado y así se declara expresamente, que el procesado A. Ll. Ll., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, con fecha, digo en fecha no precisada de la primera quincena del mes de junio de mil novecientos ochenta y uno, remitió por correo desde esta misma ciudad de Mahón al querellante don J. S. G., con quien no consta que hubiese enemistad previa alguna, una carta manuscrita y anónima del tenor literal siguiente: “S. te voy a dar una mala noticia, tu mujer te engaña con un buen amigo tuyo, vigila bien y muy pronto te darás cuenta no te lo digo en persona porque dirías que no es verdad pero tu vigila bien y pronto te enterarás”.

**RESULTANDO:** Que la parte querellante en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito, digo delito de los artículos 457, 458-2º, 3º y 4º y 459 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. Ll. Ll. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél las penas de dos años de destierro y cincuenta mil pesetas de multa, e indemnización de doscientas cincuenta mil pesetas al perjudicado, y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negó que el mismo hubiera cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados, como probados en el primer resultado de esta resolución, no son constitutivos del delito de injurias graves por escrito sin publicidad de los artículos 457, 458-2º, 3º y 4º y 459 párrafo segundo del código Penal, ya que el delito de injuria se caracteriza fundamentalmente por dos notas básicas, que son la precisión de un ánimo o dolo específico, sólo presumible cuando las expresiones sean objetivamente y “*ex se ipsa*” injuriosas, y su carácter circunstancial o dependiente de los elementos de la persona, ocasión, tiempo y lugar en que los hechos o acciones se producen (Sentencias; entre muchas, de 25 de abril de 1975 y 10 de febrero de 1976); y el análisis ponderado no sólo del contexto en que la emisión de la misiva se produce (no constancia de resentimiento ni enemistad previa entre las partes), sino también de su propio sentido conducen a la conclusión de eliminar la existencia del propósito deshonesto, dícese deshonorable que nuclearmente estructura el tipo, en tanto el “*tono*” es puramente admonitivo (“vigila bien y muy pronto te darán cuenta”, “no te lo digo en persona porque dirías que no es verdad pero tú vigila bien y pronto te enterarás”) aparece desprovisto de matices objetivos y usualmente utilizados en el lenguaje como injuriosos, lo que se reafirma con la frase inicial “S. voy a darte una mala noticia”, que da por supuesta una ignorancia por parte del esposo de ese pretendido comportamiento inmoral o de infidelidad por parte de su cónyuge; todo lo que comporta la deducción de que tan desafortunada misiva, ciertamente reprehensible éticamente, no alcanza suficiente intensidad para vertebrar entitativamente el “tipo” de la injuria grave, al faltar el necesario dolo específico o (*animus iniuriandi*); por lo que procede dictar el pronunciamiento de libre absolución prevenido en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**CONSIDERANDO:** Que por ello procede declarar de oficio, las costas causadas de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la expresada Ley procesal.

VISTOS: Los artículos citados y 1 y 23 del Código Penal y 142, 791, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado A. L. L. del delito de injurias graves por escrito y sin publicidad objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 434

### 434. TENENCIA ILICITA DE ARMAS. Elementos. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que L. G. B., mayor de edad y sin antecedentes penales, el 22 de Junio de 1980, hizo entrega a J. L. B. S. de un revólver "Llama", calibre 38 especial y 9 balas idóneas para el disparo y el citado J. L. borró los números de serie sin conocimiento del procesado. Dicha arma la recogió L. G. de una casa abandonada, conociendo su existencia por medio de un tercero no identificado y para su tenencia no poseía licencia ni guía. El 29 del mismo mes el J. L. G., J. M. J. M., M. E. L. C. y C. S. E., de diecisiete años la primera y mayor de edad la segunda, ambas sin antecedentes penales, se dirigieron a Söller para adquirir cierta cantidad de LSD que pensaban consumir los dos primeros, entrevistándose con un tal M. cuyos demás datos se desconocen y al no convenir en el precio, el J. L. sacó el revólver indicado ante la sorpresa de las dos procesadas que ignoraban totalmente su existencia, así como las intenciones de su compañero, consiguiendo de esta forma la droga. Al enterarse de estos hechos, el procesado L. G. intentó, sin conseguirlo, que le fuera devuelta el arma. Finalmente, el 2 de Junio siguiente, J. L. B. y J. M. J., en el apartamento de éste, donde también se encontraban las dos procesadas, iniciaron, bajo los efectos de la droga, el juego llamado de la "ruleta rusa", disparándose una bala a la sién el J. L. y falleciendo en el acto, momento en que J. M. cogió el revólver del suelo y tras hacer varias percusiones en vacío se disparó también a la sién y falleció de inmediato.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego de los art<sup>os</sup>. 254 y 255-1<sup>o</sup> y otro de robo de los 500, 501-5<sup>o</sup> y último párrafo, todos del Código Penal, conceptuando autor al procesado L. G. del primero y a las dos procesadas del segundo, con la concurrencia de la atenuante 3<sup>a</sup> del art<sup>o</sup> 9<sup>o</sup> respecto a M<sup>a</sup>. E. L. C. y solicitando, para C., la pena de seis años y un día de prisión mayor, para E. L., cinco meses de arresto mayor y para C., digo S. E., un año de prisión menor y costas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en trámite de conclusiones definitivas, retiró la acusación respecto a las dos repetidas procesadas y solicitó para L. G. B. una pena de seis meses y 1 día como autor, sin circunstancias, del delito del art<sup>o</sup> 254 del Código Penal.

**RESULTANDO:** Que la defensa de L. G. B. en el mismo trámite, se acomodó a las conclusiones del Ministerio Fiscal, si bien solicitó la aplicación del artº 256 del Código.

**CONSIDERANDO:** Que al seguir nuestro proceso penal las reglas del principio acusatorio formal, ante el hecho de retirar el Ministerio Fiscal su acta de acusación que pesaba sobre las procesadas, sin que exista en la causa acusador particular que mantenga la acción y no habiendo hecho uso el Tribunal de la tesis que permite el artº 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por coincidir sus convicciones, tras las pruebas efectuadas, con las del Ministerio Público, procede la libre absolución de M. E. L. y de C. S.

**CONSIDERANDO:** Que, por otra parte, los hechos descritos integran un delito de tenencia ilícita de armas de fuego, previsto y sancionado en el artº 254 del Código Penal, al constar averada la posesión y disponibilidad (Sent. 11 de Marzo de 1981) de un revólver, en perfecto estado de uso como desgraciadamente demostraron hechos posteriores, sin poseer las oportunas guías y licencias, con lo que se dan cuantos requisitos exige el tipo legal descrito.

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

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad, ni tampoco el Tribunal hará uso de la rebaja penológica que permite el artº 256 del Código, sobre la ya solicitada en grado mínimo por el Ministerio Fiscal, pues las circunstancias que rodearon el decurso histórico-fáctico no permiten tal atenuación. No es lo mismo la mera tenencia de un arma rodeada de circunstancias que si no lo justifican si la hacen comprensible o poco peligrosa socialmente, que su entrega a terceros sin previsión de cuantos accidentes puedan devenir y, en nuestro caso, la no recuperación a tiempo, pese a tener ocasión, de evitar una catástrofe como la ocurrida, tras el aviso fatal de una previa utilización delictiva.

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

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

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos a las procesadas M. E. C. y C. S. E., del delito de robo del que, provisionalmente, venían acusadas, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra las personas o bienes de las mismas y declarando de oficio los terceros partes de las costas y debemos condenar y condenamos al acusado L. G. B., en concepto de autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias legales de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo y pago de una tercera parte de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil del condenado. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

**474. DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION.** Favorecimiento. (Tercería locativa). Absolución por falta de culpabilidad, en base al párrafo 3º del Art. 6 bis a) (error). *Sentencia de 8 de Noviembre de 1983.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que J. R. A., a la sazón de 78 años de edad, de normal conducta y sin antecedentes penales sobre fechas no precisadas del mes de Enero de 1982, cedió en arrendamiento una de las habitaciones de su casa al regente del denominado "Club O. D.", bajo precio de 500,- pesetas, cada vez que se ocupara para que las camareras de dicho bar efectuaran el acto carnal con sus clientes, circunstancia que ocurrió en cuatro ocasiones sin que el acusado llegará a percibir remuneración alguna, estando en la creencia de que su actuación no constituía delito alguno.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito relativo a la prostitución del artº 452 bis a) nº 2 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de prisión menor, multa de 30.000,- pesetas con arresto sustitutorio de 30 días en caso de impago, siete años de inhabilitación especial, accesorias legales y costas.

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

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados son legalmente constitutivos del delito previsto en el artº 452 bis d) nº 2 del Código Penal, delito que se perfecciona mediante el hecho de facilitar locales o habitaciones para el ejercicio de la prostitución, con cuya actividad se promueve y protege el ilícito comercio carnal en comunión con lo que doctrina y praxis vienen denominado "tercería locativa" (Senten. 28 de Enero y 16 de Mayo de 1980, 17 de Enero de 1981) y que supone conductas marginales en torno a un hecho en sí no típico, cual es la prostitución, montando un lucro negocial que el Código proscribe y sanciona.

CONSIDERANDO: Que si bien aparece como autor del delito el acusado J. R. A., no puede el mismo ser considerado culpable y como tal responsable —principio el de culpabilidad explícitamente resaltado en la exposición de motivos de la Reforma Urgente y parcial del Código Penal de 25 de Junio de 1983— por hallarse en la creencia errónea de estar obrando lícitamente —artº 6 bis a), tercer párrafo—, creencia que hay que reputar auténtica y racional, habida cuenta de la edad del sujeto y de la formalidad del delito. El procesado, desde su primera declaración (folio 4), afirma que "desconocía que el hecho de prestar una habitación de su casa para... fuera contra la ley" y, por otra parte, su única intervención en los hechos fue dar cobijo para una actividad no delictiva en sí misma, todo lo cual fuerza a concluir en una sentencia absolutoria con todas las consecuencias inherentes.

CONSIDERANDO: Que procede declarar 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 J. R. A. del delito relativo a la prostitución del que venía acusado, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra su persona y bienes y declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

## 481

**481. ATENTADO A UN AGENTE DE LA AUTORIDAD. (Exceso en sus funciones por parte de los agentes) LESIONES. Falta, Absolución. Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).**

**RESULTANDO** probado, y así expresamente se declara, que el día veinte de abril de mil novecientos ochenta y tres, el procesado F. B. M., a la sazón de diecisiete años de edad y ejecutoriamente condenado por robo, en sentencia de 31 de mayo y 25 de octubre de 1982, que se hallaba detenido en los calabozos de la Policía Nacional, de esta Ciudad, promovió en el mismo un fuerte escándalo y alboroto, entrando en el calabozo varios agentes, quienes para reducirle le agredieron, causándole una lesión en ojo izquierdo que le produjo pérdida temporal en la visión del mismo, reaccionando el procesado que propinó una patada en el bajo vientre al agente J. G. S., causándole lesiones que curaron sin defecto ni deformidad en dos días.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de atentado a agente de la autoridad, del artículo 236 y de una falta de lesiones del artículo 582 del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo que solicitó contra aquél las penas de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor por el delito y de veinte días de arresto menor por la falta, e indemnización de cinco mil pesetas al perjudicado y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negó que el mismo hubiese cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que procede absolver libremente al procesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del delito de atentado del artículo 236 y de la falta del artículo 582, ambos del Código Penal, objeto de acusación por el Ministerio Fiscal; ya que, como se recoge en la narración fáctica, fueron precisamente los agentes policiales quienes, con indudable exceso en sus funciones y falta de proporcionalidad, acometieron al procesado y le causaron una lesión grave, por lo que la reacción defensiva (defensiva) del mismo no es constitutiva del delito y falta citados con arreglo a muy reiterada doctrina jurisprudencial, expresiva de que en tales casos el agente se ha autodespojado de su condición pública y desaparece el fundamento de la protección penal del expresado tipo.

**CONSIDERANDO:** Que por ello, procede la declaración de oficio de las costas causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**VISTOS** los artículos citados y: 1 y 23 del Código Penal y 14, 142, 741, 742 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado F. B. M. del delito de atentado a agente de la autoridad y de la falta de lesiones objetos de acusación, declarando de oficio las costas causadas en el proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 528

**528. PRESENTACION EN JUICIO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO.** Conocimiento de la falsedad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado —y así expresamente se declara— que el procesado J. V. B., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales —por tenerlos cancelados—, como consecuencia de unas deudas laborales que tenía con el trabajador de su empresa, A. S. B., cuantificadas, la primera en treinta y una mil pesetas, en acto de conciliación celebrado el veintidos de noviembre de mil novecientos setenta y seis, de las que abonó veinte mil, y en sesenta y seis mil seiscientos cuarenta y tres pesetas, conforme sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo, en causa 246/1977, presentó ante dicho Tribunal los recibos por importe de doce mil y sesenta y seis mil seiscientos cuarenta y tres pesetas, en los que persona no identificada, que no consta fuese el procesado, había simulado la firma del expresad señor S., a sabiendas por el procesado, que no había abonado a aquél las cantidades referidas, que tales recibos no habían sido firmados por el señor S.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad en documento privado, del artículo 306, en relación con el número 1º del artículo 302 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, 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 presidio menor, e indemnización de setenta y siete mil seiscientos cuarenta y tres pesetas al perjudicado A. S. B. y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual tramite, estimó que el mismo no había cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados como probados no son constitutivos del delito de falsedad en documento privado, del artículo 306, en relación con el artículo 302-1º, del Código Penal, al no estar probado que fuese el procesado quien suplantó la firma del señor S. en los recibos, pero sí del delito de presentación en juicio de un documento

falso de tal clase, al existir el dolo específico que una reiterada doctrina legal (Por todas, Sentencias de 22 de marzo de 1963, 22 de diciembre de 1980 y 4 de julio de 1981) exige para la existencia de este delito, constituido por el conocimiento de la falsedad.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor directo del artículo 14-1º del Código Penal, el procesado J. V. B.

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

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

VISTAS las disposiciones legales citadas, los artículos 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 23, 27, 30, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 61, 72, 78, 101, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª, 142, 144, 239, 240, 272, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar, dicese absolver y absolvemos libremente al procesado J. V. B. del delito de falsedad en documento privado, objeto de acusación y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de *presentación en juicio de documento privado falso*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de dos meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo; a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido A. S. B., la suma de setenta y siete mil seiscientos cuarenta y tres pesetas y los intereses de dicha cantidad conforme al artículo 921 bis de la Ley Procesal civil, desde la fecha de esta sentencia hasta que se verifique el pago, y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 386, 520, 540.
- Abusos deshonestos, 363, 428, 450, 458.
- Allanamiento de morada, 427.
- Amenazas, 542.
- Apropiación indebida, 348, 390.
- Atentado a agente de la Autoridad, 481, 498, 510.
- Coacciones, 365.
- Cheque en descubierto, 483.
- Daños, 430.
- Escándalo público, 371, 425, 451.
- Estafa, 376, 392, 439, 456, 482, 491, 506, 519, 527, 530, 551, 559, 562.
- Estupro, 399.
- Evasión de presos, 539.
- Falsedad
  - En documento mercantil, 426, 445, 453, 463, 471.
  - En documento oficial, 368, 379, 487, 503.
- Falsificación de sellos y marcas, 466.
- Homicidio, 396, 404, 480, 518, 552.
- Hurto, 382, 395, 401, 418, 420, 437, 452, 495, 514, 560.
- Incendio, 423, 479, 525.
- Injurias, 422.
- Imprudencia
  - Simple con infracción de reglamentos, 366, 447, 486.
  - Temeraria con resultado de muerte, 402.
- Lesiones, 394.
- Malversación, 493
  - De caudales públicos, 441
- Parricidio, 511, 547.
- Presentación en juicio de documento privado falso, 528.
- Realización arbitraria del propio derecho, 372.
- Receptación, 415, 442, 478, 492.
- Relativo a la prostitución, 400, 474, 496, 524.
- Robo
  - Con fuerza en las cosas, 369, 370, 374, 377, 378, 381, 383, 385, 387, 389, 397, 403, 408, 411, 412, 413, 414, 421, 424, 429, 431, 432, 434, 443, 444, 448, 449, 457, 460, 461, 464, 468, 470, 472, 473, 476, 484, 489, 490, 500, 502, 504, 505, 508, 509, 513, 516, 517, 521, 522, 526, 531, 532, 536, 541, 544, 546, 548, 549.
  - Con violencia e intimidación, 364, 372, 407, 409, 436, 440, 467, 469, 477, 494, 512, 515, 533, 537, 543, 550, 553, 554.
- Salud Pública, 367, 380, 388, 398, 417, 419, 433, 438, 446, 455, 459, 457, 488, 523, 534,

538, 545, 556, 557, 558, 561.

Tenencia ilícita de armas, 391,  
416, 434, 462, 555.

Uso de documento oficial falso,  
501.

Uso de nombre supuesto, 375.

Utilización ilegítima de vehículo  
de motor, 405, 410, 465, 497,  
499.

Vejación injusta, 454.

Violación, 535.

**PUBLICACIONES DE LA FACULTAD  
DE DERECHO**

**Universidad de Palma de Mallorca**

**COLECCION ESTADO Y DERECHO**

- 1.- Robles Morchón, G.,  
*Las reglas del derecho y las reglas de los juegos.*  
Palma de Mallorca 1984.

**SERIE ENSAYOS**

- 1.- Losano, M.G.,  
*Introducción a la Informática jurídica,*  
Palma de Mallorca 1982.
- 2.- García Fernández, M.,  
*La terminación del contrato de trabajo por  
voluntad del trabajador.*  
Palma de Mallorca 1983.
- 3.- Tapia Fernández, I.,  
*Las condenas no pecuniarias (Sentencias de dar,  
hacer o no hacer),*  
Palma de Mallorca 1984.
- 4.- Urbina Tortella, S.,  
*Ética y Política en Luis Jiménez de Asua*  
Palma de Mallorca 1984.



**CAJA DE BALEARES**  
**"SA NOSTRA"**